

**IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**

Pregão Eletrônico n.º 35/2013 – Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região/MG.

**Impugnante: Telefônica Brasil S/A**

A (o) Sr.(a) Pregoeiro (a) do Tribunal Regional do Trabalho – 3ª Região/MG,

**TELEFÔNICA BRASIL S/A.**, Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, n.º 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o n.º 02.558.157/001-62, NIRE n.º 35.3.001.5881-4, sucessora por incorporação de VIVO S/A, sociedade anônima inscrita no CNPJ sob o n.º CNPJ: 02.449.992/0454-27, com sede na Rua Levindo Lopes, n.º 258, bairro Funcionários, Belo Horizonte/MG, CEP 30140-170, 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 08/10/2013, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (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 item 19.1 do edital do pregão em referência.

## II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Eletrônico em referência tem por objeto a "Contratação, pelo sistema de registro de preços, de prestação de serviços de acesso móvel à Internet, para transmissão e recepção de sinais de dados, com tecnologia 3G, em banda larga, sem limites de volumes de tráfego e sem autenticação de provedor, pós-pago, incluindo o fornecimento de mini-modems USB com respectivos acessórios, em regime de comodato, com a finalidade de atender as necessidades do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, nos termos e condições constantes deste edital e seus anexos".

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.

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

## III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

### 1) FALTA DE MINUTA DE CONTRATO. DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 40, §2.º, INCISO III DA LEI 8666/1993 e ARTIGO 4.º, INCISO III DA LEI 10520/2002.

O edital em referência não apresentou a Minuta de Contrato que regerá a futura contratação a ser efetivada, somente tendo apresentado ainda que simplificado, um modelo de Ata de Registro de Preços.

Neste contexto, houve descumprimento direto não apenas à previsão do artigo 4.º, inciso III da lei 10520/2002, como também ao artigo 40, §2.º, inciso III

da lei 8.666/1993, aplicável subsidiariamente por força do artigo 9.º da mencionada lei 10520/2002.

Vejamos a redação dos citados artigos:

**Lei 10520/2002**

Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras

(...)

III - do edital constarão todos os elementos definidos na forma do inciso I do art. 3º, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso; (grifos de nossa autoria).

**Lei 8666/1993**

Art. 40. (...)

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor; (grifos de nossa autoria).

Como o tipo de serviço contratado não está enquadrado nas hipóteses em que é dispensável o termo de contrato, este, portanto, é obrigatório, devendo expressamente constar, como Anexo ao edital, a Minuta de Contrato respectiva, motivo pelo qual deve ser acatada a presente impugnação.

**2) DETERMINAÇÃO DA VELOCIDADE MÍNIMA NO ITEM REFERENTE AO SERVIÇO DE DADOS. IMPOSSIBILIDADE DE GARANTIA DE VELOCIDADE MÍNIMA DE 1 Mb/s.**

Em relação ao Acesso Móvel à Internet, por meio de *mini modem*, o edital indica a obrigatoriedade de uma velocidade mínima de **1Mb/s** (subitem 2 do item 6 do Anexo II do Edital - Termo de Referência e Planilha de Formação de Preço).

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

Requer-se, portanto, seja alterada tal exigência mínima, 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 mínima 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.

### **3) EXIGÊNCIA DE AMOSTRA PRELIMINARMENTE À ADJUDICAÇÃO DO OBJETO. DESNECESSIDADE.**

O item 11 do edital indica preliminarmente à adjudicação do objeto, que o proponente primeiro classificado apresente amostra do bem cotado para conferência das especificações e qualidade e/ou catálogo/folder dos produtos.

Todavia, tal amostra é absolutamente desnecessária, à medida que, no ato de inclusão da proposta eletrônica, a licitante apresenta uma garantia de que há atendimento a todas as exigências do edital, inclusive com relação ao modelo do aparelho solicitado.

Desta forma, a mera apresentação da proposta já induz ao licitante a obrigação de cumprir os critérios técnicos mínimos previstos para os aparelhos utilizados para a prestação do serviço, situação esta a ser cumprida durante a execução contratual.

Assim, independentemente da marca dos aparelhos cotada, a especificação deve atender aos requisitos mínimos do edital, cujo cumprimento deve ser realizado pela empresa licitante, não havendo margem para que a Administração exerça juízo de valor, por meio de amostra, sobre as marcas oferecidas na proposta comercial.

Exatamente por integrar a proposta, basta à Administração oferecer as especificações mínimas exigíveis para, a partir desta descrição, analisar as ofertas realizadas pela licitante, não sendo legítimo outorgar eventual escolha de marca pela Administração, de forma unilateral, sob pena de violação direta ao artigo 7.º, §5.º da lei 8666/1993:

Artigo 7.º (...)

§ 5º É vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório. (grifos de nossa autoria)

Neste contexto, a amostra não pode servir como meio para a Administração refutar eventual marca apresentada pela licitante, dado que é desta última a obrigação de preencher a necessidade administrativa objetivamente definida no edital.

Desta forma, deve ser afastada a fórmula do edital no que se refere à apresentação de amostra previamente à adjudicação do objeto, adotando apenas a previsão de especificações mínimas dos aparelhos a serem cotados, cujo cumprimento é de obrigação da licitante apenas na fase de execução do contrato.

#### 4) AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA AOS MODEMS.

O edital imputa à contratada a assistência técnica pelos equipamentos, conforme se observa do previsto no item 10 e subitem 4 do item 23 do Anexo II do Edital - Termo de Referência e Planilha de Formação de Preço.

Todavia, tal situação atua em descompasso com o regime de prestação do serviço, considerando que o **modem é apenas e tão somente meio para que possa se efetivar o serviço de acesso a 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 modem 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 dados propriamente dito.



De fato, o modem é apenas meio para o exercício do serviço de internet, 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 exclusivamente pelo contratante 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 modem.

**O prazo de troca pela operadora é comumente realizado em até 7 (sete) dias do recebimento do equipamento. Após esse prazo a garantia será fornecida pelo fabricante, mediante laudo da assistência técnica.**

Destarte, é fundamental mencionar que a garantia do modem, concedida pela Assistência Técnica do fabricante não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta dos equipamentos tampouco pelas quebras nos mesmos.

Neste contexto, não é possível imputar à operadora a obrigação de iniciativa da manutenção dos modems, 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.

**5) FALTA DE DEFINIÇÃO NO EDITAL QUANTO AO ÔNUS EM CASO DE PERDA, ROUBO OU FURTO. RESPONSABILIDADE QUE NÃO PODE SER IMPUTADA À CONTRATADA.**

O edital foi omissivo quanto à definição do ônus em caso de roubo ou furto dos modems que serão cedidos pela operadora contratada, e eximindo a indicar a responsabilidade em caso de perda.

Tal definição, contudo, passa necessariamente pela ausência de qualquer responsabilidade da contratada.

De fato, 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, mas, não, por eventuais furtos ou 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 internet, mas não utilizar recursos próprios na hipótese de ocorrer eventuais furtos ou roubos de modems utilizados pelos servidores da contratante.**

A disponibilização do modem poderá, sim, ser assumida pela operadora de telefonia celular; entretanto, **o custo deste equipamento "substituto" deverá ser assumido pela Administração Pública (ou pelo usuário), da mesma forma como deve ocorrer em relação aos danos pelo uso indevido e perda dos equipamentos** (subitem 9 do item 24 do Anexo II do Edital - Termo de Referência e Planilha de Formação de Preços).

O valor a ser reembolsado deve ser o valor real do aparelho, representando o prejuízo sofrido pela Contratada com a perda do equipamento quando em posse e sob a guarda da contratante. **Este valor é aquele constante da nota fiscal do aparelho**, requerendo-se a inclusão dessa previsão no ato convocatório.

#### **6) PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO E DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS**

Em relação à Ata de Registro de Preços e ao Contrato, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 3 (três) dias úteis, conforme previsão dos itens 12.1.1 e 12.3 do edital.



Todavia, tal prazo é exageradamente exíguo para que a ata de registro de preços e o contrato possam ser assinados 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 ao TRT - 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 Pública em se manter este curto prazo de assinatura da ata de registro de preços e 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 destes prazos não acarretará qualquer ônus à Administração Pública, **sugerindo-se o prazo de 10 (dez) dias úteis**, suficiente para que a assinatura da ata e do contrato possam ser efetivados em prazo adequado à necessidade administrativa.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de assinatura da ata de registro de preços e do contrato 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.

#### **7) 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 contratação de empresa para a prestação de Serviço de Acesso Móvel à Internet Móvel, no Estado de São Paulo.

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.

**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 08/10/2013, 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**,

Belo Horizonte/MG, 03 de outubro de 2012.

*Líntia Saldanha Mendes de Aguiar*  
**TELEFÔNICA BRASIL S/A**

MG 5.745.628

CPF: 842.974.686-20.