

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico – Edital 1/2016 – Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Segurança Pública/DF.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do(a) Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Segurança Pública/DF,

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, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO em epígrafe, com sustentação no §2.º do artigo 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 20/04/2016, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da Lei Federal n.º 8.666/1993, bem como no item 18.1 do Edital do Pregão em comento.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto a “*escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de serviços de SERVIÇO MÓVEL PESSOAL DE TELEFONIA, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos*”.

A presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, quer por discreparem do rito estabelecido na Lei Federal n.º 8.666/1993 (com alterações posteriores) e na Lei Federal n.º 10.520/2002, 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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. ESCLARECIMENTO QUANTO AO CNPJ DA NOTA FISCAL E DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO E DA PROPOSTA DE PREÇOS. DA DIVISÃO EM LOTES DE ACORDO COM CADA ESTADO ONDE OS SERVIÇOS DEVERÃO SER PRESTADOS.

O objeto do ato convocatório em apreço envolve a contratação de empresa para a prestação de serviço móvel pessoal de telefonia para diversos Estados por meio da adjudicação conjunta do objeto de contratação.

Todavia, é importante ressaltar que cada Estado possui uma legislação tributária própria, resultando em alíquotas e incidências tributárias distintas de acordo onde os serviços são prestados. Neste sentido, os serviços prestados num determinado local podem ser faturados apenas pela filial da

empresa naquele Estado, permitindo, assim, a incidência tributária própria da região.

Assim, a empresa apresentará na fase de habilitação e proposta de preços os documentos em nome exclusivamente de sua matriz, mas os faturamentos somente podem ser efetivados pela filial de cada Estado onde os serviços serão efetivamente prestados. Destaca-se que não há qualquer problema neste procedimento, dado que, 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.

Caso, justificadamente, entenda-se pela impossibilidade de atendimento – o que se admite por mera eventualidade – cabe destacar o disposto na Lei 8.666/93, notadamente o art. 15, IV da Lei 8.666/93, no que tange à licitação da prestação de serviços em vários Estados em um único lote:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade; *(grifos de nossa autoria).*

No mesmo sentido, os §§ 1º e 2º do art. 23 da Lei 8666/1993 são suficientemente claros neste ponto:

“Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

§ 1º As obras, **serviços** e compras efetuadas pela Administração **serão divididas** em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à **ampliação da competitividade** sem perda da economia de escala”. (grifos de nossa autoria).

Diante do exposto, é impossível a participação de uma única licitante, com o mesmo CNPJ, que atenda com plenitude todos os Estados contemplados no lote proposto, por questões meramente tributárias, haja vista que cada região possui índices tributários diferenciados, conforme já exposto nesta peça.

Desta feita, deve ser esclarecido se, não obstante o contrato seja firmado com a matriz, **se as faturas podem ser emitidas individualmente pelas filiais, possibilitando a participação das empresas.** Todavia, caso não seja permitido o faturamento de acordo com as filiais que prestarão serviços para cada regional, requer o desmembramento do objeto em lotes distintos para cada área solicitada (MS, PR, RJ, GO, AL, PI, RN, RO, AC, AM, MT, DF e SE), possibilitando, assim, a participação das empresas no certame.

Desta feita, diante dos esclarecimentos, requer que seja retificado o edital permitindo que o CNPJ das notas fiscais 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, assim como o contrato seja firmado com a matriz da empresa. Destarte, cumpre esclarecer que para melhor conferência do contratante, na nota fiscal será inserido além do CNPJ da filial que prestará o serviço também o CNPJ da matriz da empresa.

Ademais, requer-se o desmembramento do objeto em lotes distintos para cada área solicitada, possibilitando, assim, a participação das empresas no certame.

02. DETERMINAÇÃO DA VELOCIDADE PARA O TRÁFEGO DE DADOS. IMPOSSIBILIDADE DE GARANTIA DE QUALQUER VELOCIDADE QUE NÃO SEJA NOMINAL.

Em relação ao Acesso Móvel à Internet, observa-se que o item 9.3.1 do Anexo I - Termo de Referência e item 4.3 (e subitens) da Minuta de Contrato obrigam a contratada a garantir:

9.3.1. A CONTRATADA deverá disponibilizar acesso à Internet Móvel de Banda Larga sob demanda (somente os aparelhos indicados pelos Gestores de Contrato terão acesso a internet móvel) para os aparelhos do ANEXO IA deste Termo de Referência, com 1 Mbps de velocidade nominal de acesso com padrões de qualidade de:

Velocidade Instantânea – não inferior a 40% da contratada, em 95% dos casos.

Velocidade Média – não ser inferior a 80% da contratada.

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, 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 pretendida pelo edital, considerando a mutabilidade de espaço inerente ao tipo de serviço objeto da pretendida contratação.

Requer-se, portanto, seja alterada tal exigência, 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 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. PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇOS. FALTA DE MINUTAGEM SEPARADA DOS SUBTIPOS DE LIGAÇÕES DE LONGA DISTÂNCIA NACIONAL.

A descrição do Anexo IB - Perfil de Tráfego SMP, Anexo IC - Modelo de Proposta de Preço e Anexo III - Valor Máximo Admissível indicam a cotação conjunta dos diversos subtipos de ligações de longa distância nacional, cotando ligações “LDN VC2 e VC3 MM mesma operadora”, “LDN VC2 e VC3 Móvel Fixo” e “LDN VC2 e VC3 MM outra operadora”.

A cotação de preços distintos para todos os subtipos de ligações (móvel-móvel mesma operadora, móvel-móvel outra operadora e móvel - fixo) é essencial para a transparência do serviço a ser prestado, notadamente porque, conforme regulamentação da ANATEL, os critérios de composição de custo de um e outro tipo de ligação são diferentes.

Tal definição é essencial para que não haja dúvidas das pretensas licitantes no momento da apresentação da proposta, de modo que a disputa na sessão pública ocorra com base em valores indicados com idênticas premissas.

Nesta senda, requer-se sejam especificados separadamente todos os tipos e subtipos de ligações de longa distância nacional que se pretendem contratar, com a quantidade de consumo estimado para cada tipo e subtipo de ligação, haja vista que tal informação repercute decisivamente no valor da proposta de preços.

04. PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO

Em relação ao contrato, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 03 (três) dias úteis, conforme o item 12.3 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 – como é também em relação à Secretaria Nacional de Segurança Pública - 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 na manutenção deste 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, **requerendo-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, situação esta que determinaria a opção

da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

05. ESCLARECIMENTO QUANTO A UNIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS RELATIVOS À PROVA DE REGULARIDADE FISCAL PERANTE A FAZENDA NACIONAL.

O ato convocatório prevê nos itens 8.5.2.2 e 8.5.2.3 do Edital como Documentos para Habilitação de proponentes interessadas (regularidade fiscal), a exigência de apresentação separada de:

8.5.2.2. prova de regularidade com a Fazenda Nacional (certidão conjunta, emitida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, quanto aos demais tributos federais e à Dívida Ativa da União, por elas administrados, conforme art. 1º, inciso I, do Decreto nº 6.106/07).

8.5.2.3. prova de regularidade com a Seguridade Social (INSS).

Destarte, a partir do dia 03/11/2014 iniciou-se a vigência da Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 1.751, de 02 de outubro de 2014, a qual dispõe acerca da prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional e, por conseguinte, acarretou na unificação das CNDs Federais.

Nos termos do artigo 1º da referida Portaria, a prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional será efetuada mediante a apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), referente a todos os créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União por elas administrados, inclusive previdenciários. Com isso, **os dois órgãos passarão a emitir conjuntamente uma única certidão relativa a todos os créditos tributários federais.**

Neste ponto, cumpre mencionar, ainda, que a certidão unificada é um documento expedido para a MATRIZ da Telefônica S.A, tendo sua regularidade estendida para suas filiais, que é o caso desta licitante, conforme legislação em vigor.

Isto porque no momento da expedição da aludida certidão, tanto a regularidade da matriz, quanto das filiais são aferidas pelos órgãos emissores.

Desta feita, deve ser previsto em ato convocatório que para a comprovação da regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional, basta a apresentação da certidão unificada conforme legislação vigente, **que passou a incluir também a regularidade previdenciária.**

06. FURTO OU ROUBO DOS EQUIPAMENTOS. IMPUTAÇÃO À CONTRATANTE.

O item 18.14 do edital bem como item 11.14 da Minuta de Contrato isentam o contratante do ressarcimento de aparelhos roubados ou furtados.

Contudo, os custos da futura contratada podem ser mensurados em razão do fornecimento inicial gratuito dos equipamentos, o que não inclui eventuais danos causados por uso indevido, bem como casos de perda, furto ou roubo dos equipamentos, no curso da execução do contrato.

Trata-se de eventos supervenientes e extraordinários que causam um dano à contratada proprietária dos aparelhos, pelos quais a Administração deve responder em função do seu dever de guarda e conservação do bem, independentemente de culpa do agente público com a posse direta do aparelho.

Neste caso, o ressarcimento deve ser proporcional ao valor real do equipamento, abatida a sua depreciação pelo uso regular, a título de compensação pelo prejuízo sofrido pela contratada com a perda do bem fornecido originalmente, ocorrida durante a posse e sob a guarda da contratante.

Por sua vez, a reposição do aparelho mediante a entrega de um **novo equipamento**, pressupõe o pagamento do seu valor à contratada, **correspondente ao indicado na nota fiscal**, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, nos termos da alínea 'd' do inc. II do art. 65 da Lei 8.666/1993.

Sendo assim, requer-se a alteração do ato convocatório para prever o ressarcimento pela perda do aparelho original, bem como o pagamento em caso de reposição por aparelho novo.

07. APARELHOS CEDIDOS EM REGIME DE COMODATO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA AOS EQUIPAMENTOS.

O item 15 (e subitens) do Anexo I – Termo de Referência e Cláusula Oitava da Minuta de Contrato imputam à operadora contratada a responsabilidade, por eventuais reparos e/ou substituições dos equipamentos.

Ademais, o item 9.1.6. do Anexo I e item 4.1.6 da Minuta de Contrato estabelecem: “A *CONTRATADA* deverá fornecer o quantitativo de 5% referente ao total de aparelhos contratados conforme relacionado no ANEXO IV, como unidades de reposição por defeito, ou seja, *back up*”.

Os equipamentos que serão fornecidos **constituem meio para a execução do objeto licitado, identificado como prestação de telefonia móvel (SMP - Serviço Móvel Pessoal).**

Isto posto, qualquer equipamento cedido deterá função meramente instrumental em relação à prestação dos serviços efetivamente licitados.

Esclarecida a obrigação principal que justifica a instauração do procedimento licitatório, conclui-se que os equipamentos cedidos não correspondem ao fim da prestação do SMP, **sendo ainda projetados, produzidos e inicialmente distribuídos por terceiros estranhos à relação obrigacional, cabendo, portanto, aos fabricantes a responsabilidade pelo regular funcionamento do produto durante o prazo de garantia.**

Cumpre ainda destacar que o instrumento de convocação é claro ao determinar a cessão de equipamentos em regime de comodato, que implica necessariamente na manutenção da propriedade do bem pela comodante e pelo **dever de guarda e conservação do mesmo pelo comodatário.** Veja-se o regramento que o Código Civil dá ao instituto:

Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de **coisas não fungíveis.** Perfaz-se com a tradição do objeto.

(...)

Art. 581. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

Art. 582. O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.

Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

Art. 584. O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.

Art. 585. Se duas ou mais pessoas forem simultaneamente comodatárias de uma coisa, ficarão solidariamente responsáveis para com o comodante. (grifos nossos)

Assim, atento à legislação consumerista brasileira que imputa ao fabricante a responsabilidade sobre o vício ou fato do produto, associado ao dever legal do comodatário acerca da guarda e conversação da coisa cedida em comodato, como se sua própria fora, conclui-se que, em caso de defeito técnico-operacional, o rito correto é o envio do objeto exclusivamente pela contratante para a assistência técnica do fabricante detectar eventual problema, bem como realizar um laudo técnico.

Somente após a apreciação criteriosa dos fatores que ocasionaram o defeito e a emissão do laudo técnico pela Assistência Técnica especializada e credenciada pelo fabricante será permitido adotar tantas diligências quantas forem necessárias à solução do problema, tais como o reparo do produto, a substituição do bem por modelo equivalente (em respeito às especificidades do terminal móvel) e encaminhamento ao contratante.

Por fim, é fundamental mencionar que a garantia concedida pela Assistência Técnica do fabricante não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta ou quebra do equipamento, visto que incumbe ao comodatário o reparo dos danos decorrentes de tais hipóteses.

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

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 está designada para 20/04/2016, 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 processo licitatório ser considerado inválido, sustentados 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 instrumento convocatório 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, 13 de abril de 2016.



Wellington Lopes
TELEFONICA BRASIL S/A