IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico n.º 19/2015 – Companhia do Metropolitano do Distrito Federal/DF.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) da Companhia do Metropolitano do Distrito Federal/DF,

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 no §2.° do artigo 41 da Lei Federal n.º 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 01/12/2015, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da Lei Federal n.º 8.666/1993, bem como no item 17.1 do Edital do Pregão em comento.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto *"contratação de empresa para prestação de serviços de Telefonia Móvel, conforme condições 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 também apontar situações que devem ser esclarecidas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas e evitando-se interpretações equivocadas.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. ESCLARECIMENTO QUANTO AO CNPJ DA NOTA FISCAL E DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO E DA PROPOSTA DE PREÇOS.

O objeto do ato convocatório em apreço envolve a prestação de serviços de telefonia móvel (SMP – Serviço Móvel Pessoal) no Distrito Federal.

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 pretenso 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 aditado o instrumento convocatório de modo a admitir que o CNPJ das notas fiscais seja com a filial da licitante do Estado (Unidade Federativa) 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, assim como o contrato seja firmado com a matriz da empresa. Destarte, cumpre esclarecer que para melhor conferência do contratante, na nota fiscal será inserido além do CNPJ da filial que prestará o serviço também o CNPJ da matriz da empresa.

02. PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇOS. FALTA DE MINUTAGEM DETALHADA DOS SUBTIPOS DE LIGAÇÕES.

A planilha de serviços de Longa Distância Nacional (LDN) prevista no Anexo B limitou-se a categorizar a cotação para *"Chamada VC2 (Móvel-Fixo),*

Chamada VC2 (Móvel – Móvel), Chamada VC3 (Móvel-Fixo), Chamada VC3 (Móvel-Móvel)".

A cotação de preços distintos para todos os subtipos de ligações (móvel-móvel mesma operadora, móvel-móvel outra operadora e móvel - fixo) é essencial para a transparência do serviço a ser prestado, notadamente porque, conforme regulamentação da ANATEL, os critérios de composição de custo de um e outro tipo de ligação 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 se pretendem contratar, com a quantidade de consumo estimado para cada tipo e subtipo de ligação, haja vista que tal informação repercute decisivamente no valor da proposta de preços.

03. ESCLARECIMENTO QUANTO A UNIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS RELATIVOS À PROVA DE REGULARIDADE FISCAL PERANTE A FAZENDA NACIONAL.

O ato convocatório prevê nos itens 7.4.2 e 7.4.3 como Documentos para Habilitação de proponentes interessadas, a exigência de apresentação separada de Prova de regularidade com a Fazenda Nacional e Prova de regularidade com a Seguridade Social (INSS).

Contudo, a partir do dia 03/11/2014 iniciou-se a vigência da Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 1.751, de 02 de outubro de 2014, a qual dispõe acerca da prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional e, por conseguinte, acarretou na unificação das CNDs Federais.

Nos termos do artigo 1º da referida Portaria, a prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional será efetuada mediante a apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), referente a todos os créditos

tributários federais e à Dívida Ativa da União por elas administrados, inclusive previdenciários. Com isso, **os dois órgãos passarão a emitir conjuntamente uma única certidão relativa a todos os créditos tributários federais.**

Neste ponto, cumpre mencionar, ainda, que a certidão unificada é um documento expedido para a MATRIZ da Telefônica S.A, tendo sua regularidade estendida para suas filiais, que é o caso desta licitante, conforme legislação em vigor.

Isto porque no momento da expedição da aludida certidão, tanto a regularidade da matriz, quanto das filiais são aferidas pelos órgãos emissores.

Desta feita, deve ser previsto em ato convocatório que para a comprovação da regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional, basta a apresentação da certidão unificada conforme legislação vigente, **que passou a incluir também a regularidade previdenciária.**

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

O edital foi omisso quanto à definição do ônus da substituição dos equipamentos em casos como perda, furto ou roubo.

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 dos objetos, 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 móvel pessoal, mas não utilizar recursos próprios na hipótese de ocorrer eventuais perdas, furtos ou roubos de materiais utilizados pelos servidores da contratante**.

A disponibilização do objeto poderá ser assumida pela operadora; entretanto, o **custo deste equipamento "substituto" deverá ser assumido pelo contratante, da mesma forma como deve ocorrer em relação aos danos pelo uso indevido**.

O valor a ser reembolsado deve ser o valor real do material, 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 objeto,** requerendo-se a inclusão dessa previsão no ato convocatório.

05. FALTA DE DEFINIÇÃO NO EDITAL QUANTO À RESPONSABILIDADE PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA DOS EQUIPAMENTOS. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA.

O edital foi omisso quanto à definição da responsabilidade pela assistência técnica dos equipamentos que serão fornecidos pela operadora contratada.

Tal definição, contudo, passa necessariamente pela ausência de qualquer responsabilidade da contratada considerando que os equipamentos são **apenas e tão-somente meio para que possa se efetivar o serviço de telefonia, objeto 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 e 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 telefonia propriamente dito.

De fato, o aparelho e o modem são 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 e do modem, 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 material.

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 equipamento concedida pela Assistência Técnica do fabricante não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta dos materiais tampouco pelas quebras no mesmo.

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

06. DESNECESSIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTOS PARA COMPROVAÇÃO MENSAL DAS CONDIÇÕES DE HABILITAÇÃO.

O edital condiciona a realização dos pagamentos à apresentação mensal de documentos comprobatórios de regularidade fiscal e trabalhista. Nos termos do item 14.6 do edital, item 7.5 do Anexo I e item 5.6 do Anexo II:

> -Para que o pagamento possa ser liberado, a CONTRATADA deverá apresentar ao METRÔ-DF os seguintes documentos em plena validade, junto com a Nota Fiscal:
>
> -Certidão Negativa de Débitos – CND emitida pelo INSS; e

-Certidão de Regularidade de situação junto ao FGTS – CRF, emitida pela Caixa Econômica Federal.

-Prova de regularidade para com as Fazendas Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei, em plena validade.

-Prova de regularidade para com a Fazenda Federal mediante a apresentação de Certidão Conjunta Negativa de Débitos relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União, expedida pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN ou pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, em plena validade

-Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT) ou Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, emitida pelo Tribunal Superior do Trabalho – TST, nos termos da Lei nº 12.440/2011, em plena validade.

Tal obrigação é inviável uma vez que causaria morosidade no envio dos documentos e prejuízos para ambas as partes.

A **fiscalização** da execução dos contratos é atribuição legal da Administração (vide art. 58, inciso III e art. 67, ambos da Lei 8666/1993), **o que, no entanto, se deve sempre fazer pelo meio menos oneroso.**

Neste sentido, insta ressaltar que **tais comprovações podem ser facilmente obtidas por meio da internet, pela própria Administração, nos sítios dos órgãos competentes** ou cadastros públicos, como o SICAF. Além disso, tais documentos estão vinculados a **prazos de validade maiores que um mês**, o que torna desnecessária a comprovação mensal.

Desta forma, o envio mensal de certidões e demais documentos constitui apenas um ônus desnecessário à contratada, bem como representa um aumento injustificado do custo para a prestação dos serviços.

Neste contexto, deverá ser afastada a obrigação indicada no edital, devendo ser enviado todo mês única e exclusivamente as notas fiscais/faturas decorrentes dos serviços prestados.

07. PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO.

Em relação ao contrato, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 03 (três) dias úteis, conforme o item 11.1 do edital.

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 – como é também em relação a Companhia do Metropolitano do Distrito Federal - 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 na manutenção deste curto prazo de assinatura 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 deste prazo de assinatura não acarretará qualquer ônus à Administração, **requerendo-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.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de assinatura do ajuste induz a aplicação das penalidades, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

08. ESPECIFICAÇÂO DOS APARELHOS E DOS MINIMODENS SOLICITADOS. IMPOSSIBILIDADE DE ATENDIMENTO DAS ESPECIFICAÇÕES DOS EQUIPAMENTOS EXIGIDAS POR PARTE DE TODAS AS OPERADORAS.

O Edital estipula as especificações mínimas, previstas no item 12.4 do Anexo I, para os minimodens a serem cedidos pela contratada, bem como prevê no item 1 do Anexo C especificação dos aparelhos celulares.

Todavia, as características dos equipamentos não devem ser limitantes. Isto porque o fornecimento de minimodens e dos celulares é obrigação acessória, pois a principal é o fornecimento do SMP (Serviço Móvel Pessoal).

Além disso, lembra esta empresa o que dispõe o art. 3°, parágrafo 1°, I da Lei 8.666/93, não podendo haver restrição da competitividade no certame.

> 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 dada pela lei 12349/2010). (Grifos de nossa autoria)

Ora, eventualmente, os fabricantes podem não atender a todas as especificações de forma simultânea e tão específica, salvo se houvesse somente uma licitante e apenas um fabricante.

Ademais, as especificações apresentadas oferece uma versão que não está mais homologada pela fabricante, impossibilitando a participação de qualquer operadora.

Assim, requer que as especificações possam ser flexibilizadas, (sugerindo que as especificações dos minimodens permitam aparelhos com versões superiores com as seguintes especificações: *"Modem USB compatível com Windows XP SP3, Windows Vista SP1/SP2, Windows 7, Windows 8 e Windows 8.1 (não suporta Windows RT); Mac OS X 10.7, 10.8, 10.9 e 10.10 com as últimas atualizações; Linux Ubuntu 14.04, 13.10, 13.04 e 12.04; Fedora 19, 18 e 17; Mandriva 2012, 2011, 2010 e 2009",* e que a alínea "f" do item 1 do Anexo C seja alterada para "USB 2.0"), de forma que os equipamentos tenham uma margem que possibilite às empresas encontrarem opções válidas e que atendam às reais necessidades da Administração, além de garantir a competitividade do certame.

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 01/12/2015, 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**,

Brasília/DF, 24 de novembro de 2015.

TELEFONICA BRASIL S/A

Aline Monteiro Cardoso
Gerente de Negócios PJ-DF
Vivo Empresas