

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico n.º 0002.2015 – Conselho Regional de Enfermagem de Mato Grosso do Sul – COREN/MS.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do(a) Conselho Regional de Enfermagem de Mato Grosso do Sul – COREN/MS,

TELEFÔNICA BRASIL S/A., Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, respeitosamente, perante V. Sa, apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** do PREGÃO em epígrafe, com sustentação no §2.º do artigo 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública está prevista para 07/01/2016, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da Lei Federal n.º 8.666/1993, bem como no subitem 1 do item da Seção XVIII do Pregão em comento.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão em referência tem por objeto “a contratação em presa especializada na prestação de serviço de telefonia móvel pessoal pelo menor preço global: Lote 1 - Contratação de empresa especializada em prestação de serviços de telefonia móvel, com fornecimento de aparelho em regime de comodato, por demanda, conforme condições discriminadas no Anexo I - Termo de Referência. Item 1 - Habilitação de linhas móveis por meio de aparelhos celulares fornecidos em comodato que permitam acesso á internet, transmissão e recepção de voz e dados, **por preço global**, conforme especificações constantes do Anexo I - Termo de Referência”.

A presente impugnação apresenta questões pontuais que viciam o ato convocatório, quer por discreparem do rito estabelecido na Lei Federal n.º 8.666/1993 (com alterações posteriores) e na Lei Federal n.º 10.520/2002, quer por restringirem a competitividade, condição esta essencial para a validade de qualquer procedimento licitatório.

Pretende também apontar situações que devem ser esclarecidas, facilitando-se a compreensão de determinadas cláusulas e evitando-se interpretações equivocadas.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

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

O objeto do ato convocatório em apreço envolve a contratação de empresa especializada na prestação de serviço de telefonia móvel pessoal no Estado do Mato Grosso do Sul.

Quanto aos documentos de habilitação, o edital estabelece no item 5.5 d Seção XIII que:

“Em se tratando de filial, os documentos de habilitação jurídica e regularidade fiscal deverão estar em nome da filial, exceto aqueles que, pela própria natureza, são emitidos somente em nome da matriz”.

Inicialmente, insta esclarecer que alguns documentos expedidos para a empresa Telefônica, ainda que utilizados para as filiais, são realizados em nome da Matriz Telefônica Brasil S.A.

Desta maneira, facilitando a agilidade e compreensão da análise dos documentos no certame, a empresa apresentará na fase de habilitação e proposta de preços os documentos em nome exclusivamente de sua matriz.

Entretanto, em função das legislações tributárias que são específicas para cada Estado e, por conseguinte, repercutem nos tributos e alíquotas incidentes, os faturamentos somente podem ser efetivados pela filial de cada Estado onde os serviços serão efetivamente prestados.

De fato, o pretenso problema de faturamento envolve uma questão preliminar relativa aos próprios critérios de incidência tributária.

Ressalta-se que não há qualquer problema neste procedimento, dado que, ainda que haja um problema de incidência tributária no que se refere à autorização para as filiais, a pessoa jurídica da contratação é a mesma daquela que efetivou a habilitação no certame.

Vale ressaltar que tal alteração não significa mudança da pessoa jurídica prestadora do serviço, dado que **se trata de apenas uma única pessoa jurídica e, portanto, de um único sujeito de direitos e obrigações**, sendo que a diferenciação do CNPJ ocorre apenas para efeito de Administração Tributária, com o foco na diferenciação entre a matriz e as filiais.

Desta feita, diante dos esclarecimentos, requer que seja aditado o instrumento convocatório de modo a admitir que o CNPJ das notas fiscais seja com a filial da licitante do Estado (Unidade Federativa) onde os serviços serão efetivamente prestados, mas, que na fase de habilitação e oferecimento de propostas sejam exigidos tão somente os documentos da matriz, suficientes para comprovar quaisquer situações da empresa, como grupo societário, e resguardar direitos e deveres do contratante, assim

como o contrato seja firmado com a matriz da empresa. Destarte, cumpre esclarecer que para melhor conferência do contratante, na nota fiscal será inserido além do CNPJ da filial que prestará o serviço também o CNPJ da matriz da empresa.

02. TARIFA ZERO. COGENTE APONTAMENTO QUANTO AO LIMITE MENSAL DE MINUTAGEM POR TIPO DE LIGAÇÃO (VC1, VC2 E VC3). DUPLICIDADE DE COTAÇÃO EM PLANILHA DE FORMAÇÃO DE PREÇOS. IMPOSSIBILIDADE.

As planilhas transcritas no item 7.1 do Anexo I – Termo de Referência e Anexo II – Modelo de Proposta indicam a cotação de Tarifa Zero para serviços de ligações VC1, VC2 e VC3 móvel-móvel dentro do grupo contratado e VC1, VC2 e VC3 móvel-móvel mesma operadora fora do grupo contratado. Ademais, há a cotação de Tarifa Zero Nacional.

Primeiramente cumpre destacar que apesar de denominação distinta, as ligações “Móvel-móvel – Intra-Grupo (VC2 e VC3)” e os serviços “Intra-grupo Zero Regional e Nacional” indicam o mesmo tipo de serviço – ligações gratuitas entre terminais do mesmo plano corporativo em outra área de registro (dentro e fora do Estado).

Todavia, atualmente o serviço *intragrupo zero* é calculado, por qualquer operadora, ilimitadamente, dado que envolve uma demanda de ligações que não são tarifadas individualmente, de modo que é essencial que haja uma cotação mensal única (equânime) para remunerar tal serviço em atenção ao número de acessos demandados por “modalidade/padrão” (área de circunscrição: local, regional ou nacional) suscitado.

Por conseguinte indispensável abordar que os serviços *intragrupo zero* (local, regional e nacional) complementam-se na medida de sua área de abrangência, ou seja, a apuração do serviço “*intragrupo nacional*”, abarca minutagem de ligações dos serviços “*intragrupo regional e local*”, por sua vez o serviço “*intragrupo regional*” contempla minutagem de ligações do serviço “*intragrupo zero local*”.

Nesta hipótese, o órgão licitante deve impreterivelmente subtrair do quantitativo total pertinente aos acessos contemplados com o serviço “intragrupo zero local”, os serviços “intragrupo zero nacional e regional” em consonância ao número de terminais que os abrangerá.

Por fim indispensável elucidar que a apuração mensal do serviço “*intragrupo zero (local, regional e nacional)*” nos moldes supratranscritos, não se perfaz suficientemente apta à correta mensuração e delimitação do serviço em tela, afinal faz-se também imprescindível o cômputo do limite de minutos (por tipo de ligação: VC1, VC2 e/ou VC3) para todos acessos contratados (“franquia” intragrupo local, regional e/ou nacional).

Neste contexto, se faz imperiosa a retificação das planilhas supracitadas para que a estimativa de serviço intragrupo zero (local, regional e nacional) seja adequada à realidade de tarifação ilimitada (conforme enquadramento de minutos por tipo de ligação (VC1, VC2 e VC3) pertinente). Admitindo-se para tanto a cotação única de valor mensal para a totalidade de acessos solicitados conforme distribuição apurada por “tipo/modalidade” de intragrupo (local, regional e nacional), evitando-se, portanto a duplicidade de apuração do serviço em tela e possíveis implicações quanto à formatação e validade das propostas apresentados por operadoras interessadas em concorrer ao certame.

03. SOLICITAÇÃO DE APARELHOS DO TIPO SMARTPHONE. COTAÇÃO INSUFICIENTE DE PACOTES DE DADOS NA PLANILHA. INCONGRUÊNCIA DO EDITAL.

O edital determina o fornecimento de aparelhos do tipo *smartphone*, conforme se depreende das especificações do item 6.1 do Anexo I – Termo de Referência.

Tal tipo de aparelho possui funcionalidade plena baseada na transmissão não apenas de sinal de voz, como também na transferência de dados e, portanto, somente a contratação de ambos os serviços justificaria o seu empréstimo sob o regime de comodato.

No entanto, apesar de a transmissão de dados ser uma funcionalidade importante em relação aos *smartphones* (e provável razão de ser da indicação de tais aparelhos), não houve a cotação integral desse serviço nas planilhas constantes do edital, que se limitam a prever 12 (doze) unidades de Internet móvel 50 MB.

Neste contexto, considerada a pretensão administrativa em relação a tais aparelhos, **deve ser incluída na planilha a cotação integral do serviço de dados**, adicionalmente aos demais itens lá indicados, **sob pena de se violar a vedação ao excesso expressa no art. 3º, inc. II da Lei 10520/2002.**

04. ESCLARECIMENTO QUANTO A INDICAÇÃO DE COTAÇÃO CONJUNTA DA ASSINATURA MENSAL DAS LINHAS SOLICITADAS E DIVERSOS SERVIÇOS. IMPOSSIBILIDADE.

O Anexo II – Modelo de Proposta indica a cotação de Tarifa Zero para serviços de ligações VC1, VC2 e VC3 móvel-móvel dentro do grupo contratado VC1, VC2 e VC3 móvel-móvel mesma operadora fora do grupo contratado, indicando a pretensão de isenção dos serviços. Ademais, o item 7.1.1 prevê que “O valor para o Item 01 - Assinaturas - Deverá contemplar todos os custos com os itens 03, 04, 11, 12, 15, 16 e 19. Descritos como tarifa zero”.

Importante sustentar que a assinatura constitui um valor que as operadoras não podem dispensar, especialmente considerando que os planos comercializados devem necessariamente ser homologados pela ANATEL, situação essa devidamente abarcada em edital.

Nesta toada não se pode admitir a apuração/cotação aglutinada em um único campo (“item”) da assinatura e outros serviços demandados pela administração.

Tal situação deve ser corrigida, para que a assinatura integre em campo próprio (e apartado dos demais serviços solicitados), a proposta de preços a ser oferecida na licitação.

Em face do regramento da agência reguladora, não há espaço para que possa ser admitida eventual apuração conjunta (preço único) para tais serviços.

Desta forma, requer-se o aditamento da tabela contida no Anexo II devendo contemplar valor próprio para a assinatura integrante da proposta de preços (valor esse que representará única e exclusivamente a tarifação quanto à cobrança de tal serviço) e para os demais serviços objetos de contratação.

05. PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO

Em relação ao contrato, verifica-se uma previsão de assinatura em apenas 05 (cinco) dias úteis, conforme o item 1 da Seção XVI do edital.

Todavia, **tal prazo é exageradamente exíguo para que o contrato possa ser assinado por qualquer operadora**. A exiguidade do prazo pode ser verificada pelo simples fato de que o trâmite interno de uma grande empresa – como é também em relação ao Coren/MS - depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos de assinatura dos responsáveis legais, até mesmo a presença física dos mesmos na empresa.

Assim, o prejuízo para a Administração na manutenção deste curto prazo de assinatura do contrato é imenso, dado que inviabilizaria a participação das concorrentes, em função de não ser possível cumprir o lapso de tempo indicado no edital.

Sob outro prisma, o aumento deste prazo de assinatura não acarretará qualquer ônus à Administração, **requerendo-se o prazo de 10 (dez) dias úteis**, suficiente para que a contratação possa ser efetivada em prazo adequado à necessidade administrativa e permitindo que haja um tempo razoável para a assinatura do termo de contrato respectivo.

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

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

O ato convocatório prevê nos itens 14.2.3 e 14.2.4 do Edital como Documentos para Habilitação de proponentes interessadas (regularidade fiscal), a exigência de apresentação separada de Prova de regularidade para com a Fazenda Federal e Prova de regularidade relativa à Seguridade Social.

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

Nos termos do artigo 1º da referida Portaria, a prova de regularidade fiscal perante a Fazenda Nacional será efetuada mediante a apresentação de certidão expedida conjuntamente pela Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), referente a todos os créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União por elas administrados, inclusive previdenciários. Com isso, **os dois órgãos passarão a emitir conjuntamente uma única certidão relativa a todos os créditos tributários federais.**

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

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

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

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

Verifica-se que o edital estabelece a responsabilidade da contratada pelo recolhimento e envio dos aparelhos à assistência técnica, em caso de defeito dentro do prazo de garantia bem como a substituição dos objetos em caso de defeito, fora do período de garantia, sem ônus ao contratante.

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 móvel pessoal, equipamento 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 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 aos serviços de telefonia propriamente dito.

De fato, o aparelho é apenas meio para o exercício do serviço móvel pessoal, 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, exclusivamente pelo contratante, para a assistência técnica do fabricante detectar eventual problema, bem como realizar um laudo técnico.

A partir desta informação, verificar-se-á qual a origem do problema, sendo, somente após tal análise prévia, determinado se a troca seria ou não responsabilidade da operadora.

O prazo de troca pela operadora é comumente realizado em até 7 (sete) dias do recebimento do equipamento. Após esse prazo a garantia será fornecida pelo fabricante, mediante laudo da assistência técnica.

Destarte, é fundamental mencionar que a garantia concedida pela Assistência Técnica do fabricante não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta, tampouco por quebras no equipamento.

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

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

O edital condiciona a realização dos pagamentos à apresentação mensal de documentos comprobatórios de regularidade fiscal e trabalhista. Nos termos do item 19.5 do Anexo I – Termo de Referência e item 7 da Cláusula Segunda do Anexo VIII – Minuta de Contrato.

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

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

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

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

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

IV - REQUERIMENTOS.

Em síntese, requer sejam analisados os pontos detalhados nesta impugnação, com a **correção necessária** do ato convocatório para que se afaste qualquer antijuridicidade que macule todo o procedimento que se iniciará.

Tendo em vista que a sessão pública está designada para 07/01/2016, requer, ainda, seja conferido **efeito suspensivo** a esta impugnação, adiando-se a referida sessão para data posterior à solução dos problemas ora apontados. Caso contrário, há o iminente risco de todo processo licitatório ser considerado inválido, sustentados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade ocorrida na sessão pública, incluindo avaliação das propostas e dos documentos de habilitação.

Requer, caso não corrigido o instrumento convocatório nos pontos ora invocados, seja mantida a irrisignação da ora impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

Campo Grande/MS, 21 de dezembro de 2015.



Heloisa Helena Pena

Gerente de Contas Governo MT | Diretoria Negócios Empresas CO | DNE

Av. Getúlio Vargas, 1300 – 2º andar – Cep 78045– Cuiabá - MT

TELEFONICA BRASIL S/A