

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO N.º 01 – PE N.º 18/2013

Apresento abaixo as sínteses das alegações apresentadas pela empresa CLARO e as respectivas respostas formuladas:

1. IMPOSSIBILIDADE DE BLOQUEIO DE DADOS

“TERMO DE REFERÊNCIA

“4.1.4. Não será permitido o bloqueio do serviço após o limite da franquia ser atingido;”

Cabe esclarecer que as operadoras possuem planos de dados ilimitados, entretanto, todos os planos possuem uma franquia mesmo o plano sendo ilimitado para controle e preservação da qualidade de rede, pois para manter as métricas de qualidade estabelecida pela ANATEL estas medidas são necessárias. Acontece que ao atingir o limite da franquia mensal o tráfego de dados a velocidade é reduzida, mas o serviço não é bloqueado.

A redução da velocidade é permitida pela ANATEL, desde que seja garantida a taxa de transmissão prevista no inciso II da Resolução n.º 575, de 28 de outubro de 2011, da ANATEL, retro transcrito:

...

Conclui-se, portanto, que o plano é ilimitado, ou seja, não existe bloqueio após a utilização de franquia, mas sim diminuição de velocidade.”

RESPOSTA 01

Não identificamos um pedido objetivo por parte da empresa Claro, e sim um esclarecimento de que as operadoras de telefonia não bloqueiam o serviço após o atingimento do limite da franquia, o que configura interpretação correta do item 4.1.4 do Termo de Referência.

2. DO BLOQUEIO E ATIVAÇÃO DO SERVIÇO

“TERMO DE REFERÊNCIA

“4.1.7. O serviço de dados em roaming internacional e de SMS deverá estar inicialmente bloqueado;

4.1.17. Os tablets deverão vir bloqueados e a ativação dos serviços de dados deverá ser efetuada em até 5 (cinco) dias corridos após a entrega.”

Quanto aos itens em comento, insta consignar que o serviço de SMS deve ser solicitado após o início da prestação do serviço para a área de atendimento via e-mail. Assim, favor retificar.

Da mesma forma, a ativação do serviço de dados é anterior à entrega. Assim, não temos como atender esta exigência, o que acabará por impedir a participação da CLARO no certame, razão pela qual pugnamos pela retirada desta obrigação.

Diante do exposto, licitar objeto que não pode ser atendido pela maioria das operadoras, frustrando o caráter competitivo da licitação, é ato ilegal e deve ser corrigido, ou seja, deve a Administração, ante aos fatos suspender o processo e realizar o procedimento determinado pela Lei e regulamentos atinentes à matéria.

Nesta égide, se faz necessário, para que não se afronte os princípios e normas atinentes à matéria, a correção dos equívocos descritos acima, equacionando-se a cláusula viciada para permitir a participação de todas as operadoras no certame, retirando a exigência supracitada.”

RESPOSTA 02

Onde se lê:

“4.1.7 O serviço de dados em roaming internacional e de SMS deverá estar inicialmente bloqueado;” e

“4.1.17 Os tablets deverão vir bloqueados e a ativação dos serviços de dados deverá ser efetuada em até 10 (dez) dias corridos após a entrega.”

Leia-se:

“4.1.7 O bloqueio do serviço de dados em roaming internacional e de SMS será solicitado após o início da prestação do serviço.”

4.1.17 - ITEM EXCLUÍDO

3. DAS ESPECIFICAÇÕES DE SUPORTE TÉCNICO

“TERMO DE REFERÊNCIA

“5.2. O suporte técnico será prestado nos endereços do anexo II;

5.3. O suporte técnico ocorrerá sem nenhum ônus adicional para a CONTRATANTE, mesmo quando for necessária a atualização da solução, o traslado e a estada de técnicos”

Insta elucidar que o suporte técnico tanto de 1º nível quanto de 2º nível são realizados de forma remota. Assim, não temos como realizar suporte in loco, onde caso possamos seguir dessa forma não haverá impeditivo.

Dessa feita, compete informar que da forma como se dispõe o instrumento convocatório está violando o princípio da competitividade e da busca da melhor proposta para a Administração.

...

Desta forma, o edital deve ser retificado, para que represente a realidade do que fora consignado no objeto da licitação. Tornando o edital claro, sem lacunas e buscando a melhor proposta para a Administração. Possibilitando o andamento da licitação sem tropeços e seguindo os ditames legais.”

RESPOSTA 03

Onde se lê:

“5.2 O suporte técnico será prestado nos endereços do anexo II;”

Leia-se:

“5.2 O suporte técnico será realizado preferencialmente de modo remoto;”

4. PRAZO PARA ENVIO DAS FATURAS

“19.1.4. A CONTRATADA deverá enviar as faturas até 10 (dez) dias úteis antes do vencimento;”

“Cabe salientarmos, que tal item fere a Resolução nº 477, da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Esta resolução deve ser seguida por todos os usuários de telefonia móvel no país, mesmo quando órgão da Administração Pública.

...

*Nesta vertente, fica claro que o instrumento convocatório está em desacordo com as regras da ANATEL, pois as operadoras possuem **até 5 (cinco) dias úteis** antes do prazo de pagamento para entregarem as faturas.*

Sendo assim, se faz necessária a retificação do edital, para a adequação do prazo de apresentação das faturas e seu pagamento, conforme os ditames da Agência Reguladora.” (grifamos)

RESPOSTA 4

A licitante contesta o prazo para apresentação das faturas de cobrança e cita a Resolução nº 477 da Anatel afirmando que as operadoras possuem **até 5** dias úteis antes do prazo de vencimento para entrega das faturas. Porém, o artigo 44 da referida Resolução dispõe expressamente que este prazo é de **pelo menos 5 (cinco) dias** antes do seu vencimento, conforme descrito a seguir:

*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.” (grifamos)*

Diante do exposto, resta claro que o prazo de 10 (dias) úteis fixado pela CGU-PR está em conformidade com a citada Resolução da ANATEL, que fixa, para o envio da Fatura, um prazo mínimo de antecedência, e não máximo, de 05 (cinco) dias úteis.

5. DAS FATURAS PARAMETRIZADAS

“19.1. O pagamento será efetuado mensalmente à CONTRATADA, até o 10º (décimo) dia útil, em função da quantidade de tablets efetivamente recebidos

pela CONTRATANTE, contado do recebimento da Nota Fiscal/Fatura, compreendida nesse período a fase de ateste da Nota Fiscal/Fatura - a qual conterà o endereço, o CNPJ, o número da Nota de Empenho, os números do Banco, da Agência e da Conta Corrente da empresa, a descrição clara do objeto do contrato - em moeda corrente nacional, por intermédio de Ordem Bancária em conta corrente ou por meio de Ordem Bancária para pagamento de faturas com código de barras, de acordo com as condições constantes na proposta da empresa e aceitas pela CGU.”

“No tocante às exigências acima descritas, cumpre esclarecer que as faturas são parametrizadas, não permitindo, portanto, que se altere a sua formatação com a inclusão de informações adicionais.

Cabe ressaltar, ainda, que as faturas são detalhadas por linha e impressas de forma contínua, motivo pelo qual não serão apresentadas, necessariamente, de forma a demonstrar o detalhamento de cada linha em uma única página.

Pelo exposto, faz jus a presente impugnação a fim de que tais exigências sejam devidamente excluídas do Edital, já que não condizem com a realidade do mercado das telecomunicações.”

RESPOSTA 5

Na impossibilidade de se fazer constar na Nota Fiscal/Fatura, seja de forma impressa ou carimbada, número da Nota de Empenho, números do Banco, da Agência e da Conta Corrente da empresa, e a descrição clara do objeto do contrato, estas informações devem constar de documento à parte entregue juntamente com a Nota Fiscal/Fatura.

6. MULTA POR ATRASO DE PAGAMENTO

“19.5. No caso de eventual atraso de pagamento, e mediante pedido da CONTRATADA, o valor devido será atualizado financeiramente, desde a data a que o mesmo se referia até a data do efetivo pagamento, pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, mediante aplicação da seguinte fórmula: (...)”

A licitante alega, em síntese, que “a aplicação da multa por falta de pagamento para o SMP, em que a contratada não tenha incorrido parta tanto, afirmando não poder ser de uma outra forma que o determinado na Portaria nº 1960/96, do Ministério das Comunicações e aplicada de forma isonômica por todas as operadoras, ou seja: aplicação de multa moratória de 2% sobre o valor do débito e os juros moratórios determinados pela Lei Brasileira (...)”.

RESPOSTA 6

Nessas circunstâncias, como o Edital e o contrato são elaborados unilateralmente pela Administração - conforme dispõe o art. 40 e seus §§, da Lei nº 8.666/93 - ao qual o licitante adere com a apresentação da proposta, não é razoável que sejam estabelecidas penalidades contra a Administração.

Nesse sentido o TCU já fixou entendimento por intermédio das Decisões nº 585/94 – Plenário, nº 197/97 – Plenário e nº 454/98, dos quais transcrevo os excertos abaixo:

Decisão nº 585/94 - Plenário

“(...)

h - evitar a inclusão nos instrumentos contratuais de cláusulas prevendo aplicação de multa moratória ao (...) por atraso no pagamento de importâncias eventualmente devidas, **por tal procedimento contrariar jurisprudência consolidada firmada por esta Corte sobre o assunto, que não admite a imputação de tal penalidade e sua previsão em contratos por falta de amparo legal, ante o seu caráter punitivo** (Ata nº 45/90, Anexo XXII; Ata nº 60/90, Anexo VI; Ata nº 48/90, Anexo VI; e Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92 - Plenário).

(...)” (grifos nossos)

Decisão nº 197/97 – Plenário

“(...)

precaver-se, quando da elaboração de instrumentos convocatórios ou contratuais, quanto à inclusão ou omissão de cláusulas que levem a situações economicamente lesivas à Administração, tais como a previsão de multas contra a própria Administração que extrapolem a atualização financeira do período, ou a aceitação de condições presentes nas propostas dos licitantes, mesmo que não previstas nos correspondentes instrumentos convocatórios ou contratuais.

(...)”

Conforme salientou o Ministério Público, o pagamento de **multas contratuais, por atraso em pagamentos, não pode ser considerado como impropriedade meramente formal, uma vez que o ato, despido de amparo legal, trouxe prejuízo ao erário equivalente a R\$ (...), resultante do somatório de diversas multas aplicadas na execução do contrato (...). Como destacou o "parquet" especializado, a jurisprudência desta Corte, em situações análogas, acena para a devolução dos recursos indevidamente gastos.**

(...)

Cumprе ressaltar questão referente ao **pagamento de multas** (subitem 4.6.3, f. 11/12), ocorrido em dois exercícios distintos, 1994 e 1995, **sem o devido amparo legal e contrariando jurisprudência firmada por este Tribunal** (Ata nº 45/90, Anexo XXII, Ata nº 60/90, Anexo VI, Ata nº 23/92, Decisão nº 246/92-Plenário e Ata nº 44/94, Decisão nº 585/94-Plenário), **impondo-se, portanto, a reposição dos valores impropriamente gastos.**” (grifos nossos)

Decisão nº 454/98 - Plenário

“(...)

b) quanto à ausência de compensações financeiras e penalizações por eventuais atrasos e descontos por eventuais antecipações de pagamentos: - o edital está em consonância com a determinação contida no Ofício nº 412/94, procedente da 8ª SECEX, que, de acordo com **Decisão proferida no TC nº 011.273/94-1**, relativo ao acompanhamento dos procedimentos licitatórios adotados pela (...), determinou à entidade o seguinte: “... **b. não inclua em seus instrumentos convocatórios e respectivos contratos, cláusulas que estabeleçam juros e multas de atraso nos pagamentos, uma vez que o art. 40, inciso XIV, da mencionada Lei, ao tratar das condições de pagamento, além de prever a atualização de valores devidos, garante somente à Administração a aplicação de penalidades por eventuais atrasos.**”

(...)” (grifamos)

Esclareça-se ainda que a fórmula adotada para a atualização financeira, constante do subitem 19.5 do Edital, já traz em seu conteúdo a previsão dos encargos moratórios, conforme demonstra a transcrição abaixo:

“19.5. No caso de eventual atraso de pagamento, e mediante pedido da CONTRATADA, o valor devido será atualizado financeiramente, desde a data a que o mesmo se referia até a data do efetivo pagamento, pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, mediante aplicação da seguinte fórmula: $AF = [(1 + IPCA/100)^{N/30} - 1] \times VP$ ”

Ressalte-se, por fim, que a **Instrução Normativa SLTI/MP nº 02**, de 30/04/2008, a qual dispõe sobre as regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, em seu art. 36, § 4º, **prevê, no caso de atraso de pagamento, unicamente a atualização monetária**, fixando a fórmula de cálculo dessa atualização, que deverá ser aplicada **tão somente na hipótese de inexistência de outra regra contratual** já estabelecida pela Administração, segundo se pode concluir pela leitura do excerto abaixo:

“(…)

*§ 4º Na inexistência de outra regra contratual, quando da ocorrência de eventuais atrasos de pagamento provocados exclusivamente pela Administração, o valor devido deverá ser **acrescido de atualização financeira**, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento,(…)*

(…)” (grifos nossos)

Considerando-se o posicionamento/determinação do TCU, e levando-se em conta a adequação da regra editalícia em relação às normas que regem o assunto, entendemos que **as disposições do instrumento convocatório não carecem de alteração.**

7. DA ASSINATURA DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E/OU DO CONTRATO

“14.2. O não comparecimento da licitante vencedora, dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, após regularmente convocada para a assinatura da Ata de Registro de Preços e/ou do Termo Contratual, ensejará a aplicação de multa de 10% (dez por cento) sobre o valor total da proposta ou lance final ofertado devidamente atualizado.”

“Observe que o prazo para a assinatura da ata de registro de preços e/ou do contrato é bastante diminuto. Assim, sugerimos um prazo mais dilatado.

Compete esclarecermos que o presente item foge da normalidade e do usual no mercado de telecomunicação, pois o mais comum e razoável é um prazo de pelo menos 10 (dez) dias úteis.

Ainda, vale informar que a solicitação de comparecimento para assinatura do contrato causa enorme transtorno às operadoras, pois logisticamente será impossível o comparecimento dos signatários das empresas ao órgão para que promovam as devidas assinaturas, haja vista que estes muitas vezes encontram-se em Estados diferentes.

Sendo assim, exigências tão desproporcionais e incomuns causam enorme transtorno às operadoras violando, por conseguinte, o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade...”

RESPOSTA 7

Entendemos que o prazo de 5 (cinco) dias úteis para assinatura da Ata de Registro de Preços e/ou do Contrato atende aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ademais, consta, no item 14.3 do Edital, a possibilidade de prorrogação do prazo de assinatura, caso haja alguma impossibilidade de cumprimento desse prazo, conforme demonstrado a seguir:

“14.3. O prazo mencionado acima poderá ser prorrogado uma só vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração, conforme previsto no § 1º, do art. 64, da Lei nº 8.666/1993.”

Quanto à impossibilidade de comparecimento para assinar a Ata de Registro de Preços e/ou o Contrato, não há óbice de que o arquivo do documento seja enviado por meio eletrônico, para que seja impresso e assinado pela empresa contratada, com posterior devolução a esta Controladoria-Geral via correio.