

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico n.º 04/2013 – Ministério dos Transportes.

Impugnante: VIVO S/A

A (o) Sr. (a) Pregoeiro do Ministério dos Transportes,

VIVO S. A., sociedade anônima inscrita no CNPJ sob o nº 02.449.992/0155-10, com filial no SCS, Quadra 02, BL C, Loja 206 e 226, P / Pav. 1º ao 7º, Asa Sul, CEP: 70.302.916, Brasília – DF vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO ELETRÔNICO em epígrafe, com sustentação no § 2º do artigo 41 da lei 8.666/1993 - aplicável por força do artigo 9º da lei federal nº 10.520/2002 - e artigo 18 do Decreto Federal nº 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 29/04/2013, 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 12 do edital do Pregão em referência.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Eletrônico em referência tem por objeto a “*Contratação de empresa especializada na prestação de serviços de Telefonia Móvel Pessoal – STMP, a ser executado de forma contínua, conforme as especificações e condições constantes deste Edital e seus anexos.*”.

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.

Quatro 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 Anexo “A” - Do Termo De Referência - Planilhas De Formação De Preços; Anexo “A” Do Modelo De Proposta Comercial e cláusula oitava do Anexo III – Minuta de Contrato, 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 seqüência:

(...)

§ 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; ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))*

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. 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 telecomunicação no Distrito Federal.

Inicialmente, insta esclarecer que alguns documentos expedidos para a empresa Vivo, ainda que utilizados para as filiais, são realizados em nome da Matriz VIVO 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.

3. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA DOS APARELHOS.

Quanto aos aparelhos que serão cedidos, os itens 6.2.8. e 9.35 do Termo de Referência, cláusula 4.2.8 e alíneas “jj” da cláusula sexta do Anexo III – Minuta de Contrato determinam, com redações similares, que, *verbis*:

*“Se comprovado que o defeito não foi ocasionado por mau uso, o reparo ou substituição do dispositivo de comunicação deverá ser feito em 10 (dez) dias úteis e não pode representar nenhum ônus para a **CONTRATANTE**.”*

A imputação do ônus à contratada, todavia, atua em descompasso com o regime de prestação do serviço, considerando que o **aparelho é apenas e tão-somente meio para que possa se efetivar o serviço de telefonia, aparelho este 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 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 telefonia propriamente dito.

De fato, o aparelho é apenas meio para o exercício do serviço de telefonia celular, 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 aparelho 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 aparelho.

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

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

4. DETERMINAÇÃO DA VELOCIDADE MÍNIMA. IMPOSSIBILIDADE DE GARANTIA DO MÍNIMO DE VELOCIDADE DE 256 Kbps ou 1 Mbps.

Em relação ao Acesso Móvel à Internet, por meio de smartphones e *mini modem*, o edital indica a obrigatoriedade de uma velocidade mínima de 256 Kbps (tem 4.1., alínea “h” do Termo de Referência)

Por sua vez, os itens 6.2.4. e 6.4. do Termo de Referência e as cláusulas 4.2.4 e 4.3. do Anexo III – Minuta de Contrato estipulam o fornecimento de equipamentos com velocidade de 1Mbps.

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 mínimo de velocidade, 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

proximidade maior ou menor a centros de transmissão da operadora, a concentração de outros sinais de qualquer natureza, questões climáticas e de relevo, dentre outros.

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 MÉDIA**, 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.

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 29/04/2013, 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 10.520/2002 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 irresignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

Brasília/DF, 23 de abril de 2013.



Vânia Diniz Aragão

Gerente de Negócios

Telefônica|Vivo