

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico n.º 15/2010 – Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS.

Impugnante: Vivo S/A

A (o) Sr.(a) Pregoeiro (a) da Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS,

VIVO S/A, sociedade anônima inscrita no CNPJ sob o n.º 02.449.992/0003-26, com filial na Rua Trompowsky, nº354 - 9º andar - Florianópolis/SC - CEP 88.015-300 vem, respeitosamente, perante V. Sa., apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO ELETRÔNICO em epígrafe, com sustentação no §2.º do artigo 41 da lei 8666/1993 - aplicável por força do artigo 9.º da lei federal n.º 10520/2002 - e artigo 18 do Decreto Federal n.º 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 16/08/2010, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 2 (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 9.1 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 serviço móvel pessoal – SMP, com tecnologia GSM ou 3G, incluindo roaming nacional, com disponibilização de 25 (vinte e cinco) acessos móveis individuais e fornecimento de 25 (vinte e cinco) aparelhos celulares em regime de comodato de telecomunicações, com fornecimento do chip de acesso e do aparelho móvel, em conformidade com o “plano geral de outorgas”, definido nos itens abaixo, e com as condições e especificações estabelecidas neste Edital, para atender as necessidades da Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS.”*

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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

1. MODO RESTRITO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PREVISÃO DE GESTÃO ON LINE PARA O SERVIÇO DE DADOS. RESTRIÇÃO DA COMPETIVIDADE. ILEGALIDADE.

A licitação constitui um procedimento que se destina precipuamente, nos termos do artigo 3.º da lei 8666/1993, a estabelecer a observância do princípio

da isonomia entre os potenciais fornecedores e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

Tais objetivos não podem ser considerados isoladamente, devendo ambos se interpenetrarem para configurar uma proposta administrativa adequada a tais pressupostos.

Neste contexto, a alínea “g” do item 9.4. do anexo I (Termo de Referência) estabelece uma obrigação à contratada de oferecer ferramenta para o gerenciamento via WEB das linhas que permita o bloqueio ou a limitação do serviço de dados, contudo, não há como dada obrigação ser atendida pelas operadoras.

A absoluta maioria das empresas de telefonia celular, dentre as quais a ora impugnante, não possui tecnologia apta a ofertar um plano de gestão on line para o serviço de dados, nos termos caracterizados pelo edital. Não há como disponibilizar estes serviços, mas os bloqueios são feitos por atendimento/consultor

Tal previsão do ato convocatório, portanto, restringe a competitividade, com ferimento direto ao artigo 3.º, §1.º, inciso I da lei 8666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 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 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 alterada pela Medida Provisória n.º 495, de 19 de julho de 2010). (grifos de nossa autoria)

O TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, em sintonia com o mencionado dispositivo, afasta a legitimidade de cláusulas que venham, de qualquer forma, restringir a competitividade ou a eventual disputa entre as empresas potencialmente aptas a preencher a necessidade administrativa:

“(...) 15. Oportuno frisar que a referenciada Decisão nº 663/2002 - Plenário não adentrou no mérito de possíveis inconstitucionalidades materiais insculpidas no Decreto 2.745/98. Assim, como já deliberado por meio do Acórdão 1329/2003 - Plenário, esta Corte já alertou à Petrobras acerca das implicações do descumprimento de preceitos legais e constitucionais, ex vi do item 9.6 daquele decisum, a saber:

*“9.6. alertar à Petrobrás que os **procedimentos licitatórios** discricionários que não atenderem aos princípios constitucionais da publicidade, isonomia, igualdade, imparcialidade e **implicarem restrição ao caráter competitivo**, ao serem apreciados pelo Tribunal, poderão resultar em multas, responsabilidade solidária dos administradores por danos causados ao erário, anulação dos certames licitatórios e respectivos contratos, bem como o julgamento pela irregularidade das contas; (...)”.*

(TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Voto de Ministro Relator Ubiratan Aguiar- Acórdão 29/2004 - Plenário - Processo 011.173/2003-5 - Natureza: Embargos de Declaração)
(grifos de nossa autoria)

Requer-se, assim, seja **retirada a exigência** de cotação de gerenciamento on line das linhas para o serviço de dados, de forma a afastar a restrição à competitividade que tal condição contratual apresenta ao certame.

2. DESCONTO LINEAR INDICADO NA PLANILHA INTEGRANTE DO EDITAL.

Uma questão a ser discutida no edital em referência é relativa ao critério de apresentação do percentual de desconto em relação ao valor final indicado

na planilha integrante do Encarte “A” e Encarte “B”, bem como a disposição do item 11 e seus subitens do anexo I (Termo de Referência).

Pela indicação da planilha, há previsão de indicação específica de desconto para cada item a ser cotado (espaço para cotação por linha), não deixando claro se o percentual deve ser único para todos os itens ou se poderá ser indicado percentual diferente conforme cada espécie de ligação e serviço mencionado na referida planilha.

Vale ressaltar, ainda, que o mais comum nas licitações é a inserção não de percentual de desconto em relação a valores prefixados, mas apenas e tão-somente a oferta de preços unitários que, multiplicados pelo tráfego estimado, resultam em uma somatória final, objeto da planilha, que constitui o valor global para efeito de disputa.

De fato, a colocação de percentual de desconto apenas dificulta a percepção do valor global objeto da disputa, notadamente porque, no caso concreto, a operadora pode ofertar valores unitários para cada tipo de ligação ou habilitação ou assinatura.

Eventual “desconto” já poderá ser dado diretamente no momento da cotação do preço unitário, situação esta que faz carecer de sentido o desconto (linear ou não) colocado na planilha de preços.

Desta forma, requer seja alterado o item 11 do anexo I (Termo de Referência) bem como a planilha para que seja retirada a coluna de percentual de desconto, formatando-se a disputa apenas pelo preço global resultante diretamente da oferta de cada licitante. Ainda que não seja alterado tal ponto, que seja definido se tal percentual de desconto deverá ser dado de forma linear ou se é possível apresentar percentuais diferentes conforme cada tipo de item a ser cotado.

3 - PRAZOS EXÍGUOS PARA ATENDIMENTO DAS SOLICITAÇÕES DE SERVIÇOS.

O item 16.2 anexo I (Termo de Referência) prevê atendimento on-site em, no máximo, 24 (vinte e quatro) horas após a abertura do chamado. Por sua vez, o item 16.3. do mesmo anexo indica que a resolução de problemas deve ser em, no máximo, 24 (vinte e quatro) horas corridas após a abertura do chamado, prazos estes excessivamente exíguos para que tal serviço possa ser prestado.

Outrossim, a alínea “t”, cláusula quarta da Minuta Contratual, prevê o atendimento às solicitações de reparos, no máximo, até 08 (oito) horas após a abertura do chamado, com resolução de problemas em, no máximo, 24 (vinte e quatro) horas corridas após a abertura do chamado.

De fato, **prazos de apenas 08 (oito) horas e 24 (vinte e quatro) horas corridas são INSUFICIENTES para finalização dos reparos ou correção de falhas por ventura existentes**, especialmente pelo fato de que a complexidade da questão pode exigir um prazo maior para que a questão seja solucionada.

Ressalta-se que somente é possível se estabelecer o compromisso de que seja tomada ciência do problema com rapidez, mas não de que a solução possa ser dada nestas 08 (oito) horas ou 24 (vinte e quatro) horas corridas, sem verificação da complexidade do problema eventualmente detectado.

O prejuízo para a Administração Pública em se manter estes curtos prazos para reparos ou correção de falhas ou problemas é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital. Deve-se, neste contexto, levar em consideração os prazos outorgados pela ANATEL.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de reparo dos serviços induz a aplicação das penalidades contratuais, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da

competitividade em função deste fato. Tal restrição à competitividade, conforme exposto nesta impugnação, é absolutamente ilegal.

4 - PRAZO EXÍGUO PARA SUBSTITUIÇÃO DO OBJETO CONTRATADO.

O item 13.3 do edital prevê um prazo de substituição de 05 (cinco) dias úteis dos produtos objetos do contrato quando em desacordo com as especificações constantes no Termo de Referência “Anexo I”, a contar da notificação, prazo este excessivamente exíguo para que tal serviço possa ser prestado.

Destarte, um prazo de apenas 05 (cinco) dias úteis é absolutamente exíguo para que possa ser cumprida tal diligência.

Ressalta-se que somente é possível se estabelecer o compromisso de que seja tomada ciência do problema com rapidez, mas não de que a solução possa ser dada nestes 05 (cinco) dias úteis, sem verificação da complexidade do problema eventualmente detectado.

De fato, **o prazo indicado é INSUFICIENTE para que os aparelhos celulares possam ser entregues por qualquer operadora.** A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que a entrega dos aparelhos celulares - ainda que em disponibilidade imediata - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos da operadora, tais como: solicitação junto ao fornecedor, expedição da ordem de entrega, verificação do estoque, emissão da nota fiscal do produto e frete dentre outros. Neste contexto, o prazo é bastante curto para a efetivação da entrega dos aparelhos.

Ressalta-se que os aparelhos celulares não são produzidos pela operadora, sendo obtidos junto aos respectivos fabricantes e, ainda que haja uma compra constante, sempre há sujeição a questões mercadológicas que não permitem seja assumido o compromisso de entrega no exíguo prazo indicado no edital.

Assim, o prejuízo para a Administração Pública em se manter este curto prazo de entrega dos aparelhos é imenso, dado que inviabilizaria a participação das

concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de entrega dos aparelhos induz a aplicação das penalidades contratuais, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato. Tal restrição à competitividade, conforme exposto nesta impugnação, é absolutamente ilegal.

Dessa forma, **sugere-se o prazo mínimo de 15 (quinze) dias úteis**, suficiente para que a substituição dos objetos do contrato possa ser efetivada em prazo adequado à necessidade administrativa.

5. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA EM CASO DE ROUBO OU FURTO.

O edital, no item 5.7.2. do anexo I (Termo de Referência), estabelece a responsabilidade da contratada pela reposição gratuita do aparelho e componentes inclusos, em até 15 (quinze) dias úteis, na hipótese de furto ou roubo.

Todavia, eventual imputação de responsabilidade à contratada, no decorrer da relação contratual, é absolutamente inviável, dado que o custo da futura contratada pode, sim, ser mensurado quanto ao fornecimento inicial gratuito das linhas de telefonia, mas, não, por eventuais furtos e roubos ocorridos no curso do contrato.

Tal situação, à evidência, ainda que por fato de terceiros, **não pode onerar o prestador de serviços, cuja responsabilidade se limita a disponibilizar o serviço de ligações, mas não utilizar recursos próprios na hipótese de ocorrer eventuais furtos, roubos ou extravios de aparelhos utilizados pelos servidores da contratante.**

A disponibilização do aparelho poderá, sim, ser assumido pela operadora de telefonia celular; entretanto, o **custo deste aparelho “substituto”**

deverá ser assumido pela Administração Pública (ou pelo usuário), da mesma forma como deve ocorrer em relação aos danos pelo uso indevido.

Neste contexto, não é possível imputar à operadora a responsabilidade financeira pelos aparelhos em caso de furto ou roubo, devendo ser alterado o edital neste aspecto.

6 - ESCLARECIMENTOS QUANTO À COBRANÇA DE JUROS E ENCARGOS MORATÓRIOS NO CASO DE EVENTUAL INADIMPLENTO POR PARTE DA CONTRATANTE.

O item 14.4 do edital, bem como item 8.4 do anexo I (Termo de Referência) prevêem que nos atrasos de pagamento por culpa exclusiva da Contratante o valor devido será acrescido de atualização financeira, e sua apuração se fará desde a data de seu vencimento até a data do efetivo pagamento, em que os juros de mora serão calculados à taxa de 0,5% (meio por cento) ao mês.

Todavia, deve-se esclarecer que em casos de atrasos de pagamentos da fatura de cobrança dos serviços contratados por culpa exclusiva da Contratante (Administração Pública) o cálculo dos encargos moratórios é feito pela Contratada (licitante vencedora), uma vez que ela própria é a emissora das faturas dos serviços objeto do contrato.

Nesse contexto, requer seja esclarecido nos referidos itens a forma como se dará a cobrança de juros e demais encargos moratórios em virtude de eventual mora da contratante, uma vez que o cálculo da cobrança de juros e encargos moratórios deverá ser feito exclusivamente pela empresa Contratada (licitante vencedora).

7 - IMPOSSIBILIDADE DE REPASSE DE PREÇOS E VANTAGENS OFERECIDOS NO MERCADO DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO.

A alínea “s” da cláusula quarta da Minuta do Contrato prevê que o contratante deve repassar à Universidade Federal da Fronteira Sul - UFFS, durante o

período de vigência do contrato a ser celebrado, todos os preços e vantagens ofertadas ao mercado, sempre que esses forem mais vantajosos para a contratante do que os ofertados na proposta.

Entretanto, tal previsão é de cumprimento inviável pelo fato de que os preços de uma licitação já são diferenciados, reduzidos em relação àquele ofertado na relação negocial comum.

Onerar a operadora com o repasse de preços mais vantajosos do que os oferecidos significa inviabilizar a lucratividade, situação esta contrária aos princípios constitucionais da ordem econômica.

Ainda que a Administração Pública tenha o interesse de pagar o menor valor pelo serviço prestado, não é possível que o preço seja também imposto a qualquer custo ao prestador de serviço que, como agente econômico, possui o direito de obter “lucro”, conceito este essencial à existência da livre iniciativa e da atividade empresarial.

Tal situação é ainda mais clara no caso concreto, em que os preços da licitação já são preços diferenciados em relação àquele do mercado - justamente em função da disputa pelo menor preço - de modo que a imposição contratual de uma vantagem oferecida a terceiros (independentemente da relação jurídica que tenha gerado tal benefício) repercute decisivamente no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, equilíbrio este alçado a garantia constitucional, conforme se verifica do artigo 37, inciso XXI da Constituição da República.

8 - PAGAMENTO EM CONTA BANCÁRIA EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO N.º 477/2007 DA ANATEL.

Quanto aos critérios de pagamento, a cláusula sexta da Minuta do Contrato prevê o pagamento mediante depósito em conta bancária.

Todavia, o pagamento da conta telefônica não pode divergir da norma contida na Resolução n.º 477/2007 da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) - que aprova o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal.

Frisa-se que a **licitação para serviços de telecomunicações, dentre os quais os de telefonia celular, possuem regência pela ANATEL, cuja normatização vincula o modo e os critérios da prestação do serviço**, estando as operadoras adstritas a tal regramento.

Neste contexto, os artigos 44 e seguintes da Resolução mencionada discriminam os critérios para emissão das faturas de cobrança:

“RESOLUÇÃO Nº 477/07 - Regulamento para a Prestação do SMP

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.

§1º Os documentos de cobrança devem ser apresentados de maneira clara, explicativa e indevassável discriminando o tipo e a quantidade de cada serviço prestado ao Usuário.

§2º A prestadora pode lançar no documento de cobrança, desde que de forma clara e explícita, os valores devidos em função da exploração de serviços de valor adicionado, bem como de outras comodidades ou facilidades relacionadas com o serviço autorizado.

§3º A inclusão, na cobrança, de qualquer valor devido que não decorra da prestação de serviços de telecomunicações, depende de prévia autorização do Usuário.

§4º A qualquer tempo, o Usuário poderá requerer, sem ônus, outro documento de cobrança, que contenha exclusivamente valores correspondentes à prestação do SMP.

§5º A prestadora deve oferecer ao Usuário no mínimo seis possíveis datas para efetuar seus pagamentos mensais.

§6º Havendo concordância do Usuário, os demonstrativos e faturas do serviço de duas ou mais Estações Móveis podem ser apresentados em um único documento de cobrança, agrupando seus Códigos de Acesso.

Art. 45. A Prestadora deve apresentar ao Usuário a cobrança dos valores relativos aos serviços prestados no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da efetiva prestação do serviço.

§1º A cobrança de serviço prestado em prazo superior ao estabelecido no caput deve ocorrer em fatura separada, salvo manifestação em contrário por parte do Usuário, sem acréscimo de encargos, e a forma de pagamento ser objeto de negociação prévia entre a prestadora e o Usuário.

§2º Na negociação a que se refere o §1º, a prestadora deve ofertar a possibilidade de parcelamento dos valores pelo número de meses correspondentes ao período de atraso na apresentação da cobrança.

§3º O prazo para cobrança de chamada de outro serviço de telecomunicações em fatura do SMP segue a norma do respectivo serviço.

§4º Para Usuários com Planos de Serviço de franquias em minutos, a cobrança referida no caput deverá considerar os minutos não utilizados da franquia no período em que a chamada foi realizada.

Art. 46. É admitido o faturamento conjunto dos serviços de telecomunicações executados por outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo utilizados por Usuário do SMP.

§1º As prestadoras de SMP que pactuarem acordos para faturamento conjunto são obrigadas a estender as condições da avença de forma equivalente às demais interessadas.

§2º O disposto no parágrafo anterior se aplica ao faturamento conjunto de serviços de telecomunicações distintos prestados por uma mesma prestadora.

(...)

Art. 48. O documento de cobrança deve permitir ao Usuário o pagamento da fatura em qualquer dos locais indicados pela prestadora, que devem estar convenientemente distribuídos na localidade.

Conforme se verifica, as faturas são documentos padronizados, emitidas em modelos que respeitam a regência estabelecida pela ANATEL, com expressa indicação de que o **pagamento realizar-se-á com utilização da FATURA emitida pela operadora**, dentro dos prazos que a própria normatização estabelece.

Neste contexto, deve ser retirada a previsão contratual de pagamento mediante depósito em conta, como forma de adaptar ao critério de pagamento com base na fatura emitida pela operadora, em sintonia com a normatização da ANATEL.

9. IMPOSSIBILIDADE DE PREVISÃO DE AUSÊNCIA DE COBRANÇA DE SERVIÇOS QUE NÃO ESTEJAM PLANILHADOS.

O item 9.1.1. do anexo I (Termo de Referência) estabelece que não será admitido qualquer outro tipo de cobrança de tarifas por serviço ou facilidades não solicitados, mesmo que estejam disponíveis para utilização.

Todavia, embora nas planilhas dispostas no edital sejam previstos vários tipos de ligações e serviços, inclusive com a estimativa de consumo mensal, não é possível a isenção de cobrança de serviços que não estejam planilhados ou que excedam a estimativa prevista.

Além dos serviços cotados, poderá ser de interesse da administração, ainda que posteriormente contratados, os serviços de MMS, SMS, downloads, dentre outros serviços à disposição dos assinantes de SMP.

Desta feita, deve ser retirada a previsão do item 9.1.1. uma vez que caso o órgão solicite ou utilize outros serviços que não foram cotados, deverá ser cobrado e arcar com os custos individuais dos serviços.

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 16/08/2010, 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

10520/2002 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**,

De Florianópolis/SC para Chapecó/SC, 10 de agosto de 2010

VIVO S/A
CNPJ 02.449.992/0003-26