

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico N° 06/2020 do Ministério da Economia.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do Ministério da Economia.

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 na Lei Federal nº 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 23/11/2020, tendo sido, portanto, cumprido o prazo final e pretérito de 03 dias úteis previsto no preâmbulo do edital.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto:

1.1. O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para a contratação de empresa especializada na prestação de serviço contínuo sem dedicação exclusiva de mão de obra para execução de serviços de telefonia móvel pessoal (SMP) nas

modalidades local, longa distância nacional (LDN) e serviço de dados móveis utilizando tecnologia 4G ou superior, com fornecimento de aparelhos (smartphones e tablets) em regime de comodato para atender a demanda da UFMA, 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-se também apontar situações que devem ser esclarecidas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas e evitando-se interpretações equivocadas.

Seis são os fundamentos que sustentam a apresentação desse pedido.

III - FUNDAMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. ESCLARECIMENTOS ACERCA DO SERVIÇO DE GERENCIAMENTO.

O item 2.3.1.6, b, do Anexo I, Termo de Referência, determina que:

b) Será de responsabilidade da CONTRATADA a manutenção, a recuperação e a segurança dos dados do serviço de gerenciamento online.

Ocorre que a plataforma de gerenciamento é, de fato, de responsabilidade da Contratada, porém as informações dos usuários, que serão inseridas na plataforma e sua manipulação, são de responsabilidade da Contratante.

Essa é a prática de mercado que norteia a atuação de todas as empresas possíveis prestadoras do serviço licitado.

Desse modo, a manutenção do item como está acarretará limitação indevida da competitividade, ou mesmo a frustração do certame, o que viola o ordenamento pátrio e acarreta prejuízos a Administração Pública.

Portanto, imperiosa a alteração do ato convocatório.

02. ESCLARECIMENTOS ACERCA DA PARTICIPAÇÃO POR MEIO DE CONSÓRCIO.

Da leitura detida do ato convocatório nota-se que o Anexo I, item 14 permite a participação de empresas reunidas em consórcio no certame.

No entanto, a despeito das especificações, a impugnante apresenta algumas indagações.

A impugnante compreende que, em caso de participação em consórcio, cada consorciado, para todos os serviços, como Portal de Gestão, farão o controle e gestão do parque e serviços de telefonia móvel somente do seu próprio parque.

Em continuidade, entende-se que, em caso de participação em consórcio, cada consorciado poderá apresentar aparelhos diferentes desde que atendam aos requisitos mínimos do edital.

Estão corretos os entendimentos?

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

Os itens 4.11.3 e 5.2, ambos do Termo de Referência, Anexo I, abrigam regras sobre assistência técnica e responsabilidade pela troca de aparelhos. No entanto, as disposições merecem revisão.

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.

Por fim, é fundamental mencionar que nos casos de perda, roubo, furto, mau uso o aparelho sinistrado será faturado à CONTRATANTE tomando-se como base o valor da nota fiscal com a devida depreciação em função do tempo de uso.

04. QUESTIONAMENTO ACERCA DA ORGANIZAÇÃO DAS UASGs.

Da leitura detida do ato convocatório nota-se uma confusão na organização das UASGs.

Ante tal afirmação solicita-se ao órgão a correção das UASGs de forma a refletirem corretamente o seu respectivo órgão, assim como envio dos CNPJs de cada órgão participe de forma a possibilitar às operadoras o correto estudo de viabilidade e, por consequência, redução no risco do projeto proporcionando preços mais competitivos à Administração.

Assim, é possível o correto dimensionamento das propostas, o que evita futuros e eventuais problemas, bem como até mesmo a frustração do certame.

05. DA NECESSIDADE DE DIVISÃO DO LOTE 01 EM MAIS LOTES/ITENS SEPARADOS.

Da leitura atenta do instrumento convocatório é possível identificar que o lote 01 deve ser dividido em mais lotes, notadamente transformado em 03 lotes distintos, conforme as regiões do Plano Geral de Outorgas da Anatel.

Nesse contexto, há que se considerar que determinado licitante pode ter viabilidade para atendimento de um ou dois itens e não ter para atendimento de outro. Com isso, caso o edital seja mantido como está, uma empresa em potencial fica impossibilitada de participar do certame.

Portanto, ante tal conformação é possível afirmar que o modo como o edital foi disposto, nesse aspecto, representa expressa restrição à competitividade, o que acarreta ofensa direta ao artigo 3º, §1º, inciso I da lei 8.666/93, que determina o seguinte:

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 sustentável 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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 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).

Ademais, cabe enfatizar que seria mais adequado, assim como mais econômico e mais vantajoso, a separação dos respectivos serviços do lote 01 em itens/lotes separados.

Em continuidade, destaca-se que a regra em processos licitatórios é a **divisão do objeto em tantas parcelas quanto for tecnicamente possível**. Essa norma, **decorre diretamente do princípio da isonomia** (art. 37, inc. XXI, da CR/88), consubstanciado na possibilidade de ampla competição entre as empresas existentes no mercado e **na igualdade de condições de acesso** às contratações realizadas com recursos públicos. Neste sentido, dispõe, também, o §1º do art. 23 da Lei 8666/1993:

§ 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.

Ressalta-se, por fim, que o Tribunal de Contas da União¹, no que tange ao referido dispositivo legal, já decidiu reiteradamente pela necessidade de divisão do objeto. A se ver a Súmula nº 247:

É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços,

1 Nos termos da Súmula nº 222 do TCU, "As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios".

compras e alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala, tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade.

Desse modo, alcança-se o menor preço para cada serviço como também se garante a transparência, a objetividade do julgamento das propostas e, principalmente, a competitividade.

Assim, ante o exposto, solicita-se que o lote 01 seja dividido em 03 outros lotes, de modo a contemplar as regiões do Plano Geral de Outorgas da Anatel.

06. QUESTIONAMENTO ACERCA DA ESPECIFICAÇÃO TÉCNICA DO MODEM DESCRITA NO ITEM 2.3.1.3 DO ANEXO I.

O item 2.3.1.3 do Anexo I, Termo de Referência, determina o as especificações mínimas do modem a ser fornecido em comodato.

Ocorre que a Após republicação do edital, notamos alteração no item 2.3.1.3, subitem 2.

O equipamento ofertado com o padrão Wi-Fi b/g/n, atende os requisitos de taxa de transmissão e frequência e a ainda oferece uma tecnologia de menor custo e compatível com a grande maioria dos equipamentos do mercado, e muitas empresas ainda não possuem retorno dos principais fabricantes do mercado quanto a disponibilidade de equipamento que atende o protocolo Wifi "a".

Baseado nas informações acima, questiona-se: é possível entregar um equipamento com padrão Wi-Fi b/g/n, amplamente distribuído no mercado e disponível para pronta entrega das operadoras?

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 23/11/2020, 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**,

São Paulo/SP, 18 de novembro de 2020.

TELEFONICA BRASIL S/A

Nome do procurador:

RG:

CPF: