

## **PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO N.º 02 – PE N.º 18/2013**

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

### **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 III do Termo de Referência - Modelo da Proposta de Preços apresentou uma planilha indicativa para apresentação de proposta, sem, contudo, indicar o orçamento estimado para a prestação dos serviços.*

*Não obstante, o item 8.3.2 do edital prevê que “O PREÇO UNITÁRIO DE REFERÊNCIA será utilizado na análise dos valores ofertados pela licitante, para fins de aceitação ou não da proposta comercial”.*

*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:*

...

*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.”*

### **RESPOSTA 01**

A ausência de orçamento estimado dos preços em planilha aberta de composição de custos unitários está de acordo com o entendimento do TCU, conforme transcrito abaixo:

## TCU n.º 2080/2012-Plenário

**“A disponibilização, em pregão eletrônico, dos preços unitários e global estimados apenas após a fase de lances - e não no edital do certame - encontra amparo na legislação vigente**

Representação de empresa apontou supostas irregularidades no Edital do Pregão Eletrônico n.º 35/2012 para Registro de Preços conduzido pelo Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, visando à aquisição de embarcações para transporte de alunos das redes públicas de ensino, com recursos destinados ao Programa Caminho da Escola. Entre as ocorrências relatadas pela autora da representação, destaque-se a falta de indicação dos preços global e unitário estimados, no referido edital. Ao se debruçar sobre tal questão, a unidade técnica anotou: “há pacífica jurisprudência do TCU no sentido de que, **nos termos do art. 3º, da Lei 10.520/2002, a Administração não está obrigada a anexar ao edital o orçamento de referência que elaborou na fase interna da licitação. Este deve constar, obrigatoriamente, apenas dos autos do processo administrativo referente à licitação.** Nesse último caso, deve constar do instrumento convocatório a informação sobre os meios pelos quais os interessados poderão ter acesso ao documento. Dentre muitos outros nessa linha, citem-se os Acórdãos 1.248/2009, 114/2007 e 1935/2006, todos do Plenário.” O relator, por sua vez, ressaltou que, a despeito de a publicidade ser “imperativa na Administração Pública”, em situações similares à ora examinada, “o acesso ao referido orçamento colidiria com outros princípios não menos importantes, como o da busca da proposta mais vantajosa para a administração...”. E mais: **a manutenção do sigilo do orçamento estimativo tem-se revelado benéfica para a Administração, “com a redução dos preços das contratações, já que incentiva a competitividade entre os licitantes, evitando assim que os concorrentes limitem suas ofertas aos valores previamente cotados pela Administração”.** Lembrou que o procedimento adotado ajusta-se à recomendação efetuada pelo Tribunal ao FNDE por meio Acórdão 1789/2009 – Plenário. O relator, então, considerou inexistir vício no procedimento acima descrito. O Tribunal, ao endossou esse entendimento. Precedentes mencionados: Acórdãos n.ºs 1.248/2009, 114/2007 e 1935/2006, todos do Plenário. **Acórdão n.º 2080/2012-Plenário, TC-020.473/2012-5, rel. Min. José Jorge, 8.8.2012”.** (grifos nossos)

Inclusive, o referido acórdão é citado no **Edital** conforme transcrito abaixo:

**“8.3.1. Em conformidade com o disposto no Acórdão do TCU n.º 2080/2012-Plenário, a disponibilização às licitantes das informações afetas ao(s) preço(s) unitário(s) e global estimados dar-se-á apenas após a fase de lances.”**

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

“Os itens 4.1.14 e 15.5.3 do Anexo I – Termo de Referência indicam a responsabilidade da contratada pela substituição dos tablets, pela contratada, em

caso de defeito, desde que não constatado uso indevido, sem ônus para a contratante.

*Todavia, tal situação atua em descompasso com o regime de prestação do serviço, considerando que o **tablet é apenas e tão somente meio para que possa se efetivar o serviço de internet, equipamento 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 tablet 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 tablet é apenas meio para o exercício do serviço de dados, 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 equipamento 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 equipamento.*

*Destarte, é fundamental mencionar que a garantia do tablet, concedida pela Assistência Técnica do fabricante não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta dos mesmos tampouco pelas quebras no equipamento.*

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

## **RESPOSTA 02**

O item 4.1.14 foi excluído da especificação técnica, permanecendo válidos os demais níveis de serviço previstos.

Também houve alteração do item 5.5.3 conforme abaixo:

Onde se lê:

“5.5.3 Problemas com equipamento:”

Leia-se:

“5.5.3 Problemas com equipamento (perda, roubo, furto ou defeitos por uso indevido do tablet):”

### **3. ESCLARECIMENTO QUANTO À DISPONIBILIZAÇÃO DE SUPORTE EM TODOS OS DIAS DA SEMANA PELAS VINTE E QUATRO HORAS DO DIA**

*“O item 15.1 do edital (bem como item 15.1 do Anexo I – Termo de Referência e Cláusula Sétima do Anexo IV – Minuta do Contrato) estabelece a obrigatoriedade de suporte técnico prestado na modalidade produção, em horário 24 x 7 (vinte e quatro horas por dia, sete dias por semana) a partir do recebimento definitivo.*

*Entretanto, o que as operadoras possuem, conforme exigência da ANATEL, é um serviço de call center (central de relacionamento) que atende em qualquer momento do dia, sendo inviável operacionalmente a manutenção de uma consultoria específica pelas 24 horas do dia, não sendo disponibilizado um serviço de consultoria plena.*

*A disponibilização deste serviço de consultoria plena pelas 24 (vinte e quatro) horas do dia trazia um ônus exagerado às operadoras, sem que houvesse necessidade prática para tanto, sendo tal cláusula editalícia restritiva da competitividade, conforme exposto acima, caso de fato a pretensão seja obter o suporte de consultor.*

*Assim, o edital deve ser aditado com base no serviço usualmente prestado pela operadora.”*

#### **RESPOSTA 03**

O edital não exige “consultoria plena” no regime de 24x7, e sim que haja uma Central de Atendimento 24x7 e que as solicitações sejam concluídas em até 48h, conforme item 15.5. Deste modo, não há que se falar em conflito entre o especificado no edital e os normativos da ANATEL.

### **4. FERRAMENTA DE AUTENTICAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA CONTRATANTE PELA PONTA CLIENTE**

*“O item 4.1.5 do Anexo I – Termo de Referência prevê que “A CONTRATADA se obriga a garantir a disponibilização de **ferramentas de autenticação** que garantam a segurança dos serviços prestados e inviolabilidade dos dados trafegados”.*

*No entanto, a prestação comum do serviço móvel pessoal não inclui garantia de inviolabilidade dos dados trafegados, por se tratar de obrigação do usuário.*

*Para que o usuário possa ser autenticado é necessária implementação de VPN, onde a configuração da ponta cliente, além da aquisição dos equipamentos, (CISCO, Autenticador Radius, contratação de Link Dedicado) **deve ser de responsabilidade exclusiva do contratante.***

*Tais condições devem ser detalhadamente expressas no edital, de forma inequívoca, o que ora se requer.”*

#### **RESPOSTA 4**

Os recursos de autenticação e inviolabilidade previstos no item 4.1.5 referem-se à necessidade de proteção das linhas de dados com relação à clonagem, bem como à garantia de confidencialidade dos dados que trafegam pelo serviço, requisitos estes já atendidos na tecnologia GSM.

## **5. ESCLARECIMENTO QUANTO AO CNPJ DA NOTA FISCAL E DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO E DA PROPOSTA DE PREÇOS**

*“O edital em apreço tem como objeto a prestação de serviços de telecomunicações no Distrito Federal.*

*A alínea ‘c’ do item 9.1.5 do edital determina o seguinte:*

***c) em se tratando de matriz ou filial, na hipótese em que a empresa que efetivamente vai prestar os serviços não for a mesma que participou da sessão pública, os documentos de habilitação da empresa que celebrará o contrato com a CGU-PR também deverão ser apresentados, ressalvadas as hipóteses de exceção citadas na letra “b” acima.***

*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.”***

## **RESPOSTA 5**

Segundo a Jurisprudência firmada no âmbito do Tribunal de Contas da União – TCU, se a matriz participa da licitação, **todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em nome e de acordo com o CNPJ dela**. Ao contrário, se a filial participa da licitação, **todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em nome e de acordo com o CNPJ da Filial, exceto nos casos de certos tributos, especialmente em relação ao INSS e ao FGTS, cuja arrecadação pode ser feita de forma centralizada, abrangendo, portanto, matriz e filiais**. Se assim o for, tais certidões, mesmo as apresentadas pelas filiais, são expedidas em nome da matriz, sem que nisto haja qualquer ilegalidade.

Com relação ao CNPJ a constar do faturamento, este Órgão filia-se ao entendimento externado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, conforme transcrito abaixo:

*“Entretanto, a nota fiscal a ser apresentada deverá ser do mesmo CNPJ que registrado no termo de contrato, ou instrumento equivalente, conforme manifestação do Tribunal de Contas da União - TCU, por meio dos Acórdãos 3.551/2008 2º Câmara e 1573/2008-Plenário” Chamo a atenção do(a) leitor(a) para determinação do Controle Externo à DRT/PB para que se atentasse, quando do pagamento de despesa, sobre a conformidade entre o CNPJ do documento fiscal e o do consignado em instrumento contratual (ou documento equivalente) de fornecimento de bens e prestação de serviços, mesmo quando o favorecido seja matriz, filial, sucursal ou agência”.*

*“9.5.6. abstenha-se de efetuar pagamentos de notas fiscais emitidas por estabelecimento de CNPJ diferente daquele constante do contrato ou autorização de fornecimento, exceto quando se tratar de subcontratação.....”.*

Diante do exposto, no encaminhamento da documentação de habilitação a licitante deverá observar o seguinte:

- a) se a licitante for a **matriz**, todos os documentos devem estar em nome da **matriz**;
- b) se a licitante for **filial**, todos os documentos devem estar em nome da **filial**, **exceto** aqueles para os quais a **legislação permita ou exija a emissão apenas em nome da Matriz**;
- c) em se tratando de **matriz ou filial**, na hipótese em que a **empresa que efetivamente vai prestar os serviços não for a mesma que participou da sessão pública**, os documentos de habilitação da **empresa que celebrará o contrato com a CGU-PR também deverão ser apresentados**, ressalvadas a hipótese de exceção citada na letra “b” acima.