

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico Nº 006/2012 – CPL/MG/PGJ – Ministério Público do Estado Amazonas – AM.

Impugnante: VIVO S/A

A (o) Sr.(a) Pregoeiro (a) do Ministério Público do Estado do Amazonas/AM.

VIVO S/A, sociedade anônima inscrita no CNPJ sob o nº 02.449.992/0364-36, com filial na Av. Djalma Batista, 1018-A - Chapada Manaus/AM - CEP 69.050-010, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO ELETRÔNICO em epígrafe, com sustentação no § 2º do artigo 41 da lei 8666/1993 - aplicável por força do artigo 9º 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 01/03/2012, 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 10.1 do edital do Pregão em referência.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Eletrônico em referência tem por objeto a “*contratação de empresa especializada para prestação de serviço de telefonia móvel pessoal (SMP), em regime pós-pago, incluindo a facilidade de roaming nacional e tráfego de dados, para atender o MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS / PROCURADORIA GERAL DE JUSTICA, descritos e qualificados conforme as especificações e as condições constantes do edital e 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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01) AUSÊNCIA DE ORÇAMENTO ESTIMADO DOS PREÇOS EM PLANILHA ABERTA DE COMPOSIÇÃO DE CUSTOS UNITÁRIOS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 7º, § 2º, INCISO II E ARTIGO 40, § 2º, INCISO II DA LEI 8666/1993.

Verifica-se que o edital, em seu Anexo III - Modelo de Proposta de Preços - apresentou uma planilha indicativa para apresentação de proposta, **sem**, contudo, **indicar o orçamento estimado para a prestação dos serviços.**

Tal omissão constitui direta violação aos artigos 7º § 2º, inciso II e artigo 40, § 2º, inciso II, todos da lei 8666/1993, aplicáveis por força do artigo 9º da lei federal nº 10520/2002:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

I - (...)

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;”

“Art. 40. (...)

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

I - (...)

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)”

Pela previsão dos referidos artigos, portanto, **toda licitação, inclusive de serviços, necessariamente possui como pressuposto de validade a existência de um orçamento estimado em planilha aberta de composição de custos unitários.**

Tal planilha detalhada é essencial para que, no curso do certame, seja possível verificar eventual adequação dos preços propostos aos valores de mercado, inclusive em relação a todos os componentes que repercutem na formação do preço final.

Este juízo quanto aos preços ofertados (se são exequíveis ou estão dentro dos padrões de mercado) depende diretamente da informação contida na estimativa de custos, sendo essencial para a análise a ser realizada pelo Pregoeiro e por sua equipe de apoio.

A falta desta estimativa detalhada de custos inviabiliza a avaliação quanto à compatibilidade dos preços ofertados (avaliação esta a ser realizada

na sessão pública do pregão). Tal circunstância macula o julgamento a ser realizado e, conseqüentemente, todo o procedimento realizado.

Deste modo, uma planilha detalhada de composição dos preços ofertados é primordial para que a contratação possa ser efetivada corretamente, pela mesma lógica contida no artigo 40, §2.º, inciso II da lei 8666/1993 citado acima, não bastando a planilha contida no edital.

Neste sentido, conforme a jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

ACORDAM os ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão Plenária, com fundamento nos artigos 277, 285 e 286 do Regimento Interno do TCU, em:

9.1. conhecer do pedido de reexame para, no mérito, dar-lhe provimento parcial, mantendo-se o item 2.2 do Acórdão 664/2006-TCU - Plenário em seus exatos termos e alterar a redação do item 2.3 nos seguintes termos:

*"2.3 nos procedimentos licitatórios para aquisição de produtos e contratação de serviços de informática, **anexe aos instrumentos convocatórios o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, ressalvada a modalidade pregão, cujo orçamento deverá constar obrigatoriamente o Termo de Referência, ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de incluir tal Termo de Referência ou o próprio orçamento no edital ou de informar, nesse mesmo edital, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-los.***

(Acórdão 1.925/2006-TCU-Plenário)

(Grifos de nossa autoria)

Pode-se desmembrar a proposição inserta no precedente jurisprudencial: (...) **cujo orçamento deverá constar obrigatoriamente o Termo de Referência, ficando a critério do gestor, no caso concreto, a avaliação da oportunidade e conveniência de:**

- 1) ***incluir tal Termo de Referência*** [já com o orçamento]; **OU**
- 2) ***o próprio orçamento no edital;*** **OU**

3) de informar, nesse mesmo edital, a disponibilidade do orçamento aos interessados e os meios para obtê-los.

Sendo assim, ainda que não se apresente uma planilha detalhada dos custos, é essencial, de qualquer forma, que seja apresentado o valor orçado para a íntegra da presente prestação de serviço que se pretende licitar.

02) AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA EM CASO DE PERDA, ROUBO OU FURTO. PRAZO EXÍGUO PARA SUBSTITUIÇÃO DOS EQUIPAMENTOS.

O edital, no ponto 19 da tabela 2 do item 18.4.2 do edital, e ponto 19 da tabela 2 da cláusula vigésima segunda do Anexo IV – Minuta de Contrato, estabelece a responsabilidade da contratada pela reposição do aparelho e componentes inclusos, em até 05 (cinco) dias úteis nas hipóteses de perda, 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 perdas, 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 a 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 assumida 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 casos de perda, furto ou roubo, devendo ser alterado o edital neste aspecto.

Sob outro prisma, ainda que fosse possível determinar a responsabilidade da operadora pela substituição do aparelho, evidente que o prazo de 05 (cinco) dias úteis para entrega de outro aparelho é absolutamente exíguo para que possa ser cumprida tal diligência.

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, que, para ser cumprido, deve ser de, no mínimo, 15 (quinze) dias úteis.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de entrega dos aparelhos induz à aplicação de penalidades, 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 reiteradamente exposto nesta impugnação, é absolutamente ilegal.

03) AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA DOS APARELHOS.

Em relação aos aparelhos, verifica-se que o edital estabelece responsabilidade da operadora pela assistência técnica dos aparelhos utilizados na prestação do serviço. Nesse sentido, vale conferir diversos dispositivos, tais como pontos 15, 20 e 24 da tabela 2 do item 18.4.2 do edital, parágrafo terceiro da cláusula sétima, cláusula décima primeira, XIX e pontos 15, 20 e 24 da tabela 2 da cláusula vigésima segunda do Anexo IV – Minuta de Contrato.

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

De fato, o aparelho é apenas meio para o exercício do serviço de telefonia celular, 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 aparelho 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 aparelho.

Destarte, é fundamental mencionar que a garantia do aparelho, concedida pela assistência técnica do fabricante, não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta dos aparelhos, tampouco pelas quebras nos equipamentos.

Neste contexto, não é possível imputar à operadora a obrigação de iniciativa da manutenção dos aparelhos, dado que a responsabilidade relativamente a tal conserto é exclusivamente do fabricante do aparelho, conforme exposto nestas razões, devendo ser alterado o edital neste aspecto.

04) PEDIDO DE ESCLARECIMENTO. MODO DE RECEBIMENTO DAS FATURAS.

O item 13.7.13 do edital, o item 5.16 do Anexo I – Termo de Referência – e a cláusula décima quinta, parágrafo primeiro do Anexo IV – Minuta de Contrato – determinam que a contratada deverá:

“apresentar mensalmente fatura detalhada em arquivo eletrônico compatível com Microsoft Office Excel ou OpenOffice Calc, incluindo detalhes das chamadas (numero chamado e chamador, duração, data e hora da chamada, outros) e valor do serviço, conforme preços contratados no processo licitatório.”

Quanto a tal obrigação, é importante questionar se é possível que o detalhamento do consumo mensal seja visualizado via WEB.

De fato, conforme regulamentação da ANATEL, a fatura é emitida com o resumo e o valor utilizado por linha, mas o detalhamento respectivo, até para evitar gastos desnecessários de papel, é disponibilizado via WEB, de forma que a entidade licitante, caso queira, possa obter as informações necessárias.

Evita-se, assim, prejuízo ao meio ambiente com a impressão de papéis que podem perfeitamente ser disponibilizados por meio eletrônico, atendendo, de qualquer modo, a pretensão administrativa de acesso ao detalhamento da conta respectiva por linha.

Ademais, ainda que seja de direito do usuário o recebimento da fatura, além da visualização via web, é imprescindível que este escolha a forma como deseja receber as faturas, se por meio impresso ou em CD, não sendo possível o recebimento de duas vias.

Deste modo, o edital deve ser alterado para que seja obrigatório apenas o envio de uma cópia da fatura, devendo ser esclarecido o meio pelo qual a contratada deverá efetuar mensalmente o envio das faturas/nota fiscal.

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 01/03/2012, 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 irrisignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO,**

Manaus/AM, 23 de fevereiro de 2012.

VIVO S/A