

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico n.º 80/2013 – Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE - de Sorocaba/SP.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A

Ao (À) Sr. (a) Pregoeiro (a) da Serviço Autônomo de Água e Esgoto – SAAE,

TELEFÔNICA BRASIL S/A., Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, n.º. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04571-000, inscrita no CNPJ sob o n.º. 02.558.157/001-62, NIRE n.º. 35.3.001.5881-4, sucessora por incorporação da **VIVO S/A**, sociedade anônima inscrita no CNPJ sob o n.º 02.449.992/0056-38, com filial na Av. Roque Petroni Júnior, 1464 – CEP 04704-000 - São Paulo/SP, 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 25/09/2013, 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 no item 20.4 do edital em referência.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Eletrônico em referência tem por objeto a “*contratação de empresa para prestação de Serviço Móvel Pessoal - SMP, legalmente autorizada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), com fornecimento de 70 (setenta) aparelhos com números habilitados em comodato*”.

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 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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

1) IMPOSSIBILIDADE DE GARANTIA DE VELOCIDADE QUE NÃO SEJA NOMINAL.

Em relação ao Acesso Móvel à Internet, por meio dos aparelhos cedidos em comodato, o edital indica a obrigatoriedade de uma velocidade de referência de download de 500 Kbps e de upload de 128 Kbps (item 06, subitem 6.21 do Anexo II – Termo de Referência).

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 de referência, 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 de referência 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 de referência 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.

2) ESCLARECIMENTO QUANTO A ESTIMATIVA DE AD E DSL SOLICITADO EM EDITAL.

As planilhas contidas no Anexo IV – Planilha Proposta e item 1 do Anexo V – Minuta de Contrato, prevêm uma estimativa de AD1, AD2, DSL1 e DLS2, sendo que ambos os serviços foram cotados em unidade.

Destarte, as cobranças das ligações em *roaming* são feitas a partir dos valores de AD2 e DSL2, de forma conjunta, sendo que o primeiro é feito por evento/unidade enquanto que o segundo é cobrado por minuto, devendo ambos ter a mesma pretensão quantitativa, sendo um por minuto e o outro por evento/unidade.

Dessa forma, necessário é esclarecimento quanto à estimativa de AD1, AD2, DSL1 e DSL2 solicitado pela Administração para que possível seja a elaboração de propostas pelas interessadas, com a cotação correta nas planilhas afastando a cotação do DSL 1 e DSL 2 por unidade.

3) PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇOS. FALTA DE MINUTAGEM DOS SUB-TIPOS DE LIGAÇÕES VC1.

O item 08, subitem 8.8 do Anexo II – Termo de Referência destaca que o “pacote VC1 deverá possuir tarifa única para todas as suas modalidades (mesma operadora SMP, operadoras distintas de SMP e operadora SMP com SFC”.

No mesmo sentido, as planilhas constantes do Anexo III – Planilha de Tráfego de Minutos e de Quantitativos Estimados, do Anexo IV – Planilha Proposta e item 1 do Anexo V – Minuta não apresentam possibilidade para cotação separada dos diversos tipos de ligação VC1.

Ocorre que, tal cotação é essencial para o serviço a ser prestado, notadamente porque, conforme regulamentação da ANATEL, os critérios de

composição de custo de um e outro tipo de ligação, ainda que sob o gênero VC1 (locais), 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 todos os tipos (e subtipos) de ligações que a SAAE de Sorocaba almeja contratar, com a quantidade de consumo estimado para cada tipo de ligação, haja vista que tal informação repercute decisivamente no valor da proposta de preços.

4) PRAZO DE ENVIO DE FATURA EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO N.º 477/2007 DA ANATEL.

O item 5.2 do edital, item 3.2 do Anexo II – Termo de Referência e item 3.3 do Anexo V – Minuta de Contrato estabelecem que a fatura deva ser entregue mensalmente com antecedência mínima de 10 (dez) dias de antecedência.

Contudo, a emissão das notas fiscais possui regência pela ANATEL, que admite a entrega das faturas com menor antecedência em relação ao prazo de pagamento, conforme disposição contida no artigo 44 da Resolução n.º 477, de 07.08.2007 e de autoria da já referida agência reguladora:

*“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.**”* (Grifos de nossa autoria).

De fato, as faturas são documentos padronizados, emitidas em modelos que respeitam a regência estabelecida pela ANATEL, sendo que a **média dos faturamentos é realizada com o prazo de 05 (cinco) dias antes do vencimento, pelas diretrizes da agência reguladora e conforme operações do mercado.**

Requer, portanto, seja adaptada a redação do edital, no que se refere ao prazo de envio das faturas compatibilizando-o à normatividade da Resolução n.º 477/2007 da ANATEL.

5) MULTAS DO ATO CONVOCATÓRIO E DO CONTRATO FIXADAS EM PERCENTUAL EXCESSIVO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE LIMITADORES DO VALOR DA CLÁUSULA PENAL.

Os documentos do certame estabelecem (Item 17.1, subitens 17.1.1 e 17.1.7 do edital e Cláusula Oitava, item 8.1, subitens 8.1.1 e 8.1.7 do Anexo V – Minuta de Contrato), multas em percentual de 20% (vinte por cento), seja pelo inadimplemento das cláusulas contratuais, seja pelo descumprimento total ou parcial do contrato, ou não assinatura do contrato, sobre o valor total da proposta ou valor total contratado.

Todavia, o percentual da multa é desproporcional ao dano eventualmente causado, dado que o limite razoável para penalidades desta natureza é até 10% (dez por cento) do valor total da proposta ou contrato.

As penalidades, em qualquer situação, não devem significar um ônus exagerado à parte infratora, sob pena de descaracterizar a própria proporção que deve existir entre a infração cometida e a multa aplicada.

E, no caso concreto, a aplicação de multa acima de 10% (dez por cento) sobre o valor do contrato ou da proposta, não contém a proporção juridicamente aceita, dado que a penalidade não pode significar excesso de ônus para o infrator, nem enriquecimento do beneficiário da cláusula penal.

A lei de licitações indica a possibilidade de a multa ser fixada no ato convocatório ou no contrato (artigo 86 da lei 8666/1993); tal constatação, contudo, não significa que a Administração tenha oportunidade de fixar a penalidade sem um limite balizado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que constituem princípios implícitos aplicáveis à atividade administrativa, extraídos da própria Constituição da República.

A liberdade da Administração existe na determinação da penalidade desejável para o caso concreto, conforme o objeto da licitação e o tipo de violação eventualmente definido, como forma de inibir determinada conduta violadora do certame ou de cláusula contratual.

Entretanto, esta “liberdade” está limitada pelos critérios acima indicados, intuitivos de que o percentual das multas previstas no edital em referência encontra-se superior àqueles admitidos pelo ordenamento jurídico.

Desta forma, deve ser reduzido substancialmente o percentual das multas indicadas acima, limitando-o até no máximo 10% (dez por cento) do valor total do contrato ou da proposta.

6) PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO.

Em relação ao contrato, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 05 (cinco) dias úteis, conforme previsão do item 18.1 do edital, sob pena de aplicação de penalidades.

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 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 do contrato é imenso, dado que inviabilizaria a participação de grandes 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 Pública, **sugerindo-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.

Ainda, cumpre ressaltar que o não cumprimento do prazo de assinatura do ajuste induz a aplicação das penalidades contratuais, inclusive bastante drásticas, conforme acima exposto, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

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 25/09/2013, 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 10.520/2002 ser considerado inválido, considerados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade ocorrida na sessão, 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 São Paulo/SP para Sorocaba/SP, em 19 de setembro de 2013.

TELEFÔNICA BRASIL S/A