

AO

ILMO. SR. PREGOEIRO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALFENAS - UNIFAL-MG

REF: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 36/2013

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, parágrafos 1º e 2º da Lei n. 8.666/93 e no art. 12 do Decreto 3.555/00, que regulamentou o Pregão conforme Lei Federal 10.520/02, apresentar, **IMPUGNAÇÃO** ao **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 36/2013**, 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.

Alfenas/MG, 16 de abril de 2013.

CLARO S.A.

CI:

CPF:

CLARO S.A.

CI:

CPF:

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 36/2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALFENAS - UNIFAL-MG

IMPUGNANTE: CLARO S.A.

I. DO PRAZO PARA IMPUGNAR

Nos termos do art. 41, §§ 1º e 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 **22 de abril de 2013**, TEMPESTIVA a presente Impugnação protocolada nesta data.

II. RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Por meio do **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 36/2013**, a **UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALFENAS - UNIFAL-MG** divulgou o seu interesse na contratação de empresa especializada para prestação de Serviços de Telecomunicações conforme descrição do objeto da licitação:

OBJETO

“2.1. Contratação de empresa especializada para prestação do Serviço Móvel Pessoal – SMP para ligações originadas das estações móveis da UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALFENAS – UNIFAL-MG e de empresa para prestação do serviço de acesso à Internet sem fio para computadores portáteis (notebooks), cujas especificações e quantidades se encontram indicadas no ANEXO I deste Edital.”

Previu-se, neste Edital, que a entrega dos Envelopes contendo proposta comercial e documentação de habilitação será feita no dia **22 de abril de 2013**, 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 **UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALFENAS - UNIFAL-MG**, 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 serve de sustentáculo, além de representar seu fundamento jurídico.

1 - PRAZO LEGAL PARA IMPUGNAÇÃO PELO LICITANTE

3.3.1.1. A data limite para impugnação deste edital é dia 17/04/2013, até as 17 horas.

O presente item fere os princípios licitatórios, em especial da legalidade, bem como da normativa vigente, uma vez que determina que as impugnações propostas deverão ser apresentadas até o dia 17/04/2013.

Neste sentir, cabe esclarecer que a Lei 8.666/93 faz expressa distinção entre “qualquer cidadão” e o licitante propriamente dito, razão pela qual o prazo para questionamentos não deverá ser o mesmo.

Tal entendimento está disciplinado no Artigo 41 da Lei 8.666/93:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

*§ 1º **Qualquer cidadão** é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido **até 5 (cinco) dias úteis** antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.*

*§ 2º **Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação** em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.*

§ 3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

§ 4º A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes.

Assim, de acordo com a Lei nº 8.666/93, para o licitante interessado, o prazo limite de apresentação está fixado em até dois dias úteis que antecedem à abertura do certame.

Pelo exposto, torna-se necessário que a Administração Pública esclareça o item em comento, para que passe a atender a exigência legal, possibilitando que os licitantes apresentem suas peças impugnatórias com pelo menos 2 (dois) dias úteis de antecedência da data de abertura dos envelopes de habilitação.

2 - DA COTAÇÃO CONJUNTA PARA VC1, VC2 E VC3 E OMISSÃO QUANTO A PERMISSÃO PARA SUBCONTRATAÇÃO

Veja que o instrumento licitatório informa que está dividido por grupo, mas cota conjuntamente VC1, VC2 e VC3 e é omissivo quanto à permissão para 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.

3 – PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO

16.1. A Universidade Federal de Alfenas – UNIFAL-MG convocará oficialmente a licitante vencedora, durante a validade de sua proposta, para assinatura do contrato, no prazo de 03(três) dias úteis, a contar da data da notificação, sob pena de decair do direito à contratação, sem prejuízo da aplicação das penas cabíveis;

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

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.

Observe que tão penosa exigência viola o princípio da razoabilidade e 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 respeitosas 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.

4 - SERVIÇOS DE TARIFA ZERO SEM ÔNUS

Observe que o Edital solicita os serviços de Tarifa Zero para ligações VC2 e VC3. No entanto, não apresenta a respectiva precificação na planilha formadora de preços.

Para tanto, cumpre esclarecer, que os serviços supracitados são tarifados, visto que a operadora possui um ônus para a implantação e disponibilização dos mesmos, devendo o instrumento convocatório cotá-los na planilha com seus valores.

Nesse sentido, dispõe a Lei nº 8.666/93:

Artigo 7º, § 2º: "*As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:*

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

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

Artigo 7º, § 4º: “É vedada, ainda, a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo.”

Vale lembrar que o serviço “Tarifa Zero”, que é o serviço pelo qual os usuários se comunicam entre si a custo zero através de ligações locais, também dispense custos à operadora, uma vez que a utilização da rede para efetuar o tráfego dessas ligações, gera a necessidade de manutenção e o consequente ônus à prestadora de serviços.

Assim, a solicitação dos serviços em questão sem custo, conflita-se com as disposições do Regulamento do Serviço Móvel Pessoal (SMP), conforme os ditames da Resolução nº 477/2007 da Anatel, senão vejamos:

Artigo 35, § 3º: “Os preços dos serviços são livres, devendo ser justos, equânimes e não discriminatórios, podendo variar em função de características técnicas, de custos específicos e de comodidades e facilidades ofertadas aos Usuários, observado o disposto no art. 57 do Regulamento dos Serviços de Telecomunicações”.

Dessa forma, conclui-se que não há como a Administração utilizar os serviços em referência sem custo, uma vez que os mesmos demandam ônus para a operadora.

Pelo exposto, é medida de maior coerência e limpidez a retificação do Edital, a fim de que os serviços de Tarifa Zero sejam devidamente precificados na planilha formadora de preços, com o escopo de se enquadrar nas normas da Anatel, evitando, assim, o comprometimento da lisura do certame por meio da violação ao Princípio da Vinculação do Instrumento Licitatório.

5 - REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE APARELHOS PARA BACK UP

18.15.3. Encaminhar um percentual de 20% de aparelhos avulsos (aparelhos de backup – sem chip). Este percentual corresponde ao total de aparelhos em comodato, ou seja, serão nove aparelhos avulsos enviados juntamente aos quarenta e cinco aparelhos para o início do contrato.

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

Com isto, é realizado o serviço de envio de aparelhos de Back-up, visando que o usuário não fique sem a prestação do serviço, pois o aparelho é imediatamente substituído, da forma que deseja a Administração.

Contudo, entendemos que o quantitativo solicitado para aparelhos de *Back-up* é excessivo, fugindo do usual no Mercado de Telecomunicação e da razoabilidade, pois tal quantitativo onerará a proposta de preços e conseqüentemente o erário público.

Veja que levando em conta o volume da Contratação esta alta quantidade de aparelhos para *Back-up's*, o que vai impactar na proposta de preços, já que as operadoras terão que repassar este ônus para as propostas, trazendo desvantagens ao erário público.

Entendemos que, o ideal seria um quantitativo de 5% (cinco por cento) de aparelhos para Backup, sendo esta a média usada pela maioria dos órgãos públicos do país.

Portanto, seria medida de maior razoabilidade e atendimento ao princípio da busca da melhor proposta a Administração a redução do quantitativo de aparelhos para Back Up para 5% (cinco por cento). Observando que a Administração não ficaria desguarnecida com a redução e sim, apenas teria um número menor de aparelhos, contudo esse número seguiria os padrões utilizados pelos órgãos Públicos Nacionais.

6 - FORNECIMENTO DE APARELHOS DUAL SIM

18.16.4. Os 45 (quarenta e cinco) aparelhos celulares deverão ser com dois chips (dual chip), desbloqueados e possuir tecnologia Quad_band;

Cabe ressaltarmos que o aparelho dual sim, conforme exigido no Edital limita a participação dos licitantes, devido à reduzida oferta do aparelho, conforme preconiza a Anatel, visto que resta disponível no mercado brasileiro somente 01 (um) modelo. Trata-se do Samsung D880, aparelho este não contemplado no portfólio de aparelhos ofertados a clientes corporativos.

O universo de aparelhos ofertados no mercado é de extrema grandeza, obrigando as operadoras a concentrarem seus estoques nos modelos que melhor reflitam o desejo de consumo dos usuários e tragam uma relação custo x benefício compatível com os preços ofertados ao mercado. Assim, a exigência editalícia prejudica a competição no certame e cerceia as operadoras quanto à possibilidade de ofertarem modelos que melhor se adequem ao uso corporativo, objeto este da licitação supracitada.

Nesta esteira, solicitamos a desobrigação da apresentação do modelo dual sim, permitindo o fornecimento de aparelhos que venham embarcados com somente 01 (um) sim card. O provimento das nossas alegações contribuirá para uma maior competitividade do certame, resultando em maior economia para o erário e excelência nos serviços prestados.

Todos os aparelhos fornecidos para prestação do SMP – Serviço Móvel Pessoal devem ser homologados na Anatel, para que tenhamos o fiel cumprimento das Resoluções 477/2007 – Regulamenta o SMP e 317/2007 – Estabelece o Plano Geral de Metas de Qualidade, que as Operadoras são obrigadas a cumprir.

Assim, esta exigência cerceia a participação das empresas de telecomunicação móvel no certame, direcionando e viciando o edital. Nesta vertente, o instrumento

convocatório compromete a competitividade do certame e viola o princípio da Igualdade, Impessoalidade e da busca da melhor proposta para a Administração.

A Lei de Licitações, Lei Federal 8666/93 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; (...)

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio da igualdade está intimamente ligado ao princípio da impessoalidade, pois oferece igual oportunidade a todos a Administração estará oferecendo também tratamento impessoal.

Tais princípios garantem ao administrador e aos administrados que as regras traçadas para o procedimento licitatório sejam fielmente seguidas por todos. Se a regra fixada não for respeitada ou caso encontre-se viciada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

Sobre o tema observe os comentários do Professor Marçal JUSTEN FILHO, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9ª edição, Ed. Dialética, onde destaca o princípio da competitividade ou oposição, indicando a necessidade de serem as cláusulas editalícias singelas e compatíveis com o objeto da licitação, com fincas a se proporcionar à disputa entre interessados, visando o atendimento da finalidade primordial de todo procedimento licitatório, que é a obtenção da proposta mais vantajosa.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de resto, consagrou seu entendimento no seguinte sentido: “*ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. 1. As regras do edital de licitação de devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrar entre as propostas a mais vantajosa (...). 4. Segurança concedida. (Mandado de Segurança n. 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/08/1998, g.n.)*.” “*A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houverem, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negações, para abater concorrentes.*” (STJ. Mandado de Segurança n. 5.623, DJ de 18/02/1998, p. 02, g.n.).

De fato, o certame destina-se a fazer com que o maior número de interessados se habilite, com o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de serviços, a preços mais convenientes ao seu interesse. Para que este princípio seja atendido, a Administração Pública deverá buscar um edital equânime e sem dirigismos.

Nesta égide, se faz necessário, para que não se afronte os princípios e normas atinentes à matéria, a correção dos equívocos descritos acima, para permitir a participação de todas as operadoras no certame, retirando a exigência supracitada e incluindo exigência de cobertura passível de ser atendida pelo mercado de telecomunicação móvel.

Pelo exposto, é medida de justiça e de atendimento aos preceitos legais a presente impugnação, buscando a clareza e objetividade do edital, permitindo a participação de todos com igualdade.

7 – APARELHOS CEDIDOS EM COMODATO

18.17.1. O acesso à Internet deverá acontecer através de dispositivos de comunicação, que serão acoplados aos notebooks e tablets que utilizarão o serviço;

18.17.2. Os dispositivos de comunicação deverão ser cedidos pela CONTRATADA, em caráter permanente:

Quanto à exigência apresentada, cumpre ressaltar que, para não onerar o contrato administrativo, as operadoras oferecem aparelhos em comodato, vislumbrando viabilizar a utilização dos serviços.

Neste, sentir, importante ressaltar que o comodato é o empréstimo gratuito de coisa móvel, que implica na obrigação de devedor de restituí-la. O comodatário é mero detentor da coisa e terá que restituí-la, tal como recebida em comodato. Ou seja, após o término do contrato, os aparelhos deverão ser devolvidos à Contratada, tendo como característica o empréstimo gratuito.

Caso essa Administração de fato tenha o desejo de adquirir os respectivos aparelhos, deverá constar a venda pelo preço de mercado do aparelho, em valor a ser apresentado no edital.

De fato, optando-se pela venda, deve-se ter a cotação de um valor para que o aparelho possa ser disponibilizado por qualquer operadora, sendo certo que os mesmos não podem ser cedidos gratuitamente, a não ser a título de empréstimo gratuito, onde pelo regime de comodato, deverão ser restituídos ao final.

Pelo exposto, em regra, a opção daqueles que pretendem contratar é a situação do comodato, em que a propriedade do aparelho não é transferida ao usuário.

Todavia, na hipótese de transferência da propriedade, tal venda não pode ser efetivada a título gratuito, dado que, à evidência, os aparelhos celulares possuem custos consideráveis, sob pena de inexecuibilidade da proposta a ser ofertada.

De toda maneira, o edital tem que previamente definir se os aparelhos serão cedidos em comodato ou compra e venda, sendo impossível a previsão conjunta uma vez que a cessão dos aparelhos influencia na cotação dos serviços, e, por conseguinte, o oferecimento da proposta pelas licitantes.

Em face do exposto, solicitamos a adequação do presente Edital, de forma que atenda aos parâmetros quanto ao que de fato deseja essa Administração, se a cessão dos respectivos aparelhos através do comodato, ou a compra dos mesmos, onde deverá constar em Edital a respectiva cotação para tanto.

8 - VELOCIDADE MÉDIA

18.17.4. Plano com velocidade de 1 Mbps ou superior e com pacote ILIMITADO de dados até o consumo de 3 Gbites, com redução posterior de velocidade;

O Objeto do Edital apresenta a expectativa de contratação de um circuito de internet banda larga – Móvel e Aéreo - com **velocidade de 1 Mbps ou superior**.

É certo, entretanto, que na forma que o Objeto desejado se apresenta, muito provavelmente, nenhuma operadora no mercado consiga atender a supracitada **velocidade de 1 Mbps ou superior**.

Ocorre que a taxa de transmissão neste nível de exigência – de velocidade de 1 Mbps ou superior – não espelha de forma alguma a realidade das ‘redes móveis’ instaladas por todas as Operadoras em atuação no mercado.

Todas essas empresas usam o denominado ‘espectro de radiofrequência’ licitado pela ANATEL, sendo certo que essas empresas possuem Outorgas de Serviço Móvel Pessoal para operar os serviços de telecomunicações – tanto o é que, por exemplo, a VIVO S.A., após vários anos optou por comprar Outorgas de SMP e de pedaços do espectro aéreo para que começasse a operar na região Nordeste, inclusive em cidades como Pernambuco e Recife.

Os espectros de radiofrequência – onde trafegam as ondas eletromagnéticas de radiodifusão do Serviço Móvel Pessoal – é um recurso escasso e que está vulnerável ao meio em que atua. Resta comprovada tal situação pela simples análise do tráfego das ondas de rádio em Meio Aéreo – o contrário da rede fixa – que são situações muito diferentes. O Meio Aéreo é suscetível a varias situações que muitas vezes – por mais esmero da Cia e Engenharia - fogem ao controle da Operadora, seja no Brasil ou em qualquer lugar do Mundo.

O Relevo, as situações Climáticas, presença de água, lagos, oceano, a densidade urbana, a densidade rural, a propagação das ondas durante o dia ou durante a noite, o numero de usuários *logados* a uma mesma Atena e o fluxo de uso da rede – mesmo em Redes de Ultima Geração, que operam em tecnologias de terceira geração – das quais todas as operadoras fazem uso, não garantem em tempo algum – mesmo porque essa é uma condição dos fabricantes dos elementos das redes – em se falando de 3G com **velocidade de 1 Mbps ou superior**. É temerário, inadequado e de má fé que qualquer operadora de SMP – atualmente no mercado – garanta tal condição à Administração.

Deve-se salientar que todos os usuários de uma rede SMP devem ter o mesmo tratamento quanto a usufruir das condições de tráfego dessa rede – isso por ser essa uma condição estabelecida REGULAMENTARMENTE pela ANATEL, pela OUTORGAS concedidas às OPERADORAS, e pela LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES. Não há que se falar em beneficiar determinados usuários em detrimento de outros.

A Administração – na elaboração de seu projeto básico deve levar em consideração todas as condições para a prestação de um Serviço por medida de bom senso e observação às regras do mercado – em especial na prestação de Serviços de Telecomunicações – que é prestado sob Outorga Federal. Determinar **velocidade de 1 Mbps ou superior** – de forma retilínea e uniforme – é no mínimo muito estranho, mesmo porque essa condição não é garantida por nenhum fabricante Mundial de elementos de Rede (que fornecem para todas as operadoras). Inclusive, temos a transmissão e exploração do espectro em MEIO AÉREO e não por fibra, razão pela qual a Administração

Pública deve se lembrar que SMP ainda não chegou às condições para a evolução e distribuição comercial da quarta geração.

É **público e notório** que nenhuma operadora no mercado consegue garantir a **velocidade de 1 Mbps ou superior**, seja para qualquer consumo. Assim, a referida exigência viola o princípio da competitividade e isonomia não somente no certame, mas nas condições estabelecidas sob a ótica técnica e regulamentar do mercado de telecomunicações, devendo ser revista – usando-se para isso o bom senso, senão vejamos:

*Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:
(Regulamento)*

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

....

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

Assim, para que se atenda aos princípios da impessoalidade, igualdade e competitividade, permeando a realização da melhor oferta para a Administração, faz-se necessário que se ratifique o presente instrumento convocatório, a fim de que seja permitida a participação no certame de todas as operadoras com tecnologia para o fornecimento do serviço de internet banda larga – dentro das premissas técnicas possíveis e factíveis – não comprometendo a execução contratual.

A Lei de Licitações, Lei Federal 8666/93 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;(…)

O princípio constitucional da isonomia ou igualdade, inserto no artigo 5º da CF como direito fundamental, é de suma importância e deve ser observado, de modo a garantir que a Administração dispense idêntico tratamento a todos os administrados que se encontre na mesma situação jurídica.

Nesse mesmo sentido, a Constituição Federal, de forma expressa, assegura no artigo 37, XXI, que o procedimento deve assegurar “igualdade de condições a todos os concorrentes”.

A igualdade na licitação significa que todos os interessados em contratar com a Administração devem competir em igualdade de condições, sem que a nenhum se ofereça vantagem não extensiva a outro. O princípio da igualdade está intimamente ligado ao princípio da impessoalidade, pois ao oferecer igual oportunidade a todos, a Administração estará oferecendo também tratamento impessoal.

Tais princípios garantem ao Administrador e aos administrados que as regras traçadas para o procedimento licitatório sejam fielmente seguidas. Se a regra fixada não é respeitada ou encontra-se viciada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

Sobre o tema, os comentários do Professor Marçal JUSTEN FILHO, em sua obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9ª edição, Ed. Dialética, onde destaca o princípio da competitividade ou oposição, indicando a necessidade de serem as cláusulas editalícias singelas e compatíveis com o objeto da licitação, com fins a se proporcionar a disputa entre interessados, visando o atendimento da finalidade primordial de todo procedimento licitatório, que é a obtenção da proposta mais vantajosa.

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA consagrou seu entendimento no seguinte sentido: “ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. EDITAL. 1. As regras do edital de licitação de devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, **possibilitem a participação do maior número possível de concorrentes a fim de que seja possibilitado se encontrar entre as propostas a mais vantajosa** (...). 4. *Segurança concedida*. (Mandado de Segurança n. 5.606/DF, STJ, Rel. Min. José Delgado, DJ de 10/08/1998, g.n.). *A busca da melhor proposta recomenda a admissão do maior número de licitantes. Quanto mais propostas houverem, maior será a chance de um bom negócio. Por isto, os preceitos do edital não devem funcionar como negações, para abater concorrentes.*” (STJ. Mandado de Segurança n. 5.623, DJ de 18/02/1998, p. 02, g.n.).

De fato, o procedimento licitatório destina-se a fazer com que o maior número de interessados se habilite, com o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de serviços, a preços mais convenientes ao seu interesse. Para que este princípio seja atendido, a Administração Pública deverá buscar um edital equânime e POSSÍVEL TECNICAMENTE.

Nesta égide, faz-se necessária, de modo a não afrontar os princípios e normas atinentes à matéria, a correção da questão acima levantada, corrigindo-se a exigência

supracitada de **velocidade de 1 Mbps ou superior para que conste velocidade nominal de 01 MBPS.**

Diante do exposto, é medida de maior clareza e limpidez a presente impugnação, para que se retifique o presente edital, se ajustando ao Mercado de Telecomunicações, pois do contrário estará cerceando a participação de licitantes idôneas. Assim, é medida de justiça e de atendimento aos preceitos legais a reforma do edital, que deve buscar clareza e objetividade, permitindo a participação de todos com igualdade.

9 – REPASSE DE DESCONTOS DO MERCADO

18.4. Repassar à CONTRATANTE, durante a vigência deste Contrato, todos os preços promocionais e descontos oferecidos aos assinantes em geral, inclusive os de horário reduzido, sempre que esses forem mais vantajosos do que os ofertados no Contrato;

No que se refere à obrigatoriedade de conceder à Administração todos os descontos oferecidos aos outros usuários, insta esclarecer que afeta diretamente o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes.

As negociações de preço realizadas são específicas para cada licitação, que já possuem tarifa diferenciada em virtude da sua natureza pública.

A esse propósito, preceitua o § 1º, do art. 65 da Lei 8.666/93, que caso sobrevenham fatos modificativos no decorrer da contratação, as partes podem pactuar novas condições contratuais, vejamos:

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de

*50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.
(grifos nossos)*

Portanto, requer seja excluído o item supracitado do instrumento convocatório, em alusão aos princípios da Legalidade e visando o equilíbrio econômico-financeiro entre as partes.

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.

Alfenas/MG, 16 de abril de 2013.

CLARO S.A.

CI:

CPF:

CLARO S.A.

CI:

CPF: