

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Presencial nº 09/2014 – Serviço Autônomo de Água e Esgoto SAAE – Município de Sorocaba/SP.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) do Serviço Autônomo de Água e Esgoto SAAE – Município de Sorocaba/SP,

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 PRESENCIAL em epígrafe, com sustentação no §2.º do artigo 41 da Lei Federal nº 8.666/1993 - aplicável por força do artigo 9.º da Lei Federal nº 10.520/2002 - e artigo 12 do Decreto Federal nº 3.555/2000, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a data da sessão pública está prevista para 07/07/2014, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da Lei Federal nº 8.666/1993 e artigo 12 do Decreto Federal nº 3.555/2000, bem como no item 18, subitem 18.1 do Edital do Pregão em comento.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Presencial em referência tem por objeto a “a contratação de empresa para fornecimento de conectividade IP para acesso à rede mundial de computadores (Internet), por meio de fibra óptica, suportando aplicações TCP/IP com a velocidade de 25 Mbps (vinte e cinco megabits por segundo) do tipo full band (mesma velocidade de recepção e transmissão - download e upload). A solução deverá incluir toda a infraestrutura e os equipamentos necessários, compreendendo instalação, ativação, locação de equipamentos, suporte e manutenção corretiva, para atender o SAAE do município de Sorocaba, por solicitação da Coordenadoria Especial - Setor de Tecnologia da Informação do SAAE”.

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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01) PRAZO EXÍGUO PARA INSTALAÇÃO E ATIVAÇÃO DOS SERVIÇOS.

O item 05, subitem 5.1.2 do Edital, item 4 do Anexo I – Termo de Referência e cláusula terceira, subitem 3.1.2 do Anexo IV – Minuta do Contrato determinam que o prazo de instalação e ativação do link será de 60 (sessenta) dias corridos, contados a partir da data de início dos serviços. Entretanto tal prazo é demasiadamente exíguo para a instalação e ativação dos serviços.

Quanto ao marco de contagem do aludido prazo, carecem apontamentos para maior elucidação dos referidos dispositivos, afinal a interpretação do texto denota que o prazo para instalação dos serviços começará a fluir do início dos serviços, o que evidentemente não coaduna com a realidade de implementação e prestação do serviço contratado.

Importante destacar que o prazo para instalação do serviço está compreendido no período de vigência contratual, contudo o exercício efetivo/execução do serviço dar-se-á somente após a instalação completa de todo aparato. Por essa razão necessária a determinação do prazo de instalação dos equipamentos e início da prestação dos serviços contados a partir da data de assinatura do instrumento contratual ou mesmo da data determinada na Ordem de Serviço emitida pelo Órgão Licitante.

Ao que toca a exiguidade do prazo, deve-se levar em consideração que a infraestrutura de fibra-óptica (em atendimento ao *objeto*: fornecimento de link internet banda larga por meio de fibra-óptica) precisa ser construída, o que, necessariamente, será feito utilizando-se recursos de posteamento da concessionária de energia elétrica ou dutos subterrâneos, ou ainda de ambos os meios.

Seja utilizada a tubulação subterrânea, seja o posteamento, é certo que as obras precisam de **autorizações** dos órgãos competentes, cuja expedição consome, em média, **30 (trinta) dias** do prazo. Além disso, o trabalho pode sofrer eventuais restrições em horários predeterminados, o que reduz a produtividade.

Desta forma, tais obras demandariam um tempo maior de execução, incompatibilizando-se com o prazo de instalação consignado no instrumento convocatório.

Para tais hipóteses, o prazo máximo ideal seria de **90 (noventa) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, mediante justificativa**, a fim de garantir a possibilidade de atendimento e evitar que a futura contratada incorra desnecessariamente em penalidades pelo atraso na entrega, o que poderia determinar a opção das licitantes por não participar do certame, e assim, causar prejuízos à administração e, inclusive, a economicidade e competitividade do certame.

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

O item 21, subitem 21.1.1 do Edital e cláusula décima segunda, subitem 12.1.1 do Anexo IV – Minuta do Contrato preveem a aplicação de multa no montante de 20% (vinte por cento) do valor total da proposta na hipótese de recusa injustificada da licitante vencedora em assinar o contrato.

O item 21, subitem 21.1.9 do Edital e cláusula décima segunda, subitem 12.1.9 do Anexo IV – Minuta do Contrato determinam a aplicação de multa no montante de 20% (vinte por cento) do valor total do contrato, em caso de rescisão contratual por inadimplência da licitante vencedora.

Em quaisquer dos casos, o percentual da multa é desproporcional ao dano eventualmente causado, dado que o limite razoável para penalidades desta natureza é até 10% (dez por cento) do valor da proposta vencedora ou do contrato.

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

As penalidades, em qualquer situação, não devem significar um ônus exagerado à parte infratora, sob pena de descaracterizar a própria proporção que deve existir entre a infração cometida e a multa aplicada.

E, no caso concreto, a aplicação de multa acima de 10% (dez por cento) sobre o valor total do contrato da proposta, a depender da hipótese que enseja a aplicação da cláusula penal, não contém a proporção juridicamente aceita, dado que a penalidade não pode significar excesso de ônus para o infrator, nem enriquecimento do beneficiário da cláusula penal.

A lei de licitações indica a possibilidade de a multa ser fixada no ato convocatório ou no contrato (artigo 86 da lei 8666/1993); tal constatação, contudo, não significa que a Administração tenha oportunidade de fixar a penalidade sem um limite balizado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que

constituem princípios implícitos aplicáveis à atividade administrativa e extraídos da própria Constituição da República.

A liberdade da Administração existe na determinação da penalidade desejável para caso concreto, conforme o objeto da licitação e o tipo de violação eventualmente definido, como forma de inibir determinada conduta violadora do certame ou de cláusula contratual.

Entretanto, esta "liberdade" está limitada pelos critérios acima indicados, intuitivos de que o percentual das multas previstas no edital em referência está bastante superior àqueles admitidos pelo ordenamento jurídico.

Desta forma, deve ser reduzido substancialmente o percentual das multas indicadas acima, limitando-o até no máximo 10% (dez por cento) do valor da proposta vencedora ou do contrato, conforme o caso.

03) EQUÍVOCO NA REFERÊNCIA DA CLÁUSULA DE REAJUSTE. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO COMO REFERÊNCIA DOS ÍNDICES DIVULGADOS PELA ANATEL.

O item 08, subitem 8.1 do Edital e cláusula sexta, subitem 6.1 do Anexo IV – Minuta do Contrato determinam os preços avençados no contrato de prestação de serviço de link internet banda larga serão mantidos fixos e ir reajustáveis, na forma da Lei Federal nº 8.666/1993, durante o período de 12 (doze) meses; após esse período, os preços poderão ser reajustados de acordo com a variação do Índice de Preço ao Consumidor -Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (IPC/FIPE).

Todavia, os serviços de telecomunicação são regulados pela ANATEL, sendo que os reajustes devem ser de acordo com o estipulado e divulgado pelo referido órgão.

Desta maneira, de acordo com os serviços que serão prestados, o reajuste deve ser feito mediante índice divulgado pela ANATEL, limitado àquele autorizado para as concessionárias prestadoras de **serviço de internet fixa**, dependendo do lote que será reajustado, de acordo com os índices divulgados para o referido serviço.

Ressalva-se a necessidade de retificação dos aludidos dispositivos, contemplando a previsão de reajuste através do índice oficial de reajuste de preço divulgado pela Anatel – aplicável às concessionárias prestadoras de serviço de internet fixa – (*IST – Índice de Serviços de Telecomunicações*), cuja expressão destaque sua aplicação anual e contínua, derivada de suas possíveis prorrogações contratuais legalmente permitidas.

04) CRITÉRIOS DE EMISSÃO DE FATURAS E PAGAMENTO EM DESACORDO COM A REGULAMENTAÇÃO DA ANATEL.

O item 08, subitem 8.5 do Edital e cláusula sexta, subitem 6.5 do Anexo IV – Minuta do Contrato determinam que o pagamento seja efetuado mensalmente, até o 15º (décimo quinto) dia de cada mês, do mês subsequente ao da prestação do serviço, mediante apresentação do relatório e da nota fiscal eletrônica correspondente, a ser emitida “contra apresentação”, conferidos e liberados pelo Setor de Tecnologia da Informação.

Em face destas previsões do instrumento convocatório, é necessário ressaltar que a **licitação para serviços de telecomunicações, dentre os quais os de link de internet banda larga, possuem regência pela ANATEL, cuja normatização vincula o modo e os critérios da prestação do serviço**, estando as operadoras adstritas a tal regramento.

Desta forma, as faturas são documentos padronizados, emitidas em modelos que respeitam a regência estabelecida pela ANATEL, de modo que o **pagamento deve ser realizado com utilização da FATURA emitida pela operadora**, dentro dos prazos e normas que a própria normatização estabelece.

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

Neste contexto, **devem ser retiradas as previsões** de pagamento até o **15º (décimo quinto) dia** de cada mês, como forma de adaptar ao critério de pagamento com base na fatura emitida pela operadora, em sintonia com a normatização da ANATEL.

Também não é possível a inserção de quaisquer outros dados que não aqueles expressamente autorizados pelo órgão regulador, motivo pelo qual **não é possível emitir a nota fiscal/fatura com os condicionantes pretendidos no edital**, devendo, ser retirada qualquer exigência adicional para emissão da nota fiscal – tal como o envio concomitante à nota fiscal/fatura de relatório apartado.

A impossibilidade de cumprimento destas obrigações contratuais determinaria a não participação das operadoras no certame, em função dos ônus contratuais decorrentes da inadimplência (que seria iminente) quanto a tais exigências.

05) PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO.

O instrumento convocatório prevê o prazo exíguo de até 05 (cinco) dias úteis, contados da data de convocação da licitante vencedora, para assinar o termo de contrato, podendo este prazo ser prorrogado por igual período, em caso de situação justificável e aceita pelo SAAE (item 19, subitem 19.1 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 o é também em relação ao Serviço Autônomo de Água e Esgoto SAAE – Sorocaba/SP – depende de um prazo razoável para cumprimento dos rituais internos de assinatura dos responsáveis legais, até mesmo a presença física dos mesmos na empresa.

Assim, o prejuízo para a Administração Pública em se manter este curto prazo de assinatura 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 Pública, **sugerindo-se o prazo de 10 (dez) dias úteis, prorrogáveis por igual período**, 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 contratuais, inclusive bastante drásticas, conforme disposições editalícias, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

IV - REQUERIMENTOS.

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

Tendo em vista que a sessão pública eletrônica está designada para 07/07/2014, requer, ainda, seja conferido **efeito suspensivo** a esta impugnação, adiando-se a referida sessão para data posterior à solução dos problemas ora apontados. Caso contrário, há o iminente risco de todo o ritual do artigo 4.º da Lei Federal n.º 10.520/2002 ser considerado inválido, considerados os equívocos no edital ora apontados, com desperdício da atividade ocorrida na sessão pública, incluindo avaliação das propostas e dos documentos de habilitação.

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

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO**,

De São Paulo/SP para Sorocaba/SP 1º de julho de 2014.

Denilson Cesar Gonçalves
Gerente Negócios – Procurador - RG [REDACTED]
TELEFÔNICA BRASIL S/A