

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Eletrônico em referência tem por objeto “contratação, eventual, de empresa para prestação de serviços a internet em banda larga móvel sem fio, também a contratação de serviço de links principais de acesso a internet para a Sede, CAPE e subseções e link redundante para a Sede conforme descrito no Termo de Referência – Anexo I.”.

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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

1. IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA DE GARANTIA DE COBERTURA EM TODA A ÁREA SOLICITADA.

O Anexo I – Termo de Cobertura bem como a alínea “K” da cláusula 4.1. do Anexo III – Minuta de Contrato estipulam como obrigação da contratada possuir cobertura em todo o estado de São Paulo e nas principais cidades brasileiras.

Todavia, tais dispositivos restringem a competitividade, uma vez que, por melhor que seja a cobertura prestada pela empresa licitante, ainda não é factível que a mesma esteja presente em todo o estado de São Paulo, por mais que seja esse o objetivo a ser alcançado. Ademais, é necessário especificar quais são as

principais cidades brasileiras que o contratante almeja cobertura, uma vez que nenhuma operadora tem cobertura em todo o território nacional.

A operadora de celular e acesso à internet se compromete a efetuar plenamente a prestação de serviço na localidade contratada. Contudo, não é possível garantir a cobertura do sinal em todo o estado de São Paulo e nas principais cidades brasileiras em virtude da existência de cidades em que há impossibilidade de sinal, pelas condições do próprio espaço que poderia não captar plenamente os sinais enviados.

Salienta-se que o sinal no território nacional não ocorre em sua totalidade, por nenhuma operadora, de forma que tal condição contratual tornará a licitação deserta, por falta de licitantes aptos a preencherem a necessidade administrativa.

Assim, a ausência de sinal em alguns pontos poderá ocorrer eventualmente; continuarão íntegros, contudo, a plena prestação de serviço para recebimento e transmissão de sinais nos locais de acesso comum de todo cidadão no local onde os serviços foram contratados.

Desta feita, deve ser retirada a solicitação da garantia de cobertura em todo o estado de São Paulo, bem como deve ser especificadas as principais cidades brasileiras que se almeja cobertura, uma vez que tal garantia não ocorre em sua totalidade, principalmente nos locais privados e de difícil captação de sinais, por nenhuma operadora, de forma que tal condição contratual tornará a licitação deserta, por falta de licitantes aptos a preencherem a necessidade administrativa.

2. ESCLARECIMENTO QUANTO AO ACESSO DE DADOS REQUERIDO.

O Anexo I – Termo de Referência bem como a alínea “f” da cláusula 4.1. do Anexo III – Minuta de Contrato, estipulam para o Grupo 1 acesso ilimitado de download e upload.

Destarte, não foi especificada em edital a franquia do pacote de acessos de dados que atende a necessidade administrativa.

Neste ponto, é importante esclarecer que a empresa impugnante, preocupada em evoluir suas tecnologias para melhor atender seus clientes, criou um sistema para novos pacotes de internet para smartphones e modems/roteadores, que atendem a todos os perfis de uso existentes.

Nos pacotes Vivo Internet Brasil, existe a possibilidade de contratação de planos de franquia limitada ou ilimitada.

Assim sendo, no **plano ilimitado**, após o consumo da franquia, haverá redução de velocidade.

Caso o contratante não queira ter sua velocidade reduzida e continuar trafegando pela internet com a franquia contratada, deverá adquirir o **plano limitado**, em que ele terá a opção de contratar o serviço na modalidade de cobrança avulsa, pelo qual pagará pelos *Megabytes* (MB) excedentes utilizados até o final do ciclo vigente.

Nesta senda, a utilização do plano **ilimitado** levará a uma **diminuição da velocidade após o consumo**, enquanto que no plano **limitado** haverá a cobrança da utilização excedente à franquia contratada de acordo com os **megabytes consumidos além da franquia**.

Destarte, com o advento dos pacotes Vivo Internet Brasil, todos os pacotes para modems têm, atualmente, franquias de **1GB, 3GB, 5GB ou 10GB**, devendo o cliente, independente do plano ilimitado ou limitado, indicar o pacote de franquia que atende o seu interesse.

Neste contexto, requer-se seja **indicada em edital uma estimativa de tráfego de dados utilizada pelo contratante** para que possível seja elaboração de propostas de acordo com o pacote que atende à necessidade administrativa, **com a**

indicação de plano ilimitado com redução da velocidade, adequando os interesses da administração com a realidade do serviço existente no mercado.

3. DETERMINAÇÃO DA VELOCIDADE MÉDIA NO ITEM REFERENTE AO MINI-MODEM. IMPOSSIBILIDADE DE GARANTIA DE VELOCIDADE MÉDIA DE 1 Mbps.

Em relação ao Acesso Móvel à Internet, o edital indica a obrigatoriedade de uma velocidade média de **1Mbps** (O Anexo I – Termo de Referência bem como a alínea “j” da cláusula 4.1. do Anexo III – Minuta de Contrato, para o Grupo 1).

Ademais, a alínea “m” da supracitada cláusula 4.1. estipula, ainda, como obrigação da contratada a garantia de velocidade de transmissão da banda em 100% (cem por cento) da capacidade contratada.

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 média de velocidade, 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 (Erb); 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 média pretendida pelo edital, considerando a mutabilidade de espaço inerente ao tipo de serviço objeto da pretendida contratação.

Requer-se, portanto, seja alterada tal exigência média, 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 média 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.

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

O edital foi omissivo quanto à definição do ônus em caso de perda, roubo ou furto.

Tal definição, contudo, passa necessariamente pela ausência de qualquer responsabilidade da contratada.

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 das

linhas de telefonia, mas, não, por eventuais 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 acesso à internet, mas não utilizar recursos próprios na hipótese de ocorrer eventuais furtos ou roubos de equipamentos utilizados pelos servidores da contratante.

A disponibilização do aparelho poderá, sim, ser assumida pela operadora de telefonia celular e acesso à internet; 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.

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

5. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA CONTRATADA PELA ASSISTÊNCIA TÉCNICA AOS APARELHOS.

Em relação aos aparelhos, verifica-se que o edital estabelece, nas alíneas “g” e “j”, a responsabilidade da operadora pela assistência técnica dos aparelhos utilizados na prestação do serviço.

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 acesso à internet**, 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 acesso à internet propriamente dito.

De fato, o aparelho é apenas meio para o exercício do serviço de acesso à internet, 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 no equipamento.

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.

6. DESNECESSIDADE DE ENVIO DE DOCUMENTOS COMO CONDICIONANTE AO PAGAMENTO PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

O item 18.2 e a alínea “e” do item 21.1., ambos do edital bem como cláusula 6.2. do Anexo III – Minuta de Contrato estipulam como condicionantes ao

pagamento pela prestação dos serviços o envio mensal da comprovação de regularidade junto ao Sistema da Seguridade Social (CND), ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (GRF) e às Fazendas Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede da contratada, além da regularidade trabalhista.

Neste caso, é de suma importância que o edital esclareça a responsabilidade da **contratante** em efetuar tais consultas, ficando a contratada desonerada do envio de qualquer documento, posto que absolutamente desnecessário.

Em primeiro lugar, o envio de tais documentos, causaria morosidade no envio dos documentos solicitados e, por conseguinte, da fatura emitida pela prestação de serviços.

Em segundo lugar, o envio dos documentos solicitados resultaria em gastos desnecessários de papel. Neste ponto, é fundamental lembrar que a atual conjuntura do país é pela sustentabilidade e preservação do meio ambiente, no intuito de evitar desperdícios e danos à natureza.

Deve, portanto, ser evitado prejuízo ao meio ambiente na impressão de papéis que podem perfeitamente ser consultados por meio da internet, atendendo, de qualquer modo, a pretensão administrativa de acesso ao cumprimento, pela contratada, das obrigações em relação ao INSS e ao FGTS.

Em terceiro lugar, não existe na Resolução 477/2007 da Anatel, (Resolução que rege o Serviço Móvel Pessoal) a previsão de obrigatoriedade de envio de tais documentos junto à fatura para efetivo pagamento, pelos serviços prestados.

Resta claro, portanto, que o fato das operadoras de telefonia móvel e de acesso à internet não enviarem tais documentos junto à Nota fiscal/Fatura não acarreta em prejuízo à Administração, uma vez que todos os documentos solicitados podem ser constantemente pesquisados e disponibilizados via SICAF.

Noutro Interim, a análise da documentação da contratada, como condição para o pagamento da despesa, deve guardar relação com as exigências da habilitação da licitação, quer de regularidade, quer de qualificação, com fulcro no inciso XIII do artigo 55 da Lei 8.666/1993. Todavia, a lei não preleciona o modo pelo qual deve ser analisada a documentação.

Assim sendo, é importante ressaltar que da mesma forma que a Administração deve atentar para o disposto no artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei 8.666/1993, observando que, em qualquer modalidade de licitação, não se pode exigir, mas se deve aceitar, a inscrição prévia no SICAF, ou em algum outro registro cadastral, como meio de prova da habilitação de interessado, deve também a Administração acolher outros meios de comprovação de regularidade como pressuposto ao pagamento, não devendo, assim, ser necessário o envio da documentação junto à Nota fiscal/Fatura.

Neste contexto, é incabível a obrigação indicada no edital em comento, devendo ser enviado todo mês única e exclusivamente as Notas Fiscais/faturas decorrentes dos serviços prestados.

7. NOTA FISCAL/FATURA EXIGIDA PELO EDITAL EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO N.º 477/2007 DA ANATEL

A nota fiscal exigida pelo edital (item 18.1. do Edital bem como a cláusula 6.1. do Anexo III – Minuta de Contrato), com indicação da descrição do objeto; número da nota de empenho e do número da conta bancária da contratada, diverge da norma contida na Resolução n.º 477/2007 da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) - que aprova o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal.

Frisa-se que a licitação para serviços de telecomunicações, dentre os quais os de telefonia celular, possuem regência pela ANATEL, cuja normatização vincula o modo e os critérios da prestação do serviço, estando as operadoras adstritas a tal regramento.

Neste contexto, os artigos 44 e seguintes da Resolução mencionada discriminam os critérios para emissão das faturas de cobrança:

“RESOLUÇÃO Nº 477/07 - Regulamento para a Prestação do SMP

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.

§1º Os documentos de cobrança devem ser apresentados de maneira clara, explicativa e indelassável discriminando o tipo e a quantidade de cada serviço prestado ao Usuário.

§2º A prestadora pode lançar no documento de cobrança, desde que de forma clara e explícita, os valores devidos em função da exploração de serviços de valor adicionado, bem como de outras comodidades ou facilidades relacionadas com o serviço autorizado.

§3º A inclusão, na cobrança, de qualquer valor devido que não decorra da prestação de serviços de telecomunicações, depende de prévia autorização do Usuário.

§4º A qualquer tempo, o Usuário poderá requerer, sem ônus, outro documento de cobrança, que contenha exclusivamente valores correspondentes à prestação do SMP.

§5º A prestadora deve oferecer ao Usuário no mínimo seis possíveis datas para efetuar seus pagamentos mensais.

§6º Havendo concordância do Usuário, os demonstrativos e faturas do serviço de duas ou mais Estações Móveis podem ser apresentados em um único documento de cobrança, agrupando seus Códigos de Acesso.

Art. 45. A Prestadora deve apresentar ao Usuário a cobrança dos valores relativos aos serviços prestados no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da efetiva prestação do serviço.

§1º A cobrança de serviço prestado em prazo superior ao estabelecido no caput deve ocorrer em fatura separada, salvo manifestação em contrário por parte do Usuário, sem acréscimo de encargos, e a forma de pagamento ser objeto de negociação prévia entre a prestadora e o Usuário.

§2º Na negociação a que se refere o §1º, a prestadora deve ofertar a possibilidade de parcelamento dos valores pelo número de meses correspondentes ao período de atraso na apresentação da cobrança.

§3º O prazo para cobrança de chamada de outro serviço de telecomunicações em fatura do SMP segue a norma do respectivo serviço.

§4º Para Usuários com Planos de Serviço de franquias em minutos, a cobrança referida no caput deverá considerar os minutos não utilizados da franquia no período em que a chamada foi realizada.

Art. 46. É admitido o faturamento conjunto dos serviços de telecomunicações executados por outras prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo utilizados por Usuário do SMP.

§1º As prestadoras de SMP que pactuarem acordos para faturamento conjunto são obrigadas a estender as condições da avença de forma equivalente às demais interessadas.

§2º O disposto no parágrafo anterior se aplica ao faturamento conjunto de serviços de telecomunicações distintos prestados por uma mesma prestadora.

Art. 47. A Prestadora de SMP deve permitir o pagamento parcial do débito, mediante contestação.

Art. 48. O documento de cobrança deve permitir ao Usuário o pagamento da fatura em qualquer dos locais indicados pela prestadora, que devem estar convenientemente distribuídos na localidade.

Art. 49. As chamadas de SMP a cobrar podem ser faturadas em documento de cobrança de terceiro, desde que o mesmo autorize.

Art. 50. O Usuário do SMP deverá receber aviso do não pagamento de débito, objeto de documento de cobrança de prestação de serviço, de periodicidade regular.

Parágrafo único. Todos os avisos de cobrança devem alertar para a existência de débito vencido e os prazos para suspensão parcial, suspensão total e cancelamento do serviço.

Art. 51. Havendo situação de inadimplência, a prestadora pode tomar as seguintes providências:

- I - transcorridos 15 (quinze) dias do vencimento da conta de serviços: suspender parcialmente o provimento do serviço, com bloqueio das chamadas originadas e das chamadas terminadas que importem em débito para o Usuário;
- II - transcorridos 30 (trinta) dias desde a suspensão parcial: suspender totalmente o provimento do serviço, inabilitando-o a originar e receber chamadas;
- III - transcorridos 45 (quarenta e cinco) dias da suspensão total do provimento do serviço: desativar definitivamente a Estação Móvel do Usuário e rescindir o Contrato de Prestação do SMP.

§1º As providências previstas nos incisos I, II e III devem ser precedidas de aviso ao Usuário, comunicando-o:

I - do direito de receber o relatório detalhado de serviços;

II - da possibilidade, forma e prazo para contestação do débito;

III - da sanção a que está sujeito na ausência de contestação.

§2º Quando da suspensão total do provimento do serviço é vedada a cobrança de assinatura ou qualquer outro valor referente à prestação de serviço.

§3º É vedada a inclusão de registro de débito do Usuário em sistemas de proteção ao crédito antes da rescisão do Contrato de Prestação do SMP prevista no inciso III deste artigo, podendo a Prestadora, após rescindido o contrato de prestação de serviço, por inadimplência, incluir o registro de débito em sistemas de proteção ao crédito, desde que notifique ao Usuário por escrito com antecedência de 15 (quinze) dias.

§4º No caso de cobrança conjunta, as sanções somente podem atingir o provimento dos serviços na modalidade e prestadora em que for constatada a inadimplência do Usuário, dando-se continuidade normal à prestação das demais modalidades e prestações de serviço.

§5º O previsto no parágrafo anterior não se aplica quando o Usuário estiver inadimplente perante a sua Prestadora de SMP.

§6º É direito do Usuário, durante o período de suspensão parcial do serviço, originar chamadas que não importem em débitos para o Usuário, incluindo-se chamadas originadas a cobrar, e aquelas destinadas aos serviços públicos de emergência previstos no art. 19.

Conforme se verifica, as faturas são documentos padronizados, emitidas em modelos que respeitam a regência estabelecida pela ANATEL, sem que seja possível a inserção de quaisquer outros dados que não aqueles expressamente autorizados pelo órgão regulador.

Neste contexto, não é possível emitir a nota fiscal/fatura com os condicionantes pretendidos no edital, pelo descompasso com a referida Resolução n.º 477/2007 da ANATEL. Deve, portanto, ser retirada qualquer exigência adicional para emissão da nota fiscal - tal como descrição do objeto, número da nota de empenho e do número da conta bancária da contratada.

A impossibilidade de cumprimento desta obrigação contratual geraria a não-participação das operadoras no certame, em função dos ônus contratuais decorrentes da inadimplência (que seria iminente) quanto a tal exigência específica na nota fiscal/fatura.

8. PAGAMENTO EM CONTA BANCÁRIA E PRAZO DO VENCIMENTO DA FATURA EM DESACORDO COM A RESOLUÇÃO N.º 477/2007 DA ANATEL.

Quanto aos critérios de pagamento, o item 18.1. do Edital bem como a cláusula 6.1. do Anexo III – Minuta de Contrato prevêem o pagamento mediante conta bancária dentro do prazo de 10 (dez) dias úteis após a emissão do Termo de Recebimento Definitivo pelo Gestor do Contrato. O prazo de 10 (dez) dias para pagamento também é previsto na cláusula 5.5. da Minuta de Contrato.

De forma divergente, o item referente às “Condições de Pagamento” do Anexo I – Termo de Referência estipula prazo de até 15 (quinze) dias úteis após a emissão do termo de recebimento definitivo (documento a ser expedido mensalmente, para cada Nota Fiscal / Fatura).

Todavia, o pagamento da conta telefônica não pode divergir da norma contida na Resolução n.º 477/2007 da ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) - que aprova o Regulamento do Serviço Móvel Pessoal.

Frisa-se que a licitação para serviços de telecomunicações, dentre os quais os de telefonia celular, possuem regência pela ANATEL, cuja normatização vincula o modo e os critérios da prestação do serviço, estando as operadoras adstritas a tal regramento.

Neste contexto, os artigos 44 e seguintes da Resolução mencionada discriminam os critérios para emissão das faturas de cobrança, citados anteriormente.

Conforme se verifica, as faturas são documentos padronizados, emitidas em modelos que respeitam a regência estabelecida pela ANATEL, com expressa indicação de que o **pagamento realizar-se-á com utilização da FATURA emitida pela operadora**, dentro dos prazos e normas que a própria normatização estabelece.

Ademais, a data de pagamento da nota fiscal é sempre fixa, não podendo ser condicionada e variar de acordo com a data de entrega da fatura, devendo mensalmente ter vencimento pré-determinado.

Neste contexto, deve ser retirada a previsão contratual de pagamento mediante depósito em conta e dentro do prazo de 10 (dez) ou 15 (quinze) dias, como forma de adaptar ao critério de pagamento com base na fatura emitida pela operadora, em sintonia com a normatização da ANATEL.

A impossibilidade de cumprimento desta obrigação contratual geraria a não-participação das operadoras no certame, em função dos ônus contratuais decorrentes da inadimplência (que seria iminente) quanto a tal exigência específica na nota fiscal/fatura.

9. PRAZO EXÍGUO PARA REPAROS E CORREÇÃO DE FALHAS.

O edital prevê, na cláusula 4.1., alínea “f” do Anexo III – Minuta de Contrato, um prazo de reparo em até 4 (quatro) horas, bem como para correção de falhas; prazo este excessivamente exíguo para que tal serviço possa ser prestado.

De fato, um prazo de apenas 4 (quatro) horas é **INSUFICIENTE para finalização dos reparos ou correção de falhas**, especialmente pelo fato de que a complexidade da questão pode exigir um prazo maior para que a questão seja solucionada.

Ressalta-se que somente é possível se estabelecer o compromisso de que seja tomada ciência do problema com rapidez, mas não de que a solução possa ser dada nestas 4 (quatro) horas, sem verificação da complexidade do problema eventualmente detectado.

O prejuízo para a Administração Pública em se manter este curto prazo para reparos ou correção de falhas é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado

no edital. Deve-se, neste contexto, levar em consideração os prazos outorgados pela ANATEL.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de reparo dos serviços induz a aplicação das penalidades contratuais, 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 exposto nesta impugnação, é absolutamente ilegal.

10. ESCLARECIMENTO QUANTO AO PRAZO PARA ENTREGA DOS APARELHOS E INÍCIO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.

O Anexo I – Termo de Referência, estipula no item “Tempo de Execução” e “Prazo” o prazo de 05 (cinco) dias úteis para entrega dos equipamentos e início da prestação dos serviços.

Por sua vez, a Cláusula 4.1., alínea “m” do Anexo III - Minuta do Contrato estipula que a contratada deverá fornecer os equipamentos em 15 (quinze) dias da assinatura do contrato.

Diante do exposto, é notória a divergência quanto ao prazo para a entrega dos aparelhos e início da prestação do serviço, devendo ser alterado o edital com uma data única.

Ademais, o prazo a ser estabelecido deve ser o suficiente para que os aparelhos possam ser entregues por qualquer operadora. A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que a entrega dos aparelhos - 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, frete para o Município de São Paulo, dentre outros.

Ressalta-se que os aparelhos 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 em prazos exíguos.

Deste modo, deve ser estipulado um prazo único para entrega dos aparelhos e início da prestação de serviço, prazo este sugerido de **15 (quinze) dias úteis**, adequado à possibilidade de cumprimento por parte da futura contratada e sem acarretar qualquer ônus à Administração Pública.

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

O edital estabelece, no item 19.2.2. do edital bem como na cláusula 9.1.2. do Anexo III – Minuta de Contrato, multa de 0,1% (um décimo por cento) por dia de atraso, calculada sobre o valor não adimplido (aplicação do divisor doze sobre o valor total adjudicado), limitada a 20 (trinta) dias após o prazo estabelecido para entrega do objeto; o que pode acarretar, portanto, multa no percentual de 20% (vinte por cento).

Já o item 19.2.4. do edital bem como na cláusula 9.1.4. do Anexo III – Minuta de Contrato estipulam multa de 12% (doze por cento), a partir do 31º dia, a qual será entendida como inexecução total do Contrato/aquisição, calculada sobre o valor total do contrato.

Em quaisquer dos casos, 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 do empenho ou do contrato.

Com efeito, pelo mero atraso, mais que suficiente para sancionar o eventual infrator é a indicação da multa de mora, ainda que diária, mas até o limite de 10% (dez por cento) do valor do 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, em quaisquer situações, 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 e extraídos da própria Constituição da República.

A liberdade da Administração existe na determinação da penalidade desejável para 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 está bastante 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 do empenho ou do contrato, conforme o caso.

12. PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DA ATA DE REGISTRO DE PREÇOS E DO CONTRATO.

Em relação à ata de registro de preços, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 5 (cinco) dias úteis, conforme previsão do item 15.1. do edital.

O mesmo prazo é estipulado no item 17.1. para assinatura do contrato.

Todavia, tal prazo é exageradamente exíguo para que a ata de registro de preços e o contrato possam ser assinados por qualquer operadora. A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que o trâmite interno de uma grande empresa – com o é também em relação ao Coren/SP - 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 da ata de registro de preços e 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 não acarretará qualquer ônus à Administração Pública, **sugerindo-se o prazo de 10 (dez) dias úteis**, suficiente para que a assinatura da ata e do contrato possa ser efetivada em prazo adequado à necessidade administrativa.

Vale ressaltar que o não cumprimento do prazo de assinatura da ata de registro de preços e do contrato induz a aplicação das penalidades contratuais, 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 eletrônica está designada para 22/10/2012, 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 irresignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,



São Paulo/SP, 11 de outubro de 2012.

Roberto
VIVO S/A