

ILMO. SR. PREGOEIRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO AMAZONAS.

Ref. : Impugnação aos termos do Edital de PREGÃO PRESENCIAL nº. 002/2010 – CPL/MP/PGJ.

TELEMAR NORTE LESTE S/A, sociedade anônima prestadora de serviços de telecomunicações, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 33.000.118/0001-79, com sede à Rua General Polidoro nº. 99, Botafogo, Rio de Janeiro/RJ ("Oi"), representado pelos procuradores legalmente constituídos, vem, tempestivamente, à presença de V. S^a., com fulcro no item 3.1 do Edital, apresentar **IMPUGNAÇÃO** aos termos do Edital do Pregão Presencial em referência, pelas razões a seguir expostas.

DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

Visando participar do certame em referência, a Oi adquiriu o Edital que o rege, cujo objeto é a contratação de empresa especializada para prestação de serviços de acesso à internet através de *link* dedicado de dados conectividade IP na velocidade de 4 mbps e link de dados conectividade IP, ponto a multiponto, via rádio, com largura de banda de 2 mbps, dedicado, para atender o MP/AM e suas unidades jurisdicionadas.

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições verificadas no instrumento convocatório, contra as quais, com o devido respeito, ora se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidos o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz através da presente manifestação.

mk

of



DAS ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NA MINUTA CONTRATUAL

- ***Da desproporcional base de cálculo em caso de descumprimento parcial das obrigações***

O item 13.3 do Edital, c/c cláusula 17ª da Minuta Contratual estabelecem a aplicação de multa sobre o **valor total do contrato**, nos casos de inexecução parcial das obrigações assumidas, determinando que a base de cálculo para a aplicação de eventual multa à Contratada será sempre o valor total do contrato, independente de a inexecução das obrigações pela Contratada ser parcial ou total.

No entanto, não se pode admitir que o percentual de multa, em caso de inexecução parcial pela Contratada, incida sobre o valor total do contrato, haja vista que a fixação das sanções atinentes à contratação administrativa reside na razoabilidade e na proporcionalidade.

Com efeito, a reprovabilidade da conduta traduzir-se-á na aplicação de sanção proporcionada e correspondente. O disposto no Edital é excessivo, desproporcional e fere os princípios da legalidade e da razoabilidade.

Ante estas considerações, a Oi requer a adequação dos referidos para que as penalidades sejam proporcionais à falta cometida pela Contratada, e a base de cálculo da multa corresponda ao valor do serviço ou parcela em atraso e não o valor total do contrato, em caso de inadimplência parcial das obrigações.

- ***Da sub-contratação***

O item 16.4 do Edital prevê que a adjudicatária não poderá ceder ou subcontratar, parcial ou totalmente, o objeto licitado sem prévia autorização escrita da Contratante. Contudo, a lei 8.666/1993 determina em seu art. 72, a possibilidade de se subcontratar apenas parcial e não totalmente as obrigações contratuais:

*“Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, **poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento**, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.”* (grifo nosso).

Não fosse isso o bastante, cumpre ressaltar que a sub-contratação diz respeito às atividades meio (como assistência técnica) e não às atividades fim da empresa Contratada, sendo que, inclusive, tal sub-contratação total ainda não está regulamentada pela ANATEL.

Assim, em respeito às normas legais e regulamentares, a Oi requer seja alterado o referido item, excluindo-se a possibilidade de sub-contratação total do objeto licitado independente de prévia e escrita autorização pela Contratante.


2



- **Da divergência de prazo quanto ao previsto em lei**

O item 17.6 do Edital prevê que, no caso de inabilitação ou desclassificação das propostas de todas as licitantes, o Pregoeiro poderá permitir a elas que apresentem nova documentação, livres das causas que ensejaram a sua inabilitação ou desclassificação, no prazo de 3 dias úteis.

O Edital, portanto, oferece uma nova oportunidade de apresentar documentação de habilitação e proposta de preços, desprezando-se por completo as anteriores, que apresentavam vícios. Contudo, o referido item não está em conformidade com o § 3º do art. 48 da Lei 8.666/93, segundo o qual:

“§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.”

Da análise do dispositivo supracitado, entende-se que o prazo para que as licitantes inabilitadas ou cujas propostas tenham sido desclassificadas e apresentem nova documentação é de 8 dias úteis, e não 3 dias úteis, como pretende o Edital.

A Oi requer assim, a adequação do item 17.6 do Edital ao § 3º do art. 48 da Lei n.º 8.666/93, de forma que o prazo para a apresentação de novos documentos de habilitação ou de novas propostas seja de 8 dias úteis.

- **Da responsabilidade da Contratada**

O item 6.19 do Anexo I do Termo de Referência, c/c cláusula 5ª, item 21, da Minuta do Contrato estabelecem que a Contratada se obrigue a responder por perdas e danos em que vier a sofrer a Contratante ou terceiros, motivada por sua ação ou omissão, na forma dolosa ou culposa, garantidos o contraditório e a ampla defesa, nos termos e aplicações da Lei.

Mas tal obrigação é desproporcional, pois permite o entendimento de que a Contratada deva arcar com **QUALQUER perda ou prejuízo** sofrido pela Contratante, sendo que a responsabilidade da Contratada **é restrita aos danos diretos** decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, como disposto no art. 70 da lei 8.666/93:

*“Art. 70. O contratado é responsável pelos **danos causados diretamente** à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade ou o acompanhamento pelo órgão interessado.”* (grifamos)



Em respeito ao Princípio da Legalidade, a Oi requer seja alterado o item 6.19 do Anexo I do Termo de Referência, c/c cláusula 5ª, item 21, da Minuta do Contrato de modo que passe a constar a previsão de que a Contratada só deverá arcar com as perdas e danos **causados diretamente** à Contratante.

- **Do pagamento**

- O item 6.27 do Anexo I – Termo de Referência, c/c Cláusula 10ª, §2º, da Minuta do Contrato determinam que para fazer jus ao pagamento, a licitante vencedora deverá proceder à comprovação de sua regularidade fiscal, sob pena da não efetuação dos pagamentos e aplicação de multas.

Quanto à comprovação da regularidade fiscal da Contratada, a Oi destaca que alternativamente à apresentação de documentos/certidões, a Contratante poderá de modo igualmente eficaz verificá-la através de consulta ao SICAF ou outros cadastros semelhantes dos quais possa fazer uso, sem a necessidade de apresentação de quaisquer documentos pela Contratada.

Outrossim, a Oi ressalta que a realização dos pagamentos devidos pela Contratante à Contratada não poderá estar condicionada à comprovação de sua regularidade fiscal, pois tal previsão não consta do artigo 87 da Lei 8.666/1993, que versa sobre as penalidades aplicáveis à Contratada por descumprimento, da seguinte forma:

"Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes de punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contrato ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior."

O referido artigo nada estabelece quanto à retenção de pagamentos por descumprimento contratual, não sendo possível à Contratante aplicar a referida sanção à Contratada, sob pena de violação ao princípio constitucional da legalidade. Assim, a Oi requer seja excluída a referida condição de pagamento, ante a manifesta ilegalidade.

- A Cláusula Décima da Minuta do Contrato determina que o pagamento seja efetuado mediante a apresentação de Nota Fiscal/Fatura do mês subsequente ao da realização dos serviços, por meio de Ordem Bancária.



Neste mister, a Oi esclarece que se realizando o pagamento através de código de barras, será permitida a baixa automática da faturas em 5 dias úteis após o pagamento, garantindo maior segurança a ambas às partes quanto à confirmação da realização do pagamento, evitando-se cobrança em duplicidade e a suspensão indevida do serviço.

Diante disso, a Oi requer a adequação da referida cláusula, determinando-se a forma de faturamento mediante Nota Fiscal Fatura de serviços com código de barras, atualmente adotada no mercado de telecomunicações.

- O §5º da Cláusula 10ª da Minuta do Contrato estabelece que para fazer jus ao pagamento, a empresa deverá apresentar Nota Fiscal preenchida com todos os dados corretos, ou seja, havendo erro na Nota Fiscal/Fatura, esta será devolvida e o pagamento ficará pendente até que seja sanado o problema.

Contudo, tal previsão não é razoável, haja vista que a parcela incontroversa, ou seja, aquela sobre a qual não paira qualquer dúvida deve ser paga pela Administração **prontamente**, não sendo necessário aguardar a correção da fatura.

Portanto, não obstante os eventuais erros no documento fiscal, a Contratante deverá pagar o valor sobre o qual não se tem dúvidas e, em seguida, emitir nova fatura, contendo apenas o valor que se discute como devido ou não.

A Oi requer a adequação do §5º acima mencionado para que o pagamento da parcela incontroversa seja efetuado **imediatamente** pela Contratante e o restante após a devida regularização do documento fiscal.

- ***Do repasse generalizado de preços e vantagens***

O item 19 da Cláusula 5ª da Minuta Contratual estabelece ser obrigação da Contratada repassar à Contratante, durante o período de vigência do contrato, todos os descontos e vantagens ofertadas ao mercado, sempre que estes forem mais vantajosos à Contratante do que os serviços contratados.

No entanto, a generalidade da previsão relativa às vantagens pretendidas, bem como à universalidade dos usuários, impede, de início, o seu cumprimento pela Contratada. Ademais, importante frisar que não existem meios de apurar-se, a cada novo dia, se foi concedido desconto para tal ou qual cliente e, ainda, cotejá-lo com o contrato em curso.

Corroborando este entendimento, tanto a Lei Geral de Telecomunicações (art. 103), quanto o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (art. 50) vedam o repasse indiscriminado de descontos, afirmando que os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.

 5 



A Oi requer passe a constar no referido item a obrigação da Contratada tão somente de repassar os descontos porventura disponibilizados ao mercado, para clientes de perfil e porte similar ao da Contratante (e não ao mercado em geral), desde que devidamente homologados pela ANATEL.

- **Do reajuste**

A cláusula 12ª da Minuta Contratual prevê que o contrato poderá ser repactuado observado o interregno mínimo de 12 meses, a contar da data limite da apresentação da proposta, ou da data do orçamento a que a resposta se referir, ou ainda, da data da última repactuação, visando à adequação aos novos preços de mercado e à demonstração analítica da variação dos componentes de custos do Contrato.

Inicialmente, faz-se necessário diferenciar reajuste e repactuação. Aquele consiste na previsão contratual da indexação do valor da remuneração devida ao particular a um índice de variação de custos. Já a repactuação nada mais é do que uma revisão de preços, com a peculiaridade de que se prevê a sua ocorrência sempre que se promover a renovação do contrato de execução continuada.

Com efeito, em contratos com prazo de duração igual ou superior a um ano é admitida cláusula com previsão de reajuste de preços ou correção monetária. O reajuste dos preços contratuais só pode ocorrer quando a vigência do contrato ultrapassar doze meses, contados a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento a que essa se referir.

Da análise da cláusula editalícia acima mencionada constata-se a previsão de repactuação, porém não há menção de que os valores contratados poderão ser reajustados, bem como, não há menção ao índice a ser utilizado como base de cálculo para esses reajustes.

Desta forma, resta claro que o Edital e a minuta de contrato devem ser alterados, de maneira a incluir-se a previsão abaixo, como a Oi ora requer:

“Os preços serão reajustados em prazos não inferiores a 12 (doze) meses, conforme variação do IST (Índice de Serviços de Telecomunicações) ou outro que venha a substituí-lo no setor de telecomunicações, sendo tal reajuste de aplicação imediata e automática, levando em consideração a data base estipulada na proposta/contrato”.

- **Da garantia**

O §3º da Cláusula Décima Terceira da Minuta de Contrato determina que o valor da garantia contratual deverá permanecer integral até o término da execução do contrato e que se for utilizada para pagamento de qualquer obrigação ou em razão de termos aditivos, a Contratada fica obrigada a efetuar a reposição no prazo máximo de 5 dias úteis, constados da notificação pela Contratante.

 6 



Oportuno esclarecer que a complementação/reposição de garantia não depende de providências internas da Operadora, mas da Seguradora contratada, que é quem possui competência para formalizar contratos de seguro, conforme determinação da SUSEP.

Portanto, dependendo estritamente de medidas da própria Seguradora, um prazo de até 60 dias, é mais razoável para ser cumprido pelas Operadoras, sem comprometer a participação da Oi neste certame e melhor permitir o fomento à competitividade, como a mesma ora requer.

- **Dos itens restritivos à competitividade**

- O item 2 do Termo de Referência trata da identificação do objeto, e no subitem 2.1 prevê o detalhamento do item 1: *“Link de dados conectividade IP, ponto-a-multiponto, via rádio, com largura de banda de 2mbps, dedicado, interligando a sede da procuradoria-geral de justiça à sua unidade descentralizada, conforme características descritas neste termo.”*

Observa-se que o item exige que o atendimento **seja via rádio**, porém, por tratar-se de um link de dados na área urbana de Manaus, com possibilidades de atendimento por outros meios como par metálico ou fibra óptica, com menor custo, a Oi requer a alteração do referido item, sugerindo-se a seguinte redação:

“Item 2 - Link de dados conectividade IP, ponto-a-multiponto, via rádio, par metálico ou fibra óptica com largura de banda de 2mbps, dedicado, interligando a sede da procuradoria-geral de justiça à sua unidade descentralizada, conforme características de cada tipo de acesso e descritas neste termo para o atendimento via rádio.”

- Ainda referente ao objeto, o item 5 do Anexo I - Termo de Referência, que versa sobre o detalhamento do objeto, em seu subitem 5.1.11, alínea “b”, prevê a latência máxima de 110 ms.

A Oi esclarece que o tempo requerido de 110 ms impossibilita a participação de um maior número de operadoras, pois, esta condição permite apenas a participação de operadora que tenha o backbone de acesso a rede mundial de internet **por meio via terrestre**.

A propósito, a norma prescrita no artigo 3º, da Lei n.º. 8.666/93, assim determina:

“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 lhe são correlatos. (...)”

 
7



É justamente fundada nesse espírito da supremacia do interesse público e da busca da melhor e mais vantajosa proposta para a contratação com a Administração que a Lei n.º. 8.666/1993 prevê em seu artigo 3º, inciso I, § 1º que:

“§ 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;”

E segundo o art. 6º da Lei n.º. 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações), os serviços de telecomunicações serão organizados com base no **princípio da livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras**, devendo o Poder Público atuar para propiciá-la, bem como para corrigir os efeitos da competição imperfeita e reprimir as infrações da ordem econômica.

Sendo assim, a exigência de latência máxima de 110 ms é um item que restringe a participação de maior número de participantes, o que não deverá ser admitido, sob pena de prejudicar a própria Contratante, motivo pelo qual, a Oi requer a ampliação deste tempo para 600 ms.

• O item 6 do Termo de Referência versa sobre as obrigações da Contratada, e prevê no subitem 6.3 que a mesma deverá disponibilizar os serviços à Contratante, ativados e prontos para uso, em até 30 dias corridos após a assinatura do contrato.

Mas em virtude dos investimentos e aquisições de equipamentos a serem contratados, a Oi esclarece que o prazo de 30 dias é exíguo e de difícil cumprimento pelas Operadoras, comprometendo a execução regular do objeto licitado, razão pela qual, a Oi requer seja alterado este prazo para 60 dias.

DO PEDIDO

Com o objetivo de que seja garantido o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a Oi solicita que V. S^a**. julgue a presente Impugnação motivadamente e no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias no Edital e demais documentos indigitados, e sua conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Manaus, 05 de fevereiro de 2010.


TELEMAR NORTE LESTE S/A

Michelle dos Santos Vasque
Eneocuf 15 - AM
CPF: 520.117.742-91


TELEMAR NORTE LESTE S/A

Cláudia Leite
Gerente de Contas
Corporativo