

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico Nº 01/2018 – Ministério da Justiça - Coordenação-Geral de Infraestrutura e Governança de Tecnologia da Informação- CGTI/DF.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do(a) – Ministério da Justiça - Coordenação-Geral de Infraestrutura e Governança de Tecnologia da Informação- CGTI/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 10/05/2018, 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 item 20.1 do edital do pregão em referência.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto a “*Contratação de empresa especializada na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (fixo-fixo e fixo-móvel) e de Serviço Móvel Pessoal - SMP, com fornecimento de aparelhos em regime de comodato, (Móvel-Móvel, Móvel-Fixo e dados), nas modalidades Local, Longa Distância Nacional (LDN) e Longa Distância Internacional (LDI) a ser executado de forma contínua, a partir da cidade de Brasília-DF*”.

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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. RESPONSABILIDADE POR EXTRAVIO, PERDA OU ROUBO DOS EQUIPAMENTOS. IMPUTAÇÃO À CONTRATANTE.

Os itens 16.32 e 16.33 do Anexo I apresentam as seguintes previsões acerca das hipóteses de extravio, perda ou roubo dos equipamentos:

16.32. Na hipótese de extravio, perda ou roubo do aparelho disponibilizado em comodato, a CONTRATADA deverá repor o aparelho num prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, a pedido do Gestor do Contrato; Caso haja saldo contratual, e por conveniência da Coordenação-Geral de Infraestrutura e Governança de Tecnologia da Informação- CGTI poderá ser inserido o valor do mesmo na próxima fatura da respectiva linha telefônica, com vistas ao ressarcimento por parte da CONTRATANTE, conforme o caso. Alternativamente à inclusão do valor em fatura para ressarcimento, o Gestor do Contrato poderá optar para que a CONTRATANTE restitua o bem, de mesma marca e modelo, à CONTRATADA.

16.33. Nos casos mencionados no subitem anterior, o valor do aparelho deverá ser estabelecido com base no preço de mercado sem planos contratados, de características conforme documento

denominado "Características Mínimas dos Aparelhos e Acessórios" anexo ao Termo de Referência, confrontado com pelo menos mais 2 (dois) orçamentos, sendo aceita pesquisa em sítios especializados, e previamente aprovado pela CONTRATANTE.

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 extravio, perda 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 retirada dos itens acima citados de modo que o ato convocatório preveja o ressarcimento pelo extravio, perda ou roubo do aparelho original pelo preço indicado em nota fiscal, bem como o pagamento em caso de reposição por aparelho novo.

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

O item 16.35 do Anexo I imputa à operadora contratada a responsabilidade, por eventuais reparos e/ou substituições dos equipamentos em caso de defeito não motivada por uso indevido, conforme se vê:

16.35. Se comprovado que o defeito não foi ocasionado por mau uso, o reparo ou substituição dos aparelhos deverá ser feito em 10 (dez) dias úteis, contados a partir da notificação à CONTRATADA, e não pode representar nenhum ônus para a CONTRATANTE

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 conservação 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.

Além disso, a legislação consumerista imputa ao fornecedor (cadeia distributiva) a obrigação pela troca dos aparelhos que apresentarem defeito no momento da entrega/cessão à contratante, desde que constatada a avaria/inoperância dentro do prazo de 07 (sete) dias do recebimento do objeto, através de comunicação formal dirigida à operadora prestadora dos serviços.

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 (cumpre por fim ratificar que a responsabilidade da empresa adjudicatária pela substituição dos equipamentos com defeito, se limita, tão somente nos casos em que a avaria for constatada em até 07 (sete) dias da entrega dos equipamentos por tal operadora contratada, em atenção às disposições afins, previstas no Código de Defesa do Consumidor).

Assim, requer-se seja retirado do edital a previsão disposta no item 16.35 do Anexo I de modo a se prever obrigações à contratada, mas nos termos indicados nesta peça.

03. ESPECIFICAÇÃO DOS EQUIPAMENTOS SOLICITADOS. IMPOSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO DAS ESPECIFICAÇÕES DOS EQUIPAMENTOS EXIGIDAS POR PARTE DE TODAS AS OPERADORAS.

O item 27 do Anexo I estipula as especificações mínimas para os equipamentos a serem cedidos pela contratada, destacando-se para os equipamentos Tipo Tablet o “*Tamanho de tela de 7,9 até 10,1 Polegadas na diagonal, no mínimo*”.

Todavia, as características dos equipamentos não devem ser limitadoras. Isto porque o fornecimento de equipamentos é obrigação acessória, pois a principal é o fornecimento do SMP (Serviço Móvel Pessoal).

Transcreva-se, neste contexto, o disposto no art. 3º, § 1º, inc. I da Lei 8.666/93, que veda o excesso na descrição das características da prestação dos serviços:

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância **impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato,** ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (grifos de nossa autoria)

Assim, requer que as especificações sejam flexibilizadas, possibilitando que as empresas encontrem opções válidas e que atendam às reais necessidades da Administração, garantindo a competitividade no certame, principalmente no que concerne ao tamanho da tela dos equipamentos tablets, tendo em vista nem todas as empresas possuem atualmente em estoque tablets com a tela almejada, sugerindo-se tamanho de tela à partir de 7 polegadas, o que possibilita maior número de equipamentos a ser disponibilizados.

04. ESCLARECIMENTO QUANTO AO FORNECIMENTO DE APARELHOS BACKUP. AUSÊNCIA DE COTAÇÃO EM PLANILHA DE PREÇOS.

O item 16.34 do Anexo I prevê a obrigatoriedade de fornecimento de 01 (um) aparelho adicional para cada 100 (cem) aparelhos do mesmo tipo contratado, como unidade de reposição para os casos de ocorrência de defeito.

Todavia, a indicação de uma quantidade maior de aparelhos para o atendimento da necessidade administrativa **gerará inevitavelmente um acréscimo ao valor da contratação pelo maior custo do referido equipamento** pela necessidade de que fique como “reserva” um montante dos equipamentos cedidos.

Neste contexto, considerada a pretensão administrativa em relação aos aparelhos reservas indicados como meio para prestação do serviço, **deve ser incluído em planilha de preços espaço para cotação de aparelhos Backup sem linhas ativas**, adicionalmente aos demais itens lá indicados.

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 10/05/2018, 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**,

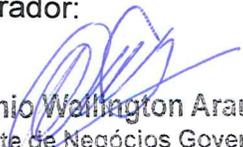
Brasília/DF, 07 de maio de 2018.

TELEFONICA BRASIL S/A

Nome do procurador:

RG:

CPF:


Antonio Wellington Araujo
Gerente de Negócios Governo

CPF: 248.140.831-49

RG: 644.898 - SSP-DF