



ILMO. SENHOR PREGOEIRO DO CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO-

Ref.: Pregão Presencial no. 030/2011

EMPRESA BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES S/A – EMBRATEL, inscrita no CNPJ/MF sob n.º 33.530.486/0001-29, com sede na Avenida Presidente Vargas n.º 1.012, Centro, Rio de Janeiro–RJ, por sua procuradora que esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de V.Sas., apresentar

QUESTIONAMENTOS
com pedido alternativo para que sejam recebidos como
IMPUGNAÇÃO

ao instrumento convocatório do certame em referência, com base nos fatos e fundamentos que passa a expor:

Primeiramente, no entanto, a Embratel deixa claro que a presente tem a finalidade não só de possibilitar a sua participação nesta licitação – visando, certamente, a adjudicação do objeto -, mas também de colaborar para com a Administração Pública no sentido de ampliar a competição no certame, reduzir ao máximo os valores propostos e assim também colaborar para com o Erário e interesse público.

PRAZO DE ATIVAÇÃO

O edital estipula prazo de 60 (sessenta) dias para instalação/ativação dos serviços.



Pois bem. A Embratel vem requerer a ampliação do prazo de ativação dos serviços para 120 (cento e vinte) dias, destacando que tal é fundamental para que seja possibilitada a sua participação (e de outras empresas) no certame e o atendimento à legislação em vigor e aos princípios que regem as licitações e contratações públicas.

Importante destacar que o prazo hoje previsto no edital para início da prestação dos serviços é exíguo, tornando inviável a participação da Embratel neste certame e quiçá também de outras empresas que já não possuam seus acessos e equipamentos instalados nos locais.

Certo é que tal prazo é inviável, tendo em vista, dentre outras coisas, necessidade de autorizações junto à própria Prefeitura do Município e suas autarquias para que se possam construir, em vias públicas (subterrâneas ou através de infra-estrutura que utilize postes compartilhados ou não), os meios de acesso ao serviço objeto do certame, sendo certo, ainda, que é exigida redundância e outras especificações que tornam complexa a instalação e ativação.

Além disso, é necessária a subcontratação de terceiros para fornecimento de equipamentos e mão de obra para a construção dos acessos.

Assim, há que se prorrogar o prazo para início da prestação dos serviços a fim de que seja garantida a isonomia entre as licitantes, eis que podem existir licitantes que já possuam seus acessos instalados nos endereços objeto do edital, e que por certo levarão vantagens caso não se altere o prazo de ativação.

Como é de conhecimento público, antes da privatização do Sistema Telebrás, quando os serviços de telecomunicações eram prestados sob o regime de monopólio legal, a Embratel construiu e operou as redes de telecomunicações entre pontos distantes (longa-distância), sendo que as empresas que então somente prestavam os serviços de telefonia Local, por sua vez, implementaram os acessos em curtas distâncias/acessos locais.

Com a privatização do sistema Telebrás no ano de 1998 e conseqüente abertura do mercado à concorrência dos serviços de telecomunicações, os serviços de STFC passaram a ser prestados pelas concessionárias e/ou autorizadas à prestação de tal serviço público, delegando-se os mesmos, portanto, aos particulares.

Assim, os serviços de telecomunicações passaram a ser prestados pelas antigas empresas que já atuavam no mercado - e que agora passaram a ser empresas privadas, em razão do devido processo licitatório de leilão para tal -, e também por suas concorrentes, novas empresas atuantes no mercado, denominadas "espelhos".



No ano de 2002, após cumprir as Metas de Universalização impostas pela ANATEL, a Embratel obteve autorização para prestação do Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC – na modalidade Local, e, à partir de então, passou a estar capacitada a prover tal serviço.

Portanto, foi a partir da autorização para prestação do STFC na modalidade Local que a Embratel passou a investir na construção de sua própria rede Local para a prestação de tal serviço, sendo certo, no entanto, que embora constantemente modernizada, extensa e presente em todo o território nacional, a rede Local da Embratel não tem a chamada “capilaridade” no acesso local (curtas distâncias) da mesma forma e quantidade que possuem as antigas monopolistas do serviço Local. Diga-se, ainda, que nem mesmo as “espelhos” das Locais possuem a mesma capilaridade que as antigas monopolistas de tal mercado.

Cabe frisar que a mesma rede de acesso que suporta o STFC também dá suporte e serve de acesso a serviços de comunicação de dados e internet.

Ressalte-se, no entanto, que aos poucos a Embratel vem construindo sua própria rede Local, com tecnologia melhor e mais moderna que aquelas já existentes desde há tempos (estas, portanto, mais sujeitas à má qualidade por deterioração natural ou atraso tecnológico).

Cabe aqui também cientificar V.Sas. acerca das reais dificuldades enfrentadas no ramo de telecomunicações, no que tange ao fornecimento de acesso local.

Para entendimento da matéria por V.Sas., transcreve-se, primeiramente, artigo escrito por Mateus Piva Adami, extraído do site da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP, no endereço http://www.sbdp.org.br/revista_ver.php?id_re=41:

“A Resolução 437/06 da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), publicada em 20 de junho deste ano, representou mais um passo para alinhar o controle concorrencial setorial exercido por essa agência à jurisprudência do Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Ela aponta os grupos econômicos que exercem o “poder de mercado significativo” —PMS— no setor de telecomunicações.

A nova norma veio a complementar a Resolução 402/05, que alterou substancialmente o regime de compartilhamento de infra-estrutura para a exploração de industrial de linhas dedicadas —EILD— até então vigente.

Para esclarecer a importância da nova regulamentação, bem como sua relação com o Cade, são necessárias algumas explicações preliminares. A rede de telefonia fixa é constituída pelo o chamado “par metálico” que, além de ser utilizado como plataforma para a telefonia comum, é uma das formas com que o serviço de transmissão de dados é prestado. Este último, ao contrário do Serviço Telefônico Fixo Comutado —STFC—, não é objeto de concessão, e é



explorado em regime de livre concorrência. No entanto, a rede de telefonia fixa, em função da política adotada para o sistema de telecomunicações nacional, é gerida pelo concessionário local.

Ou seja, uma empresa que deseje atuar no ramo de transmissão de dados deve utilizar a rede existente, cuja posse é atribuída à operadora de telefonia fixa local, ou ainda implantar o seu próprio sistema. No primeiro caso, o compartilhamento da infra-estrutura se dá mediante a celebração de contratos de interconexão - mais precisamente, contratos de fornecimento de EILD.

Nessas condições, o acesso local negociado entre os terceiros interessados na exploração dessa atividade e a concessionária de STFC pode ser considerado como o mercado "upstream" — "a montante" ou "de origem" — em relação à prestação do serviço de transmissão de dados-considerado, portanto, como mercado "downstream" — "a jusante" ou "alvo".

Os contratos de EILD eram regulados pela Norma 30/96, a qual foi aprovada pela Portaria 2.506/96 do Ministério das Comunicações. Em brevíssima síntese, suas principais preocupações com infrações à concorrência estavam adstritas à fixação de um preço máximo para o fornecimento de EILD, bem como à vedação de concessão subjetiva de descontos.

A regulamentação de interconexão é muito importante sob o prisma concorrencial, pois as concessionárias de STFC, além de prestar os serviços de telefonia fixa, também atuam no segmento de transmissão de dados, através de uma empresa integrante de seu grupo econômico. Assim, nota-se que a empresa gestora da infra-estrutura não é propriamente neutra em relação ao seu compartilhamento, uma vez que tem interesse direto nos resultados da exploração econômica dessa atividade.

Isso ficou claro em uma licitação promovida por um órgão público, cujo objeto era a contratação do serviço de transmissão de dados. Em função da publicidade dos atos praticados nas licitações, uma das concorrentes notou uma distorção nos valores apresentados por uma empresa que pertence ao mesmo grupo econômico da concessionária local de STFC, que sugeriam um tratamento diferenciado entre elas.

(...)

Em linhas gerais, o abuso de poder econômico decorrente de uma "essential facility" possui as seguintes características:

- i) controle de bem essencial por um monopolista;
- ii) inviabilidade econômica de duplicação do bem;
- iii) negativa de acesso ou imposição de dificuldades em sua utilização - o que inclui práticas de diferenciação de preços;
- iv) viabilidade técnica para suportar novos usuários - o acesso não pode comprometer o serviço oferecido.

(...)

A decisão reconheceu que, para determinadas velocidades de acesso, a duplicação da infra-estrutura ou a substituição por outra tecnologia seriam opções inviáveis economicamente. Quanto aos descontos, o Conselho considerou que a política adotada pela concessionária não tratava de forma igualitária as empresas, pois os critérios utilizados não estavam em consonância com a Norma 30/96.

(...)



Essa última medida reflete a importância do caso, pois, apesar da discussão surgir no âmbito de uma licitação pública, é evidente que os contratos privados também poderiam indicar a prática de preços distorcidos.

(...)

Foi nesse contexto que surgiu a Resolução 402, de 27 de abril de 2005. Percebe-se que essa Resolução teve por base os principais pontos levantados pelo CADE para fundamentar a decisão tomada no caso citado. Uma primeira evolução é a criação do conceito de Poder de Mercado Significativo – PMS. Assume-se que o agente econômico por ele caracterizado dispõe de “posição que possibilita influenciar de forma significativa as condições do mercado relevante, assim considerada pela ANATEL” – art. 2.º, inciso X. Os parâmetros para a caracterização do PMS são os seguintes:

‘Art. 13. Para determinar quais são os Grupos detentores de PMS na oferta de EILD a Anatel pode avaliar, entre outros:

I – participação no mercado de linhas dedicadas;

II – existência de economias de escala;

III – existência de economias de escopo;

IV – controle sobre infra-estrutura cuja duplicação não é economicamente viável;

V – ocorrência de poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços;

VI – ocorrência de integração vertical;

VII – existência de barreiras à entrada de competidores; e

VIII – acesso a fontes de financiamento.’

Assim, nota-se claramente que as características a serem levadas em conta pela ANATEL possuem alguma correlação com a doutrina das “essential facilities”. O “controle do insumo” essencial pode ser encontrado nos incisos I, II e III do artigo acima citado. A “inviabilidade de duplicação do bem” é reconhecida como critério pelos incisos IV e VII, inclusive quanto à sua viabilidade econômica. A “negativa de acesso” ao bem nada mais é do que uma decorrência de um abuso do “poder de negociação nas compras de insumos, equipamentos e serviços” (inciso V).

A menção à integração vertical (incisos VI e III) apenas reforça os motivos que levam ao abuso do poder econômico decorrente da propriedade da infra-estrutura. Da concentração de poder no mercado a montante – fornecimento de EILD – resulta a possibilidade de abuso no mercado a jusante – transmissão de dados.

Posteriormente, a Resolução 437/06 definiu os grupos detentores de PMS, e prefixou o entendimento da ANATEL quanto ao mercado relevante relacionado ao serviço de EILD – mas que pode ser questionado por qualquer interessado. Outro critério fixado pelo CADE e adotado pela ANATEL na resolução foi a circunscrição do mercado relevante a determinadas velocidades – art. 2.º, caput, conforme já previa o art. do art. 11 da Resolução 402/2005.(...)”

Traçadas essas linhas iniciais, reitera-se que o objeto do certame em referência também envolve o acesso local na chamada Exploração Industrial de Linha Dedicada –



EILD, constituindo o acesso insumo essencial para prestação de serviços de telecomunicações.

Característica específica no ramo de telecomunicações, no entanto, é o fato de que, curiosamente, numa licitação as mesmas empresas detentoras dos meios de acesso local são, também, proponentes e concorrentes daquelas que delas contratarão os acessos, caso vencedoras do certame.

Ressalte-se, ademais, que o Regulamento de Exploração de Linha Dedicada (REILD), aprovado pela Resolução 402, de 27/04/2005, da ANATEL, complementado pela Resolução 437/06 também da ANATEL (a qual define o Grupo de empresas concessionárias de STFC Local detentoras do chamado PMS – Poder de Mercado Significativo), estabelece, em seu artigo 26:

“O prazo para início efetivo do provimento de Linha Dedicada em regime de Exploração Industrial por Entidade Fornecedora pertencente a Grupo detentor de PMS na oferta de EILD não pode ser superior:

I – a 15 (quinze) dias corridos, para a EILD Padrão de velocidades de transmissão iguais ou inferiores a 2 Mbps, contados da data de registro da solicitação;

II – a 30 (trinta) dias corridos, para a EILD Padrão de velocidades de transmissão superiores a 2 Mbps, contados da data de registro da solicitação; e

III – a 60 (sessenta) dias corridos, para a EILD Especial, contados da data de assinatura do contrato;”

Pois bem. Considerando-se os prazos acima somente para o fornecimento de EILD – e há que se frisar que muitas vezes não são atendidos, quiçá, na maioria das vezes – há que se levar em conta prazo complementar para instalações, configurações, testes etc..

Portanto, importante asseverar que a contratação e fornecimento de EILDs é baseada nas normas e regulamentos expedidos pela Agência Nacional de Telecomunicações.

Assim, certo que as empresas interessadas numa licitação e que não sejam detentoras de acessos locais (ou parte deles) devem elaborar suas propostas com base nas condições das prévias cotações que fizeram para fornecimento dos acessos locais junto àquelas que os detenham.



Pois assim, não só em razão dos trâmites referentes ao insumo acesso, como também com relação aos equipamentos, instalações, configurações, testes, há que se prorrogar o prazo de ativação dos serviços.

Neste diapasão, cabível reafirmar a doutrina do ilustre jurista Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Os prazos de início, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, que há de ser sempre justificada por escrito e autorizada pela autoridade competente, mantida a equação econômico-financeira, perante certas hipóteses nas quais é efetúavel, independentemente do edital ou do contrato haverem-na previsto. São elas: alteração do projeto ou especificações pela Administração; superveniência de fato imprevisível que altere fundamentalmente as condições de execução; impedimento da execução provocado por evento de terceiro” Curso de Direito Administrativo, 11ª edição, Malheiros, p. 453. (destacou-se).

Portanto, para que haja a devida competitividade neste certame, com aplicação dos princípios que regem as licitações, dentre eles o da isonomia e ampla competição, necessário se torna que o edital seja alterado para permitir a ativação do serviço em prazo de até 120 dias.

GARANTIA DE SOLUÇÃO DE DEFEITOS EM ATÉ 4 (QUATRO) HORAS A PARTIR DA ABERTURA DO CHAMADO TÉCNICO.

O edital exige prazo de solução do chamado em até 4 horas, a Embratel disponibiliza um SLA de 99,7%(noventa e nove, sete por cento) No entanto, para determinadas falhas é possível diagnosticar o problema encaminhá-lo, mas não garantir a solução do problema em até 4 horas.

Sendo assim, a fim de que se possa elaborar a devida proposta e em condições de isonomia entre as participantes, solicita-se o devido esclarecimento a respeito.



CONCLUSÃO - PEDIDO

Diante do exposto, a Embratel vem, respeitosamente, requerer sejam os presente **QUESTIONAMENTOS** acolhidos em sua integralidade e, caso assim não seja, ressalta-se desde já que os aspectos acima devem ser recebidos alternativamente como **IMPUGNAÇÃO** aos termos do edital, para todos os efeitos de direito, eis que as questões supracitadas são imprescindíveis para manter o caráter competitivo do certame e, principalmente, proporcionar uma melhor contratação à Administração Pública em conformidade com a legalidade.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 02 de Agosto de 2011.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Adriana Prioste Oliveira". The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke at the end.

Adriana Prioste Oliveira
Gerente de Contas - Procuradora