

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico nº 74/2013 - Ministério da Educação - Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-Rio-Grandense.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A

A (o) Sr.(a) Pregoeiro (a) do Ministério da Educação - Secretaria de Educação Profissional e Tecnológica - Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Sul-Rio-Grandense,

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, sucessora por incorporação de **VIVO S/A**, inscrita no CNPJ sob o nº 02.449.992/0121-70, com filial na Av. José Bonifácio, 245 - Bom Fim, Porto Alegre/RS - CEP 090.040-130, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO ELETRÔNICO em epígrafe, com sustentação no § 2º do artigo 41 da lei 8666/1993 - aplicável por força do artigo 9º da lei federal nº 10520/2002 - e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5450/2005, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública eletrônica está prevista para 27/01/2014, 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 no item 10.3 do Edital do Pregão em referência.



II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Eletrônico em referência tem por objeto a "contratação de empresa especializada para a prestação de Serviço Móvel Pessoal (SMP), pós-pago, na modalidade local compatível com a tecnologia GSM, e ligações telefônicas nas modalidades de longa distância, nacional e internacional, para a Reitoria, para os Campi Gravataí, Lajeado, Santana do Livramento, Sapiranga e para a UEP Jaguarão. No Contrato estará incluso o fornecimento de aparelhos e acessórios, a ser executado no regime de comodato, pelo período de 12 (doze) meses, podendo ser prorrogado até o limite legal, conforme especificações constantes 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 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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

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

O edital em apreço tem como objeto a contratação de empresa para a prestação de Serviços de Telefonia Móvel no Estado do Rio Grande do Sul/RS.



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. Contudo o item 17.2 do edital dispõe:

"As Notas Fiscais/Faturas deverão ser emitidas pela própria contratada, obrigatoriamente com o número de inscrição no CNPJ/MF apresentado nos documentos de Habilitação e da Proposta de Preços, bem como na Nota de Empenho".

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 do Rio Grande do Sul 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.

02) DETERMINAÇÃO DA VELOCIDADE MÍNIMA NO ITEM REFERENTE AO SERVIÇO DE DADOS. IMPOSSIBILIDADE DE GARANTIA DE VELOCIDADE MÍNIMA DE 1 Mbps.

Em relação ao Acesso Móvel à Internet, o edital indica a obrigatoriedade de uma velocidade mínima de 1Mbps (item 3.2.2.1 do Anexo I – Termo de Referência).

“3.2.2.1 A assinatura mensal de acesso à internet (dados) deverá possuir largura de banda média de 1Mbps, com franquia mensal de 2GB por aparelho, com redução de velocidade após o consumo contratado.”

Todavia, considerando a peculiaridade do serviço de Internet Móvel no aspecto da abrangência de locais de acesso (a critério do usuário), não é possível garantir tal velocidade mínima, dado que a velocidade de conexão está condicionada a diversos fatores externos que interferem na tecnologia da rede, dependendo do local de acesso.

Diferente situação ocorreria se o acesso à INTERNET ocorresse em um único lugar específico, em que as circunstâncias de tempo e espaço constantes permitem um monitoramento real da velocidade, dado que as condições variam pouco nesta hipótese.

No caso da INTERNET móvel - especialmente considerando que existe uma preferência de voz sobre dados na transmissão do sinal - o local pode repercutir decisivamente na velocidade de acesso, considerando a concentração de outros sinais de qualquer natureza, questões climáticas e de relevo, tecnologia da rede de cobertura no local não ser 3G (GPRS/EDGE); quantidade elevada de usuários simultâneos na mesma antena; nível baixo de sinal celular, devido à distância ou a obstáculos entre o dispositivo móvel e a antena; baixa relação sinal/ruído na interface



ar, devido a interferências externas; congestionamento na nuvem Internet, que poderá apresentar gargalos em seus roteadores e/ou servidores; baixo desempenho do PC, que poderá estar contaminado ou operando com processos paralelos, dentre outros fatores.

Assim, o desempenho da rede varia constantemente conforme o local em que esteja o usuário da INTERNET, não sendo possível a qualquer operadora garantir a velocidade mínima pretendida pelo edital, considerando a mutabilidade de espaço inerente ao tipo de serviço objeto da pretendida contratação.

Requer-se, portanto, seja alterada tal exigência mínima, dada a impossibilidade de garantia da velocidade pretendida, devendo ser mantida apenas a obrigatoriedade da tecnologia e a previsão de VELOCIDADE NOMINAL, cuja oferta depende, esta sim, exclusivamente da atuação da operadora, sem influência de fatores externos que repercutam no desempenho da rede.

Caso não seja alterada tal condição de velocidade mínima do edital, no acesso móvel à Internet, ocorrerá certamente a não-participação das operadoras no certame, em função dos ônus contratuais decorrentes da inadimplência (que seria iminente) quanto a tal obrigação durante a execução do ajuste.

03) DESCONTO LINEAR INDICADO NA PLANILHA INTEGRANTE DO EDITAL.

Uma questão a ser discutida no edital em referência é relativa ao critério de apresentação do percentual de desconto em relação ao valor final indicado nas planilhas integrantes do item 10.5 do Anexo I – Termo de Referência e Anexo II - Planilha de Proposta Comercial.

Pela indicação da planilha, 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 ligação mencionada na referida planilha.



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 a oferta de preços unitários que, multiplicados pelo tráfego estimado, 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 da disputa, notadamente porque, no caso concreto, a operadora pode ofertar valores unitários para cada tipo de ligação ou habilitação ou assinatura.

Eventual "desconto" já poderá ser dado diretamente no momento da cotação do preço unitário, situação esta que faz carecer de sentido 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.

04) ESCLARECIMENTO QUANTO À TARIFA DE ROAMING INTERNACIONAL DE VOZ E QUANTO ÀS LIGAÇÕES DE LONGA DISTÂNCIA INTERNACIONAL. NECESSIDADE DE COTAÇÃO EM PLANILHA E DE ESPECIFICAÇÃO DOS PAÍSES ONDE OS SERVIÇOS SERÃO UTILIZADOS.

O edital ora em análise prevê ligações de longa distância internacional, bem como viagens internacionais, o que implica em *roaming* internacional. Nesse sentido, vale conferir o item 1 do edital, os itens 1, 3.1, 5 do Anexo I – Termo de Referência preâmbulo e Cláusula Primeira do Anexo III – Minuta de Contrato.

Todavia, nas planilhas presentes no edital (item 10.5 do Anexo I – Termo de Referência e Anexo II - Planilha de Proposta Comercial) não há espaço



destinado à cotação de valores designados para remunerar esses serviços – ligações de longa distância e *roaming* internacionais -, da mesma forma como não há o detalhamento dos países de destino.

Neste ponto, é fundamental esclarecer que a cobrança do tráfego em território nacional difere da cobrança em território internacional, inclusive pelo fato de que, nestes casos, a tarifa ocorre por meio da moeda dólar.

De toda forma, para que os serviços de SMP possam ser prestados em *roaming* e em ligações de longa distância internacionais, o órgão deve informar os valores em reais que terá em reserva para gastar, uma vez que a cobrança da tarifação desses serviços muda dependendo do país de destino.

Assim, é necessário indicar a cotação, devendo ser alocada com valores em R\$ (reais), moeda nacional, pois existe a variação do dólar e a cobrança é feita pela operadora LD.

Ademais a alínea "b" do subitem XVII do item 6.1 do Anexo I – Termo de Referência, bem como alínea "b" do item 18 da Cláusula Pitava do Anexo III – Minuta de Contrato, preveem que a contratante deverá apresentar *relação dos países amigos ligados à empresa*. Contudo é imprescindível o detalhamento pela Administração dos países onde os serviços serão utilizados, tendo em vista que, repisa-se, a tarifação varia de acordo com o país. Esta medida visa a garantir que a contratante obtenha o melhor preço, dependendo da promoção da operadora internacional.

Neste contexto, considerada a pretensão administrativa em relação à prestação dos serviços de ligações longa distância e em *roaming* internacionais, deve ser incluída na planilha, além da cotação do tráfego internacional em reais, a descrição dos países onde os serviços serão utilizados, adicionalmente aos demais itens lá indicados.



05) AUSÊNCIA DE ESPAÇO PARA COTAÇÃO DE SERVIÇO GESTÃO NA PLANILHA DE FORMAÇÃO DOS PREÇOS.

A descrição da planilha dos itens 1 do Anexo II – Planilha da Proposta Comercial, indica espaço para cotação do valor único para o serviço gestão. Contudo, não foi apresentado nenhum valor designado para remunerar esse serviço.

Tal situação deve ser corrigida, para que os valores referentes ao serviço gestão integre a proposta de preços a ser oferecida na licitação, em valor fixo mensal, como forma de remunerar a operadora pelo serviço de gerenciamento das linhas..

Evidente que tal serviço de gestão on line constitui um ônus adicional à prestação comum do serviço de telefonia celular, dado que o gerenciamento das linhas envolve o custo fixo mensal para as operadoras de telefonia celular.

Caso contrário, o valor do serviço telefônico propriamente dito ficaria muito mais dispendioso, dado que teria de ser agregado o valor desta isenção no valor do minuto do acesso telefônico, situação esta que atuaria em desacordo com o princípio da obtenção da proposta mais vantajosa.

Deste modo, deve ser planilhado especificamente um valor mensal para o serviço de gestão on line, com a inserção de tal item nas planilhas integrantes do edital.

06) ESCLARECIMENTO QUANTO AO VALOR DO EQUIPAMENTO REPOSTO, VALOR DA NOTA FISCAL.

Quanto às hipóteses de perda, roubo, furto ou de danos nos equipamentos cedidos em comodato, o item 7 do Anexo I – Termo de Referência e Subcláusula única da Cláusula Décima do Anexo III – Minuta de Contrato determinam como de responsabilidade da Contratante a reposição, nos seguintes termos:

(...)



IX – na hipótese de perda, roubo ou furto do aparelho ou de danos causados pelo uso indevido, comprovado por laudo do fabricante ou da Assistência Técnica autorizada da rede credenciada, a CONTRATANTE se responsabilizará:

a) pelo reembolso do valor do aparelho em comodato, ou pelo custo de reparo (o menor dentre os dois valores) na data da ocorrência, mediante crédito em conta indicada pela CONTRATADA. Considerando a rápida obsolescência de aparelhos de alta tecnologia, o valor do aparelho a ser reembolsado será determinado de duas formas:

1ª) pelo valor inscrito na nota fiscal que acompanhou o aparelho, se o mesmo possuir até um ano de uso e estiver em plena produção e divulgação no site do fabricante;

2ª) pelo valor de mercado do aparelho, se o mesmo não tiver sido substituído pela CONTRATADA ao final de um ano de uso ou o fabricante tiver descontinuado sua fabricação. Em caso do produto ter sido descontinuado e inexistir nas lojas autorizadas e/ou credenciadas pelo fabricante, o valor de mercado será pesquisado no mercado de celulares usados.

b) o valor de mercado do aparelho será o menor preço encontrado em pesquisa de preços realizada pela CONTRATANTE em pelo menos três lojas autorizadas e/ou credenciadas pelo fabricante do aparelho, inclusive considerando quaisquer descontos promocionais acessíveis aos demais consumidores.

Todavia, deve ser alterada a fórmula apresentada pelo referido item para prever o ressarcimento no valor inscrito na nota fiscal que acompanhou o equipamento.

Veja-se que a hipótese é de responsabilidade decorrente do dever de guarda e conservação, imposto pela própria natureza do instituto do comodato. Assim, o valor a ser reembolsado deve ser o valor real do modem, representando o prejuízo sofrido pela Contratada com a perda ou pelo dano ocorridos aos equipamentos quando em posse e sob a guarda da Contratante.

Desta forma, a reparação não pode ser condicionada a variações do mercado (que podem inclusive majorar o preço do equipamento), mas devem ocorrer no exato valor do prejuízo sofrido pela proprietária do modem. **Este valor é aquele constante da nota fiscal do equipamento.**

Destarte, requer-se a alteração do edital no que se refere à reposição dos aparelhos nas hipóteses de troca, extravio, perda ou roubo.

e

07) EXIGÊNCIA DE AMOSTRA PRELIMINARMENTE PARA APROVAÇÃO DO OBJETO. DESNECESSIDADE.

O item 8.4 do Anexo I – Termo de Referência indica, como pressuposto para aceitação da proposta comercial e preliminarmente, a apresentação de amostra dos equipamentos.

8.4 Os modelos dos aparelhos deverão ser apresentados/indicados ao CONTRATANTE para aprovação prévia quanto ao atendimento das especificações mínimas constantes nos subitens 8.1.1 e 8.1.2.

Todavia, tal amostra é absolutamente desnecessária, à medida que, no ato de inclusão da proposta eletrônica, a licitante apresenta uma garantia de que há atendimento a todas as exigências do edital, inclusive com relação ao modelo do aparelho solicitado.

Desta forma, a mera apresentação da proposta já induz ao licitante a obrigação de cumprir os critérios técnicos mínimos previstos para os aparelhos utilizados para a prestação do serviço, situação esta a ser cumprida durante a execução contratual.

Assim, independentemente da marca dos aparelhos cotada, a especificação deve atender aos requisitos mínimos do edital, cujo cumprimento deve ser realizado pela empresa licitante, não havendo margem para que a Administração exerça juízo de valor, por meio de amostra, sobre as marcas oferecidas na proposta comercial.

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

Neste contexto, a amostra não pode servir como meio para a Administração refutar eventual marca apresentada pela licitante, dado que é desta última a obrigação de preencher a necessidade administrativa objetivamente definida no edital.

Desta forma, deve ser afastada a fórmula do edital no que se refere à apresentação de amostra previamente à adjudicação do objeto, adotando apenas a previsão de especificações mínimas dos aparelhos a serem cotados, cujo cumprimento é de obrigação da licitante apenas na fase de execução do contrato.

08) PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO.

Em relação ao contrato, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 07 (sete) dias úteis, conforme previsão do item 15.1 do Edital.

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 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 27/01/2014, 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 Porto Alegre/RS para Pelotas/RS, 17 de janeiro de 2014.

TELEFÔNICA BRASIL S/A


Maria Conceição Brietzke
Gerente de Contas
Matr.: 660036