

Ao

ILMO. SR. PREGOEIRO DO CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

**REF: EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 028/2014
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 107.808/2013**

CLARO S.A., sociedade por ações, com sede na Rua Flórida, 1.970, Cidade Monções, cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob o n.º 40.432.544/0001-47, autorizatória do Serviço Móvel Pessoal – SMP e de Serviço de Comunicação Multimídia - SCM, de NIRE nº. 35.300.145.801, doravante denominada simplesmente **CLARO**, vem, com fundamento no art. 41, parágrafo 2º, da Lei nº 8.666/93, no art. 18 do Decreto nº 5.450/05, que regulamento o Pregão Eletrônico, e na Lei nº 10.520/02, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 028/2014**, em razão de ilegalidades constantes daquele instrumento convocatório, conforme exposto nas anexas razões de impugnação.

A Impugnante requer, em face da natureza das ilegalidades e vícios graves ora apontados, **seja a presente impugnação recebida no efeito suspensivo**, e que após regularmente processada seja-lhe dado provimento, para os fins de se anular o Edital impugnado, na forma do art. 49 da Lei n. 8.666/93.

São Paulo/SP, 15 de agosto de 2014.

CLARO S.A.

CI:

CPF:

CLARO S.A.

CI:

CPF:

EDITAL DO PREGÃO ELETRÔNICO Nº 028/2014
PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 107.808/2013

CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO

IMPUGNANTE: CLARO S.A.

I. DO PRAZO PARA IMPUGNAR

Nos termos do art. 41, § 2º, da Lei 8.666/93, até dois (2) dias antes da data fixada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório do Pregão.

Como a data marcada para recebimento das propostas é o dia **20 de agosto de 2014**, TEMPESTIVA a presente Impugnação protocolada nesta data.

II. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Por meio do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 028/2014**, o **CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO** divulgou o seu interesse na contratação de empresa especializada para prestação de Serviços de Telecomunicações conforme descrição do objeto da licitação:

“1.1. Contratação de empresa para prestação de serviços de Telefonia Móvel Pessoal – (SMP – Serviço Móvel Pessoal), na modalidade “Plano Corporativo”, habilitados no plano pós-pago, com tarifas intragrupo zero local (dentro da área de registro dos aparelhos) ou estadual, portabilidade numérica e fornecimento de 99 estações móveis (aparelhos) e adicional de pelo menos 5 (cinco) estações móveis para reposição emergencial, todas em regime de comodato, conforme descrições contidas no Termo de Referência e nas Especificações Técnicas, anexos a este

Edital.”

Previu-se, neste Edital, que a entrega dos Envelopes contendo proposta comercial e documentação de habilitação será feita no dia **20 de agosto de 2014**, quando se dará início ao processamento do presente certame.

Todavia, uma vez conhecido dito Edital, nele foram verificadas ilegalidades insanáveis, violadoras do disposto nos artigos 3º., 4º., 6º., 7º., 29 e 40 da Lei de Licitações, que asseguram a todos os interessados em participar de certames públicos “o direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei (...)”.

Assim, e considerando a natureza das ilegalidades a seguir descritas, é certo que a **CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO**, por meio do seu Pregoeiro, tem o incontestável poder-dever de suspender o procedimento licitatório em questão, em razão das ilegalidades neste constatadas, e, por via de consequência, determinar sua correção, sob pena de sua ulterior anulação, nos termos do artigo 49 da Lei de Licitação.

A ilegalidade e irregularidade ora verificada serão, pontualmente, examinadas a seguir, sendo certo que sua natureza insanável impõe a suspensão imediata do presente certame, para sua adequação às diretrizes legais, já que todo licitante tem direito de participar de licitação elaborada em conformidade com as diretrizes legais, que pugne pela observância dos princípios consignados no artigo 3º da Lei n. 8.666/93, princípios estes que lhe serve de sustentáculo, além de representar seu fundamento jurídico.

1 – DO PRAZO PARA ASSINATURA DO CONTRATO

“20.3. O prazo para assinatura do Contrato é de 5 (cinco) dias úteis, sob pena de decair o direito ao fornecimento, sem prejuízo das sanções previstas neste Edital.”

Observe que o prazo para a assinatura do contrato é bastante diminuto. Assim, sugerimos um prazo mais dilatado.

Compete esclarecermos que o presente item foge da normalidade e do usual no mercado de telecomunicação, pois o mais comum e razoável é um prazo de pelo menos 10 (dez) dias úteis.

Sendo assim, prazo tão desproporcional e incomum causa transtorno às operadoras, pois logisticamente e administrativamente nem sempre será possível colher a assinatura dos signatários das empresas, haja vista, que estes muitas vezes encontram-se em Estados diferentes.

Dessa forma, exigências tão desproporcionais e incomuns causam enorme transtorno às operadoras violando, por conseguinte, o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, senão vejamos:

Segundo a primeira diretriz “a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”¹.

Já no que tange ao princípio da proporcionalidade, tem-se a premissa de que é necessário “coibir excessos desarrazoados, por meio da aferição da compatibilidade entre os meios e os fins da atuação administrativa, para evitar restrições desnecessárias ou abusivas. (...) **Visa-se, com isso, a adequação entre os meios e os fins, vedando-se a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.** (grifos nossos)

Pelo exposto, é medida de razoabilidade e legitimidade que se retifique o presente item de forma que atenda aos parâmetros do mercado nacional e o bom senso.

¹ Giovana Harue Jojima Tavarnaro, in “Princípios do Processo Administrativo”, retirado do site <http://kplus.cosmo.com.br/materia.asp?co=104&rv=Direito>, acessado em 21.09.07.

2 – DO ENVIO DE DOCUMENTOS EM CONJUNTO COM AS FATURAS

“23.3. Ao encaminhar a nota fiscal, será exclusiva obrigação do Contratado juntar os documentos relativos às regularidades fiscal e trabalhista, entre outros porventura necessários. O não cumprimento desta condição poderá implicar no decaimento do direito dos prazos de pagamento, conforme disposto no Edital de Licitação”

“10.1.8. Apresentar, junto à nota fiscal, os seguintes documentos:

10.1.8.1. Comprovação de regularidade fiscal através de certidões negativas ou certidões positivas com efeito de negativas válidas relativas:

- a) às Contribuições Previdenciárias e às de Terceiros;***
- b) ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço;***
- c) aos Tributos Federais e à Dívida Ativa da União;***
- d) às Fazendas Estadual e Municipal;***
- e) a processos de execução trabalhista”***

Faz jus a presente impugnação tendo em vista que a exigência de envio das faturas conjuntamente com a documentação torna a logística da operadora bastante equívoca, sendo necessário um grande aparato humano e administrativo para o atendimento deste item.

Desta forma, a logística desse processo de anexar à fatura documentação diversa é bastante dispendiosa para as operadoras. Assim, esta documentação pode ser emitida pela *internet* apenas com o CNPJ da operadora, o que oferta celeridade ao processo, evitando, por conseguinte, tanto desperdício de tempo.

Pelo exposto, é medida de razoabilidade e legitimidade que se retifique o presente item de forma que se atenda aos parâmetros do Mercado Nacional e do bom senso, com a permissão do envio das faturas sem documentação diversa, que pode ser facilmente retirada pela *internet*.

3 – DA COTAÇÃO CONJUNTA DE VC1, VC2 E VC3 E DA VEDAÇÃO DA SUBCONTRATAÇÃO

“23.4. São expressamente vedadas ao Contratado:

(...)

23.4.3. A subcontratação de outra empresa para a execução do objeto deste Pregão.”

Veja que o instrumento licitatório cota conjuntamente VC1, VC2 e VC3 e veda a subcontratação dos serviços de longa distância.

Diante do exposto, faz jus a presente impugnação, pois da forma como se dispõe o edital, torna-se impossível a realização do certame, tendo em vista que viola as regras da Agência Nacional de Telecomunicação – ANATEL.

Em se tratando de serviço de telecomunicações, as exigências legais deverão ser compatibilizadas e adequadas às exigências específicas do serviço, constante da Lei Geral de Telecomunicações (Lei Federal n. 9.472/91), sob pena de restar comprometida sua regular execução.

Salientamos que a regulamentação de telecomunicações, em especial a Lei Geral de Telecomunicações, Lei Federal 9472/91, dividiu as outorgas para a prestação dos serviços bem como as áreas para a prestação das duas modalidades dos serviços ora demandadas pela Administração, repise-se: SERVIÇO TELEFONICO FIXO COMUTADO, nas modalidades Local e Longa Distância Nacional bem como de SERVIÇO MÓVEL PESSOAL.

Contudo, para os que acompanham o desenvolvimento das telecomunicações e a sua regulamentação ao longo dos anos, não resta dúvida que a regulamentação estipulada pela Resolução nº 477/2007 da Anatel e, igualmente, a que fazia a anterior Resolução 316/2002 da ANATEL, separa evidentemente o serviço local, restringindo-o às empresas autorizadas a prestar o Serviço Móvel Pessoal (SMP) e o serviço telefônico fixo comutado de longa distancia nacional (STFC LD), que compete às prestadoras do Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distancia (STFC LD).

Desta forma, deve ficar claro que a operadora do SMP apenas se encarrega de encaminhar as ligações telefônicas de seus clientes a outros telefones, móveis ou fixos, desde que locais. Sendo o DDD diverso, estamos diante de chamadas de longa distância (VC2 e VC3), as quais são prestadas pelas operadoras de Longa Distância, que fazem parte STFC.

A esse respeito, dispõe o Art.4º e seus parágrafos da Resolução nº 477/2007:

“Art. 4º Serviço Móvel Pessoal – SMP é o serviço de telecomunicações terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações Móveis para outras estações, observado o disposto neste Regulamento.

§1º O SMP é caracterizado por possibilitar a comunicação entre estações de uma mesma Área de Registro do SMP ou acesso a redes de telecomunicações de interesse coletivo.

§2º O encaminhamento de chamadas de Longa Distância observará o disposto no Capítulo II do Título V.”

Nesta esteira, a mesma Resolução antes declinada, no Capítulo II do Título V:

“Art. 85 – O Usuário de SMP, no exercício de seu direito de escolha deve selecionar a prestadora do STFC de sua preferência para encaminhamento de chamadas de Longa Distância a cada chamada por ele originada.

§1º Considera-se longa Distância, quando originada no SMP, a chamada destinada a Código de acesso associado à área geográfica externa à Área de Registro de origem da chamada.”

“Art. 86 – O valor devido pelo usuário nas chamadas em que houver seleção de prestador deve ser fixado pela prestadora de STFC de Longa Distância, cabendo a ela a receita correspondente. O disposto neste artigo não exclui o direito da Prestadora de SMP ao recebimento da remuneração devida pelo uso de sua rede, bem como do Adicional por Chamada AD, nas hipóteses e na forma previstas na regulamentação.”

Por conseguinte, é justo reconhecer que a concorrência pública não pode cotar ligações locais e de longa distância na mesma planilha, tendo que separá-las, considerando que são serviços distintos. Mas, caso, queira cotá-los em lote único,

deve permitir a subcontratação parcial para longa distância.

Observe que as prestadoras do SMP somente podem fazer constar dos seus Planos de Serviços às chamadas do tipo VC1, ao passo que as chamadas do tipo VC2 e VC3 constituirão as ofertas a serem praticadas pelas prestadoras de Serviço Telefônico Fixo Comutado de Longa Distância – STFC LDN e LDI, de sorte que, por se tratar de prestação de serviços diferentes (SMP e STFC LDN e LDI).

Nesta esteira, resta claro que o Edital deve se compatibilizar e adequar às exigências da Lei Geral de Telecomunicações, da Resolução ANATEL e da Lei 8.666/93, sob pena de ficar comprometida a satisfatória execução do serviço de telefonia móvel.

A própria Lei de Licitações permite a subcontratação por parte das empresas contratadas, na forma do artigo 72 e 78, inciso VI da Lei 8666/93:

Art. 72 "O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes de obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração."

Art. 78 "Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato."

À primeira vista, a lei somente permitiria a subcontratação de algumas partes do objeto do contrato (e não a totalidade), se interpretado isoladamente o artigo 72, friamente, sem o auxílio do inciso VI do citado artigo 78. Não obstante, ambos os preceitos entrelaçam-se, intimamente, e não podem ser analisados, isoladamente.

Se a contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, pode subcontratar partes, até o limite admitido em cada caso, pela Administração (artigo 72) e o inciso VI do citado artigo 78 cataloga como motivo para rescisão do contrato a subcontratação total ou parcial do seu objeto, não admitida no edital

e no contrato, é curial que a subcontratação total é consentida. Do contrário, este inciso não estaria fazendo referência à subcontratação total, visto que a lei não contém palavras inúteis, tendo estas sempre algum significado. Há que se descobrir, portanto, o porquê de sua permanência no texto.

A conclusão real é de que a lei não obsta a subcontratação total da execução do contrato, nem tampouco a cessão (transferência) total ou parcial, com o que está de acordo **DIÓGENES GASPARINI**, ao avisar que:

"O Estatuto Federal Licitatório vai mais além e admite a subcontratação total (toda a execução do contrato passa para um terceiro sem que o subcontratante se desvincule do contrato) do objeto e a cessão (transferência total ou parcial dos direitos decorrentes do contrato a terceiro, com o cedente desvinculando-se no todo ou em parte do contrato cujos direitos foram cedidos), se essas operações estiverem previstas e reguladas no edital. Observe-se que o Estatuto Federal Licitatório só considera motivo de rescisão contratual a subcontratação, total ou parcial, e a cessão e a transferência, total ou parcial, se não previstas no edital e no contrato. Consignadas no instrumento convocatório, essas operações são válidas, desvinculando-se ou não, em parte ou por completo, o contratado do contratante. Não cabe, assim, falar-se em fraude à licitação, ainda que alguém não selecionado por esse procedimento acabe por relacionar-se contratualmente com a Administração Pública."(cf. Direito Administrativo, Saraiva, 4ª edição, 1995, pp.396/7)

ADILSON ABREU DALLARI, ao tratar de contrato de obra pública, estuda, com profundidade, esta tormentosa questão, ainda que sob o regime jurídico do Decreto 73.140, de 9.11.73, que não difere basicamente do direito atual, e conclui: "**desde que haja prévia aquiescência da Administração, não há por que impedir-se a transferência de contrato realizado com esta, mesmo que com dispensa de licitação, pois, in casu, nem se propõe a questão da licitação**" (cf. Cadernos FUNDAP, publicação da Fundação do Desenvolvimento Administrativo, nº 11, de julho de 1985, pp. 27 a 38).

A doutrina, em uníssono, autoriza a subcontratação da execução do objeto do contrato, conquanto alguns autores o façam com restrição, não permitindo a subcontratação total, senão apenas parcial, desde que prevista, obrigatoriamente, no edital

e no contrato, com o apoio da mais Alta Corte de Contas da União e do Estado de São Paulo.

Sem dúvida, o contrato administrativo é pessoal, sem ser personalíssimo, e a lei permite que, excepcionalmente, a contratada transfira ou ceda a terceiros, a execução do objeto, dada a concentração, racionalização e especialização de atividades.

Por tudo exposto, a subcontratação ou o cometimento a terceiros de partes da execução do objeto e de suas obrigações contratuais é, pois, perfeitamente lícita, desde que haja previsão desta faculdade no edital e no contrato, até o quantitativo admitido pela contratante. Sendo assim, subcontratação é permitida, desde que esteja prevista expressamente no edital e no contrato, até o limite ali consignado e a responsabilidade originária da contratada permanece inalterada.

Nesta esteira, resta claro que o Edital deve se compatibilizar e adequar às exigências da Lei Geral de Telecomunicações, da Resolução ANATEL e da Lei 8.666/93, sob pena de ficar comprometida a satisfatória execução do serviço de telefonia móvel.

Por fim o edital está licitando as ligações de VC2 e VC3 que são as chamadas ligações do Serviço Telefônico Fixo Comutado - STFC na modalidade longa distância nacional, com o uso do Código de Seleção da Prestadora, o que é perfeitamente passível de ser feito através de subcontratação.

Desta forma, solicitamos a retificação do presente edital quanto à possibilidade expressa de subcontratação e de lote único para a prestação dos serviços ou a correta cotação de VC1, VC2, VC3, AD e DSL em planilhas diferentes e lotes distintos. Sendo assim, servimos do presente para questionar esse Ilmo. Órgão quanto às considerações acima aduzidas.

A Lei de Licitações, Lei Federal 8666/93 também já estabeleceu limites para a Administração prover o processo licitatório:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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; (...)”

Nesta égide, é medida de maior coerência e razoabilidade a retificação do presente edital, com o escopo de se enquadrar nas normas da ANATEL e as regras do mercado de telecomunicações. Para que não haja comprometimento da lisura do certame, pela violação do art. 40 da Lei 8.666/93 e conseqüentemente ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

4 – DOS PAGAMENTOS

“25.1. A nota fiscal e fatura deverão ser recebidas pelo Contratante, com antecedência mínima de 10 (dez) dias em relação à data de seu vencimento, para que o servidor designado possa realizar sua verificação e, não havendo problemas, o aceite no prazo de até 5 (cinco) dias úteis com a emissão do Termo de Recebimento Definitivo. “

25.2. e 12.3.2 “Independente da data de vencimento da fatura, o pagamento será efetuado mensalmente, no prazo de até 20 (vinte) dias corridos após a emissão de fatura relativa ao mês de prestação dos serviços, mediante depósito na conta bancária informada na nota fiscal ou boleto bancário, sendo que o Contratado receberá apenas pelos serviços efetivamente prestados e utilizados pelo Coren-SP.”

O item acima é equivocado quanto à forma de pagamento, assim faz jus esclarecer:

Note-se que mediante Acordo firmado entre algumas operadoras e órgãos integrantes do SIAF, os pagamentos feitos por tais órgãos serão através boleto e não depósito em conta corrente.

Aliás, o próprio Tesouro Nacional tem dado instruções nesse sentido, conforme transcrevemos abaixo:

DATA: 01/04/05

HORA: 12:47:38

USUARIO: GOMES
PAGINA: 1

MENSAGEM: 2005/0156369 DA EMISSORA 170500
COORDENACAO-GERAL DE PROGRAMACAO FINANCE
EM 03/02/05 AS 18:12: POR LOUISE CAROLINE DE S E SILVA

ASSUNTO: PREVISAO DE PAGAMENTO POR OB FATURA EM EDITAIS DE LICITACAO

ESTA SECRETARIA TOMOU CONHECIMENTO DE EDITAIS DE LICITACAO CONTENDO CLAUSULAS QUE DETERMINAM O PAGAMENTO AA CONTRATADA SOMENTE POR MEIO DE CREDITO EM CONTA-CORRENTE.

ALERTAMOS QUE ESSAS CLAUSULAS FEREM O DIREITO DE PARTICIPACAO DO CERTAME LICITATORIO DAQUELAS EMPRESAS QUE ATUALMENTE SOH RECEBEM PAGAMENTOS POR MEIO DE ORDEM BANCARIA DE FATURA-OB.

DESSA FORMA, CONTRIBUINDO PARA QUE OS EDITAIS DE LICITACAO CONTENHAM A PREVISAO DE PAGAMENTO POR MEIO DE OB FATURA, SUGERIMOS A SEGUINTE REDACAO PARA CONSTAR NOS REFERIDOS EDITAIS:

"OS PAGAMENTOS SERAO CREDITADOS EM NOME DA CONTRATADA, MEDIANTE ORDEM BANCARIA EM CONTA CORRENTE POR ELA INDICADA OU POR MEIO DE ORDEM BANCARIA PARA PAGAMENTO DE FATURAS COM CODIGO DE BARRAS, UMA VEZ SATISFEITAS AS CONDICÕES ESTABELECIDAS NESTE CONTRATO.

PARAGRAFO ÚNICO. OS PAGAMENTOS, MEDIANTE A EMISSAO DE QUALQUER MODALIDADE DE ORDEM BANCARIA, SERAO REALIZADOS DESDE QUE A CONTRATADA EFETUE A COBRANCA DE FORMA A PERMITIR O CUMPRIMENTO DAS EXIGENCIAS LEGAIS, PRINCIPALMENTE NO QUE SE REFERE AAS RETENCOES TRIBUTARIAS."

STN/COFIN

Isto porque o sistema de boleto permite a identificação mais ágil do pagamento e a retenção dos impostos diretamente. Assim, são menores os riscos de problemas relacionados às faturas.

Ademais, o item ora combatido está em desacordo com a legislação e o mercado de telefonia.

Cabe salientarmos que o art. 44 da Resolução nº 477 da Anatel determina os prazos e formas de entrega das faturas para a prestação de STM:

“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 indevassável 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.”

Nesta vertente, as operadoras possuem até 5 (cinco) dias úteis antes do prazo de pagamento para entregarem as faturas.

Sendo assim, se faz necessária a retificação do edital, para a adequação do prazo de apresentação das faturas e seu pagamento, conforme os ditames da Agência Reguladora, e para que seja prevista a possibilidade de pagamento via boleto com código de barra.

5 – DA AUSÊNCIA DE PLANILHA DE COMPOSIÇÃO DE PREÇOS

Outra ilegalidade vislumbrada *in casu*, consiste na inobservância do preceito consignado nos artigos 7º, §2º, II e 40, §2º, II da Lei n. 8.666/93, e do artigo 3º, III da Lei n. 10.520/02, que vedam a deflagração de licitação para a contratação de serviços, sem que dela conste o orçamento estimado em planilha aberta de composição de custos unitários.

De fato, tanto a Lei n. 8.666/93 quanto a Lei n. 10.520/02 vedam, expressamente, a abertura de licitação para a contratação de serviços se não houver orçamento estimado em planilha aberta de composição dos quantitativos e custos unitários. O documento é considerado pelos diplomas legais como condicionante inafastável da deflagração do certame, como se vê:

LEI N. 8.666/93:

“Art. 7º

(...)

§ 2º . As obras e serviços somente poderão ser licitados quando: (...)

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

LEI N. 10.520/02:

“Art. 3º. A fase preparatória do pregão observará o seguinte:

(...)

III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados;”

Reiterando esta norma, o art. 40, par. 2º, II da Lei de Licitações indica o orçamento detalhado em planilhas, taxativamente, como anexo obrigatório do Edital, e portanto como requisito limítrofe de sua legalidade, pois:

“Art. 40.

(...)

Par. 2º - Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

(...)

II – orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários.”

A despeito destes comandos legais inequívocos, o orçamento não consta entre os Anexos do presente Edital, já que basta ler seu índice e compulsar seus Anexos para constatar esta realidade.

Assim, o Edital em tela é rigorosamente omissivo quanto ao orçamento de composição dos custos unitários, já que se limita a informar o modelo de proposta de preço/planilha de formação de preços, sem contudo indicar os custos estimados de sua composição. A doutrina especializada, assim como a jurisprudência do Tribunal de Contas da União e de Tribunais Estaduais, têm tratado com o rigor cabível as licitações de serviços deflagradas com inobservância do art. 7º, parágrafo 2º, II da Lei nº 8.666/93, e regidas por Edital do qual não conste aquele anexo obrigatório, especificado no art. 40, par. 2º, II da mesma Lei.

Tais exigências e cautelas não são excessivas, pois se limitam a aplicar o comando imperativo da Lei, cuja finalidade é garantir o julgamento objetivo e isonômico da composição interna e consistência dos preços ofertados. Com isso, o legislador pretendeu que se estimem os custos que, em um primeiro momento, servirão de base para a análise dos preços das licitações. Neste diapasão, exigiu-se, dando efetividade a esta preocupação, o que se segue:

*“(…) já no art. 7º, § 2º, II, como condição para a licitação de obras e serviços, se exige um orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição dos custos unitários, que irá aparecer como anexo necessário do Edital (art. 40, § 2º, II).”
(BORGES, Alice Gonzalez. O critério de aceitabilidade dos preços nas licitações, BLC, agosto/94, p. 364, g.n.)*

Trata-se do meio imprescindível, de um lado, à identificação do que seja o limite superior fechado de cada licitação (que deve estar afinado com a realidade real e atual do mercado a cujo segmento pertencem os serviços licitados), e de outro lado, a definição do critério de aceitabilidade dos preços (art. 40, X da Lei n. 8.666/93, e do art. 3º, I, da Lei n. 10.520/02), ambos dados necessários ao julgamento objetivo e à identificação da melhor

proposta.

O Tribunal de Contas da União, examinando representação contra determinado edital da CEF, decidiu:

“... determinar à Caixa Econômica Federal – CEF – que faça constar nos anexos dos editais de licitações o ‘orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários’, em cumprimento ao disposto no inciso II do par. 2o. do art. 40 da Lei n. 8.666/93, com a redação dada pela Lei n. 8.883/94.” (Decisão 479/99, TC-625.191/1997-8, Min. Adylson Motta, DOU de 5/8/99, p. 55).

No corpo deste acórdão, foi citado comentário do Professor Carlos Pinto Coelho Motta sobre a aplicação dos arts. 7º, par. 2º, II e 40, par. 2º, II da Lei n. 8.666/96, com o seguinte teor:

“Ainda quanto à terceirização de serviços, presume-se a correta pesquisa (histórica e atual) de preço. Sendo esse o objeto, o edital deve estipular a abertura de planilha de preços, para se obter um julgamento objetivo (art. 3º e 44). Por exemplo, no caso de terceirização de serviços de limpeza, conservação e vigilância: a planilha deverá discriminar percentuais correspondentes ao valor dos encargos sociais, bem como o preço unitário mensal. O edital deverá também dimensionar as necessidades referentes a posto de vigilância e área física, e fixar produtividade mínima diária de cada profissional. Deve ainda fixar o limite superior fechado para contrato de serviço. (Vide: Instrução Normativa n. 18, de 22/12/97 do MARE, especificamente item 5.2.1; Decreto 2.271 de 7/7/97, art. 22; e Lei 9.601, de 21/1/98).

(...)

Devem constar dos autos os orçamentos detalhados, com seus custos e preços, conforme disposto nos arts. 7º, par. 2º, inciso II; 14; 40, par. 2º, inciso II; todos da Lei. Há também reiterada orientação do TCU nesse sentido.

(...)

Deve ainda o texto editalício estabelecer o preço-limite superior (que designo como limite superior fechado) a que se refere o art. 40, em seu inciso X e no par. 2º, inciso II”. (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. 8ª ed., Belo Horizonte, Del Rey, 1999, p. 208/209, g.n.)

A imperiosidade do orçamento como documento integrante dos Editais de Pregão

foi ressaltada por diversos doutrinadores, como, a seguir, se verifica:

“Outro componente essencial é o orçamento do serviço ou compra, elaborado pelo órgão promotor (art. 7º e 40 da Lei 8.666/93). O regulamento federal do pregão, no inciso II do art. 8º, menciona o documento denominado termo de referência.” (MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Pregão – nova e antiga idéia em licitação pública. NDJ, 2002)

“A Administração deve estimar os custos necessários à satisfação das suas necessidades. Mas essa estimativa não pode fazer-se em termos meramente aparentes, de modo inútil. A referência à adoção de um orçamento detalhado indica a necessidade de considerar concretamente todos os fatores de formação dos custos. O detalhamento poderá ser maior ou menor tendo em vista a natureza complexa do objeto a ser adquirido, mas deverá interpretar-se a exigência em função da sua natureza ‘comum’. Ou seja, a Administração adquire, por via de pregão, produtos padronizados segundo praxe do mercado. Logo, o orçamento detalhado deverá considerar os preços de mercado para o objeto.” (JUSTEN FILHO, Marçal. Pregão (comentários à legislação do pregão comum e eletrônico). São Paulo: Editora Dialética, 2001, p. 56)

Finalmente, vale registrar que este tema foi objeto de decisão unânime para a concessão da segurança na Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 5.914/94, julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, a propósito de licitação para a contratação de serviços, cuja ementa propõe:

“Administrativo. Licitação. Tomada de preços. Ausência de requisito legal. Segurança concedida.

I – A ausência dos preços unitários no demonstrativo do orçamento estimado na planilha de quantitativos e preços unitários no edital da tomada de preços caracteriza ilegalidade, a teor do art. 40, par. 2º, II, da Lei n. 8.666/93, reparável pela via do mandado de segurança.

II – Recurso conhecido e provido, para conceder a ordem, a fim de suspender o processo licitatório, enquanto não suprida tal irregularidade.” (BLC n. 2, 1997, p. 112)

Desta forma, a ilegalidade ora apontada não configura mera falha formal superável, mas grave afronta à Lei nº. 8.666/93, com inobservância do Princípio da Legalidade e consequente inviabilização do Princípio do Julgamento Objetivo. Assim sendo, este

Pregão, deflagrado sem que constasse dos Anexos do respectivo Edital o orçamento estimado e detalhado em planilhas de preços com composição de todos os custos unitários (arts. 7º, par. 2º, II e 40, par. 2º, II da Lei n. 8.666/93, e do artigo 3º, III da Lei n. 10.520/02), resta ilegal, e merece suspensão, com posterior anulação, caso não seja sanado o presente vício.

6 – DA RESPONSABILIDADE PELA MANUTENÇÃO DOS APARELHOS

“10.2.9. O Contratado deverá providenciar a substituição dos aparelhos que apresentarem defeitos ou que não atenderem às especificações no prazo de até 10 (dez) dias úteis após a notificação da ocorrência ou da emissão de laudo do fabricante ou da assistência técnica autorizada da rede credenciada. A correção dos problemas e substituição dos aparelhos correrão por conta do Contratado.”

Inicialmente, compete esclarecer que as operadoras são empresas de transmissão de serviço móvel celular e não fabricantes de aparelhos celulares. Assim, o objeto social das operadoras não é a fabricação e manutenção dos aparelhos e sim a transmissão dos serviços conforme a outorga da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Desta forma, as operadoras apenas fornecem os aparelhos em comodato, para melhor comodidade e praticidade da Administração. Porém, adquirir os mesmos dos fabricantes diretos e repassa ao órgão a garantia destes.

Nesta égide, os aparelhos possuem garantia de 12 (doze) meses de fábrica, sendo assim, todos os aparelhos que apresentarem defeito devem ser enviados pelo Contratante às assistências técnicas ligadas aos fabricantes dos equipamentos e seguirem os prazos determinados pelo Código de Defesa do Consumidor.

Assim, é obrigatória a troca dos aparelhos que apresentarem defeitos no decorrer de 07 (sete) dias úteis ou até uma hora de usos. Após este período os equipamentos com defeito deverão ser encaminhados diretamente pelo Contratante às assistências técnicas autorizadas dos fabricantes.

Diante do exposto, os aparelhos com defeito deverão ser encaminhados pelo Contratante à assistência técnica do fabricante e caso seja comprovado que os aparelhos celulares não têm mais conserto, os mesmos devem ser substituídos pelos fabricantes, através da assistência técnica, conforme determina o Código de Defesa do Consumidor.

Sendo certo, no entanto, que, caso o defeito seja decorrente do mau uso, a responsabilidade pela reposição é do Contratante.

Dessa forma, caso haja a necessidade de reparo ou substituição dos aparelhos, a responsabilidade para tanto não pode recair sobre a Contratada, pelos motivos acima explicitados, devendo o Edital, portanto, ser devidamente retificado, a fim de que a responsabilidade pela manutenção dos equipamentos não seja atribuída à Contratada, atendendo, assim, aos preceitos do mercado das telecomunicações e ao bom senso.

7 – DA OMISSÃO QUANTO AO RESSARCIMENTO EM CASO DE PERDA, ROUBO OU FURTO DE APARELHOS

“10.2.10. Na hipótese de roubo ou furto, devidamente comprovados através de boletim de ocorrência registrado junto à autoridade competente, o Contratado deverá enviar um novo aparelho com as mesmas características e condições estipuladas nas Especificações Técnicas do Edital, às suas expensas, no prazo de até 10 (dez) dias após a comunicação formal pelo Contratante.”

Cabe informarmos que o presente instrumento convocatório ficou-se equivocado quanto à forma como se procederá em caso de perda, roubo ou furto dos aparelhos.

Compete esclarecermos que o fornecimento de aparelhos a título de comodato, trata de uma seção de guarda e uso de um bem de propriedade da operadora, que neste caso é “emprestado” aos usuários designados pela Administração contratante. Assim, cabe a este usuário praticar da melhor forma possível, a utilização deste recurso tecnológico, zelando pela sua conservação e guarda durante a execução do contrato.

Nesta esteira, casos fortuitos que comprovem o mau uso dos aparelhos pelos

usuários, ou situações em que o bem de propriedade da operadora de telefonia móvel, venha a ser subtraído do usuário designado, na responsabilização do usuário ou da Administração quanto ao ressarcimento financeiro do valor atribuído a este ativo imobilizado, cedido em comodato para o cliente comodatário.

Sendo assim, a omissão do edital fere as normas do Código Civil Brasileiro, pois como já dito, os aparelhos são fornecidos em comodato. Assim, não pode a operadora ser responsabilizada por ato criminoso de terceiros (roubo, furto e perda), pois tal fato tem um ônus que deve ser levado em conta, devendo a Administração prever um custo a ser repassado às operadoras nestes casos. De outra forma, ficará a operadora duplamente prejudicada, já que os aparelhos serão fornecidos em comodato.

A relação de empréstimo por comodato já é prevista no Código Civil:

“Art.579 CC O comodato é empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição do objeto.”

“Art 582 CC O comodatário é obrigado a conservar, como se sua própria fora, a coisa emprestada, não podendo usá-la senão de acordo com o contrato ou a natureza dela, sob pena de responder por perdas e danos. O comodatário constituído em mora, além de por ela responder, pagará, até restituí-la, o aluguel da coisa que for arbitrado pelo comodante.”

Pelo exposto, é medida de extrema justiça e razoabilidade que a Administração estabeleça uma forma de recompensar as operadoras nos casos de roubo, furto ou perda dos aparelhos, sem que estas arquem com tamanho prejuízo. Desta forma, o instrumento convocatório deve ser retificado para atender aos ditames da legalidade.

8 – DA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTE EM PROCESSO DE FUSÃO, CISÃO OU INCORPORAÇÃO

“4.5. Será vedada a participação de:

(...)

4.5.6. Empresa que se encontre em processo de dissolução, recuperação judicial, recuperação extrajudicial, falência, concordata, fusão, cisão, ou incorporação;”

Importante esclarecer que a exigência acima é descabida e carece de motivação e razoabilidade.

Pois, é certo que o processo de fusão, cisão ou incorporação no mercado de telefonia tem, muitas das vezes, como objetivo ampliar a qualidade técnica dos serviços de telefonia e emana de determinação do órgão regulador dos serviços de telecomunicações – Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL.

Nesta esteira, é importante ressaltar que se as empresas em processo de cisão, fusão ou incorporação possuírem documentação habilitatória regular e plenas condições de atendimento as necessidades técnicas e documentações solicitadas em processos licitatórios, a reorganização societária em nada afetará uma futura relação comercial assumida com essa Administração, pois após o procedimento a(s) empresa(s) continuarão tanto em seus direitos quanto em suas obrigações.

Ademais, o prosseguimento da relação contratual em casos incorporação encontra diversos fundamentos já sacramentados em nosso ordenamento jurídico.

Neste ponto, entendemos que cumpridas todas as exigências editalícias, bem como a idoneidade da empresa incorporadora, presentes estariam fatores para que não houvesse a interrupção contratual.

Outrossim, insta salientar que todas as alterações societárias de empresas de telecomunicações, a exemplo da presente incorporação necessitam da prévia anuência da ANATEL.

Neste sentir, elucida-se que a anuência e determinação da ANATEL, no que tange aos processos de incorporação, visam ganhos de produtividade, incentivos para o aumento da rivalidade e a busca de melhores condições aos clientes públicos, alcançado, portanto, a supremacia do interesse público.

Nesta égide, verifica-se trecho do voto do Ilmo. Conselheiro Marcelo Bechara de Souza Hobaika na Reunião do Conselho Diretor nº 632, por meio da Análise 45/2011-GCMB:

“...a Anatel, quando da análise de pedidos de transferências de outorga ou de controle societário envolvendo prestadoras de serviços de telecomunicações, somente poderá anuir previamente com operações que não forem prejudiciais à competição, não colocar em risco a prestação do serviço, nem a execução de compromissos assumidos;” (ANATEL: Análise 45/2011-GCMB/ Voto de Conselheiro no 031/2011-GCRZ, de 19/12/2011)

Desta feita, a determinação da ANATEL para as alterações sociais das empresas é na verdade uma oportunidade para a ampliação da concorrência nos diferentes mercados relevantes do setor de telecomunicações.

Resta evidenciado que a incorporação de ações seguida de redução de capital, como o caso em consulta, não configura qualquer risco e/ou tentativa de burlar os princípios licitatórios, não havendo como inviabilizar uma futura Contratação economicamente favorável à Administração Pública.

Neste sentir no caso de incorporação empresarial em comento, estaremos diante de um processo sério, que observa inúmeros trâmites legais, inclusive, versando sobre a assunção de obrigações e direitos da empresa sucedida, bem como mediante expressa anuência da ANATEL.

Em face do exposto, apresentamos nosso entendimento, baseado no que determina a legislação, doutrina e jurisprudência sobre o assunto, bem decisão da ANATEL, no sentido de que o processo de reorganização societária, não pode ser impeditivo à participação da licitante no certame e nem necessita de prévia e expressa autorização, se obedecidas todas as condições legais.

9 – DOS ATRASOS NOS PAGAMENTOS

“25.7. Nos casos de eventuais atrasos de pagamento, desde que o Contratado não tenha concorrido de alguma forma para tanto, fica convencionado que os encargos moratórios devidos pelo Coren-SP serão calculados por meio da aplicação da seguinte fórmula: $EM = I \times N \times VP$, onde:

EM = Encargos moratórios;

N = Número de dias entre a data prevista para o pagamento e a do efetivo pagamento;

VP = Valor da parcela em atraso;

I = Índice de compensação financeira = 0,00016438, assim apurado:

$I = i/365$ $I = (6/100)/365$ $I = 0,00016438$

Onde i = taxa percentual anual no valor de 6%”

Observe que a aplicação da multa por falta de pagamento para o SMP, em que a contratada não tenha incorrido para tanto, não pode ser de outra forma que o determinado na Portaria nº. 1961/96, do Ministério das Comunicações e aplicada de forma isonômica por todas as operadoras, ou seja: Aplicação de multa moratória de 2% sobre o valor do débito e os juros moratórios determinados pela Lei Brasileira, assim como demonstrado:

“O não-pagamento da fatura na data de seu vencimento terá como consequência ao ASSINANTE o seguinte:

a) aplicação de multa moratória de 2% (dois por cento) sobre o valor total do débito, incidente a partir do dia seguinte ao do vencimento;

b) juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, calculados “pro rata tempore”, contados a partir da data de vencimento da fatura, bem como atualização do débito pelo IGP-M publicado pela Fundação Getúlio Vargas, ou por outro índice oficial que venha a substituí-lo.”

SEGUE A DESCRIÇÃO DA PORTARIA 1961/96 DO MINICOM – QUE DEFINE A MULTA – ADOTADA EM TODOS OS FATURAMENTOS DE EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES:

“Diário Oficial da União, 9 de dezembro de 1996, página 176.

República Federativa do Brasil

MINISTÉRIO DAS COMUNICAÇÕES

Portaria Número 1961, de 6 de dezembro de 1996.

O MINISTRO DE ESTADO DAS COMUNICAÇÕES, no uso das atribuições que lhe confere o art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição,

CONSIDERANDO a necessidade de uniformizar e disciplinar as obrigações recíprocas entre os usuários e as Concessionárias dos Serviços Públicos de Telecomunicações; e CONSIDERANDO as condições favoráveis que se consolidam com a estabilidade da economia do País, resolve:

Art. 1º. A multa por atraso de pagamento de conta ou fatura de prestação de Serviços Públicos de Telecomunicações a seguir relacionados estará limitada ao percentual máximo de 2% (dois por cento) do valor da conta ou fatura, devida, uma única vez, no dia seguinte do vencimento:

Serviço Público de Telex;

Serviço de Retransmissão Automática de Mensagens;

Serviço de Transmissão/Comunicação de Dados;

Serviço por Linha Dedicada;

Serviço de Repetição de Sinais de Televisão;

Serviço de Radiodifusão Sonora;

Serviço Móvel Celular;

Serviço Móvel Marítimo; e

Outros Serviços Abertos ao Público em Geral.

Art. 2º. A Concessionária de Serviços Públicos de Telecomunicações que optar pela aplicação de multa em percentual inferior ao máximo permitido deverá, obrigatoriamente, observar as mesmas condições em toda a área de atuação, vedada a fixação de percentuais diferenciados por região, tipo de serviço ou categoria de assinante.

Art. 3º. O disposto nesta Portaria aplica-se exclusivamente às Concessionárias de Serviços Públicos de Telecomunicações.

Art. 4º. Esta Portaria entra em vigor a partir de 1º de janeiro de 1997, revogando as disposições em contrário.

SÉRGIO MOTTA.”

Pelo exposto, faz jus que a Administração altere o referido item.

III. DOS PEDIDOS

Em face do exposto, vem a **CLARO solicitar a suspensão do presente Pregão**, para que sejam os itens ora impugnados adequados à normativa vigente acerca do serviço de telecomunicações (Resolução ANATEL n. 477/2007, Lei n. 9472/97, Portaria n. 1960/96) e à Lei n. 8.666/93, de forma a assegurar o direito público subjetivo desta Impugnante e demais operadoras de participar de certame elaborado em conformidade com as diretrizes dos diplomas legais acima indicados.

Caso contrário requer à impugnante que seja acolhida as razões da presente impugnação, para que esta douta autoridade proceda à anulação do certame em referência, nos termos do artigo 49 da Lei n. 8.666/93.

São Paulo/SP, 15 de agosto de 2014.

CLARO S.A.

CI:
CPF:

CLARO S.A.

CI:
CPF: