

Ao Ilustríssimo Senhor Pregoeiro da Central de Compras do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – MP

Ref. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 01/2018

Processo Administrativo nº 04310.000241/2016-81 – UASG 201057

TIM CELULAR S.A. (“TIM”), sociedade anônima com sede na Av. Giovanni Gronchi, 7.143, São Paulo, SP, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 04.206.050/0001-80, neste ato representada consoante instrumento de mandato anexo, vem, respeitosamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital Pregão Eletrônico nº 01/2018 publicado pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão com fundamento no item 24.1 do referido ato convocatório em face de incorreções e discrepâncias nele encontradas, pelos motivos de fato e direito que passa a expor.

PRELIMINARMENTE

Destaca que a presente manifestação tem estrita veiculação à interpretação objetiva dos termos do instrumento convocatório. Destina-se apenas à preservação do direito da Impugnante e da legalidade do presente certame. As eventuais discordâncias deduzidas na presente impugnação fundamentam-se no entendimento que se pretende para o texto da Constituição e da Lei, eventualmente diverso daquele adotado para a edição do ato convocatório.

I. DOS FATOS

A União, por intermédio da Central de Compras – CENTRAL, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão – MP, representada por Pregoeiro designado mediante Portaria nº 3/CENTRAL/MP, de 23 de fevereiro de 2017, leva ao conhecimento dos interessados que realizará licitação na modalidade PREGÃO, na forma eletrônica, do tipo MENOR PREÇO global do Lote, cuja sessão pública será realizada eletronicamente, objetivando o REGISTRO DE PREÇOS para eventual contratação de Serviço Telefônico Fixo Comutado – STFC (fixo-fixo e fixo-móvel) e de Serviço Móvel Pessoal - SMP (Móvel-Móvel, Móvel-Fixo e dados), nas modalidades Local, Longa Distância Nacional (LDN) e Longa Distância Internacional (LDI) a ser

executado de forma contínua, conforme as especificações e condições constantes no instrumento convocatório e seus anexos.

II. DO NECESSÁRIO ADIAMENTO DO CERTAME

Ocorre que, nos termos do art. 4º, V, da Lei nº 10.520/02:

“o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, **não será inferior a 8 (oito) dias úteis**”.

Referido dispositivo, deve ser interpretado à luz do art. 21, § 3º da Lei nº 8.666/93, segundo o qual:

“§ 3o Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior **serão contados a partir da última publicação do edital** resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.”

É neste sentido a lição de Marçal Justen Filho:

“O Dec. nº 5.450 estabelece que o prazo será computado a partir da “publicação do aviso”, não podendo ser inferior a oito dias úteis. Ademais, determina que a publicação do aviso deverá fazer-se na imprensa oficial e na Internet e, em alguns casos, na imprensa comum.

Adota-se o entendimento de que a regra deverá ser interpretada de acordo com o art. 21, §3º, da Lei nº 8.666, que impõe que “Os prazos estabelecidos (...) serão contados a partir da última publicação do edital resumido (...), ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e dos respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.”

Portanto, haverá ofensa à disciplina examinada se o prazo de oito dias úteis for computado a partir da primeira publicação (na imprensa ou na Internet).”

Diante disto, deve ser adiada a realização do certame, observando-se a legislação e garantindo-se às Licitantes prazo suficiente para elaboração de suas propostas segundo as disposições do novo Edital.

III. DOS FUNDAMENTOS

Analisado o instrumento de convocação, esta Impugnante observou exigências em total desacordo com as normas correlatas bem como às práticas de mercado de telecomunicações.

Inicialmente, a TIM destaca os itens 8.2 (8. DA ACEITABILIDADE DA PROPOSTA VENCEDORA) e, 11.1.2 (11. DO ENCAMINHAMENTO DA PROPOSTA VENCEDORA, do EDITAL), vejamos:

“8.2. Encerrada a etapa de lances e depois de verificado possível empate, o licitante detentor do menor preço será convocado para anexar no sistema Comprasnet, no prazo de 30 (trinta) minutos, a proposta de preços sob pena de não aceitação da proposta.”

“11.1.2 A proposta final do licitante declarado vencedor deverá ser encaminhada no prazo de 1 (uma) hora, a contar da solicitação do Pregoeiro no sistema eletrônico e deverá (...)”

Desta forma, cabe à Administração elucidar às Licitantes do prazo efetivamente necessário para encaminhamento da proposta vencedora da licitação, uma vez que as informações disciplinadas no instrumento de convocação estão conflitantes.

Ademais, vale esclarecer que o tempo estabelecido pela Administração para envio da proposta via sistema eletrônico, mesmo que o prazo superior de 1 (uma) hora, não é suficiente para a adaptação da proposta pela empresa proponente, ora vencedora, sendo certo que a prática dos pregões eletrônicos considera o prazo mínimo de 2 (duas) horas, uma vez que a proponente necessita fazer as alterações definidas na sessão pública conforme preço fechado com a Administração, e ainda, colher as assinaturas dos representantes legais e enviar a proposta via internet.

Neste sentido, a TIM pugna para que os referidos itens do Edital sejam alterados para que conste o prazo de 2 (duas) horas, a contar da solicitação do Pregoeiro, para envio da proposta comercial pela empresa vencedora do certame.

Outrossim, o item 11.1.2 do Edital estabelece que o pagamento deverá ser efetuado através de depósito bancário, conforme dados (nome e número do banco, número da agência e número da conta corrente) fornecidos pela Licitante na Proposta de Preços.

Ocorre que este item do Edital não reflete (i) as práticas de mercado consolidadas; (ii) exige do vencedor do certame a criação de um sistema diferenciado de faturamento; e, por fim, (iii) é prejudicial à organização das cobranças, devendo, por todos estes fatores, ser revisto.

Sobre o tema, primeiramente, é de se registrar que todas as prestadoras de serviços de telecomunicações adequaram seus processos de faturamento e cobrança às regras aplicáveis ao setor.

Diante disso, tornou-se prática homogênea no mercado a cobrança dos usuários por meio de boleto que acompanha todo o detalhamento dos serviços prestados de acordo com as exigências regulatórias.

Esse movimento culminou na construção de complexos sistemas eletrônicos que relacionam automaticamente o consumo e o faturamento.

Na medida em que o Edital prevê forma diversa para realização do pagamento, são negadas as práticas correntes no mercado de telecomunicações, fazendo com que, para o atendimento do MPOG, o vencedor tenha que conceber um sistema de faturamento específico, particular que somente atenderá um único cliente.

Se persistir essa disposição no Edital, certo é que o vencedor terá que incorrer em diversos custos para elaborar o referido sistema de faturamento prejudicando a vantajosidade exigida pelo art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Bem por isso, pugna-se pela revisão do Edital e dos seus Anexos para que deles conste que o pagamento será realizado por meio de pagamento do boleto bancário apresentado pelo vencedor.

Sobre os subitens 2.4, 2.5 e 2.6 do Item 2. Serviço Móvel Pessoal (SMP) na modalidade Local, Termo de Referência - Anexo I do instrumento de convocação, a TIM compreende que está contemplada a Assinatura Básica, incluindo ainda acesso à caixa postal, bem como Assinatura de Gestão de voz, Assinatura de Franquia de Dados e Pacotes de SMS, conforme praxe do mercado de telecomunicações (SMP).

No mesmo sentido, vale esclarecer que a Assinatura Básica, Assinatura de Gestão de voz, Assinatura de Franquia de Dados e Pacotes de SMS poderão ser apresentadas separadamente

nas faturas, já que se tratam de serviços distintos, cabendo considerar que o somatório destas assinaturas deverá refletir exatamente o valor proposto pela operadora vencedora na licitação.

Conforme dispõe instrumento de convocação em comento, o MPOG tem interesse em contratar o serviço acessório de Gestor Web, conforme exige o subitem 11.2 do Termo de Referência, vejamos:

“11.2. SERVIÇO DE GERENCIAMENTO

a. A CONTRATADA deverá disponibilizar um Portal Web de acesso via Internet que permitirá à CONTRATANTE efetuar a gestão e controle de todas as suas linhas contratadas. Este portal deverá ter, no mínimo, as seguintes funcionalidades:

(...)

• por tipo de destino: local, interurbano, fixo e etc.;”

Nesse sentido, vê-se que a Administração exige que a Contratada disponibilize ferramenta de gestão dos serviços contratados para acompanhamento e interação em Portal WEB. No entanto, a TIM elucida que a ferramenta de gestão *on line* possui interações limitadas, não cabendo qualquer atribuição ser realizada pelo acesso desta, propriamente para maior segurança à Administração, sendo evidente também que a prática do mercado de telecomunicações cautelarmente filtra as atividades de gestão web para que não seja causada a desnecessária e excessiva onerosidade a Administração.

Nesse passo, no intuito de permitir a participação de um maior número de licitantes no certame, que acarretará em uma melhor solução econômico-financeira para a Administração, a TIM solicita que, para a funcionalidade apresentada no subitem acima supracitado, a ferramenta atenda as funcionalidades para controle do serviço de ligações locais e interurbano.

Caso persista a disposição no Edital da ferramenta web on-line, poderá afastar as principais empresas prestadoras de Serviço Móvel Pessoal do Brasil, restringindo assim a competitividade do certame. Além disso, tal medida poderá prejudicar a vantajosidade das propostas. Isto porque, como se sabe, o caráter competitivo da licitação depende da participação do maior número possível de licitantes e, para tanto, não deve o ato convocatório prever condições de

participação excessivamente restritivas, conforme expressamente determina o art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Conforme exposto no item 19.3 do Edital, sendo identificada cobrança indevida, os fatos serão informados à Contratada, e a contagem do prazo para pagamento será reiniciada a partir da reapresentação documento para pagamento devidamente corrigido acompanhado dos detalhamentos de cada número também devidamente corrigidos.

A Impugnante compreende que, no processo de faturamento, encerrado o ciclo de faturamento a emissão da Nota Fiscal é de forma automática, e devido às questões tributárias, como recolhimento de tributos, a nota fiscal não pode ser reemitida. Assim, visando viabilizar a participação de uma maior quantidade de licitantes, visando à competitividade, a TIM entende que se ao receber a Nota Fiscal a r. Administração não concordar com os valores, poderá ser aberto um chamado de contestação da fatura, onde a data de vencimento ficará suspensa até finalização da análise, e, caso a contestação seja procedente, será enviado um boleto com o valor correto para pagamento, fazendo referência a Nota Fiscal contestada e dando quitação à mesma.

Observada a implicação apresentada, conclui-se que esta r. Administração compreende que os referidos itens correspondente ao assunto deverão ser reformados, de modo que não induza às interessadas em praticar atos contra a disposição legal tributária, bem com viabilize a participação de maior quantidade de licitantes no certame.

Conforme disposto no Termo de Referência, a Administração incumbe à operadora contratada a responsabilidade pelos aparelhos que serão cedidos em comodato além do que dispõe a lei correlata:

“20.2.36. Na hipótese de extravio, perda ou roubo aparelho, a CONTRATADA deverá repor o aparelho no prazo máximo de 15 (quinze) dias úteis, a pedido do Gestor do Contrato, e emitir fatura específica no valor da nota fiscal do aparelho entregue com vistas ao ressarcimento por parte da CONTRATANTE. Alternativamente à inclusão do valor em fatura para ressarcimento, o Gestor do Contrato poderá optar para que a CONTRATANTE restitua o bem, de mesma marca e modelo, à CONTRATADA. Nesta opção, quando da restituição, deverá ser

entregue à operadora a Nota Fiscal de aquisição do aparelho substituto.

20.2.39. No caso de defeitos não ocasionados por mau uso, o reparo ou substituição dos aparelhos deverá ser feito em 15 (quinze) dias úteis, contados a partir da notificação à CONTRATADA, e não pode representar nenhum ônus para a CONTRATANTE. A fim de verificar o tipo de defeito a CONTRATANTE deverá levar o aparelho à empresa autorizada para emissão de laudo.”

Quanto ao tema em questão, a TIM informa que se baseia no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990), que prevê que a responsabilidade ao equipamento móvel (celular ou modem) cabe ao fabricante, produtor, construtor, nacional ou estrangeiro, e ao importador, além disso, a fim de priorizar o interesse público, a TIM se responsabiliza pela troca de aparelhos com defeitos de fábrica em até 7 dias, sendo o fabricante responsável pelos defeitos de fábrica no prazo de até 12 meses, cabendo à Contratante a busca do reparo na assistência técnica autorizada. Para isso, a operadora de telecomunicações fornece os contatos dos fabricantes.

Nesse passo, vale esclarecer que é praxe do mercado de telecomunicações o fornecimento de quantitativo a escolha do Contratante de aparelhos para reserva, não sendo repostos à medida que forem sendo utilizados, e deverão voltar à reserva assim que os aparelhos com defeito forem reparados. Vale esclarecer que os custos de reparo de aparelhos diagnosticados pela assistência técnica como decorrentes de mau uso serão de responsabilidade da Contratante. Também é comum no mercado deste segmento, nos casos de solicitação de reposição de aparelhos por perda/roubo ou extravio, a Contratante será cobrada pelo valor pro rata do aparelho constante na Nota Fiscal.

Mister ressaltar que as licitantes, operadoras de serviço de telefonia (e não fabricantes de aparelhos) não podem se responsabilizar quanto à manutenção do hardware dos aparelhos fornecidos. Tais componentes são protegidos por patentes e só podem ser acessados pelos próprios fabricantes, detentores da propriedade intelectual ou por assistências técnicas devidamente autorizadas. Vale lembrar que é crime definido na 9.279/96 (Propriedade Industrial) a violação de patentes. Assim sendo, a identificação do defeito, de sua natureza, seu reparo, a

reposição do bem, devem observar a cadeia de propriedade de direitos, regulada pelo Código de Defesa do Consumidor, bem como pela Lei de Propriedade Industrial. Não é por outro motivo que as licitantes comercializam equipamentos com fabricantes que disponibilizam assistência técnica de modo a identificar se o defeito é sanável ou, caso não seja, se a origem do mesmo decorre de vício ou mau uso. Qualquer comando que não observe o enquadramento jurídico e as leis vigentes, para além de antijurídico e, portanto, inexecutável, acarretaria onerosidade excessiva aos licitantes.

Considerando que a modalidade de disponibilização de equipamentos será a de comodato, os custos decorrentes de danos por mau uso dos aparelhos deverá recair sobre o Contratante (evitando-se a onerosidade excessiva) aos licitantes. Observar-se-ia, a bem instrumentalização do ordenamento jurídico, a causa do defeito através de laudo formulado por assistência técnica devidamente autorizada.

Uma vez comprovado o mau uso, deve ser imposto o correto tratamento atribuível à figura do comodato, conforme disciplinado no Código Civil:

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

Sendo assim, esta Administração deverá observar as considerações supramencionadas, no que pese o fornecimento dos equipamentos móveis em comodato, de modo que não infrinja às normas legais vigentes e ainda afaste inúmeras empresas do certame, pois não observa os princípios basilares da Administração ao fazer exigências desnecessárias e incompatíveis para consecução do objeto licitatório.

Sobre o Modelo de Proposta (Planilha de Formação de Preços da Proposta Comercial) do Anexo II do Edital, a TIM destaca a planilha do Lote 7, sendo necessário que a Administração esclareça para que será utilizada a quantidade de 157.896 (109 2.9 - SMP-DADOS), considerando que o instrumento convocatório não dispõe de previsão para fornecimento de equipamento para utilização destes chips, sendo, desta forma, entendido pela TIM que serão par

utilização em aparelhos próprios do MPOG, ou até mesmo dos servidores. De modo que fique claro às Licitantes, a TIM solicita o esclarecimento expresso acerca destes.

Como se sabe, por força do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, o Edital de licitação deve fornecer aos licitantes todos os elementos necessários para formulação de suas propostas.

Veja-se, a propósito que o art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93 estabelece que a licitação destina-se a seleção da proposta mais vantajosa. A vantagem buscada por meio de certames é assim conceituada segundo o Professor Marçal Justen Filho:

“A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro, vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação de custo benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.”

Caso a r. Administração não disponha de forma transparente e assertiva no instrumento de convocação, as Licitantes se veem impedidas de elaborar a proposta comercial com as condições mais vantajosas à Administração Pública, assim infringindo diretamente na economicidade necessária à presente contratação.

Dispõe no Anexo I – C – Termo de Referência as características mínimas dos aparelhos e acessórios fornecidos pela empresa vencedora do certame, no entanto, a TIM observou que uma das especificações apresenta “peso máximo”. Como é sabido, o peso dos equipamentos não deverá ser considerado como característica técnica dos equipamentos, sendo, desta forma, considerado como uma informação de referência, de modo que as Licitantes possam se orientar na escolha do aparelho, podendo optar pela oferta de aparelho com característica similar à apresentada pelo MPOG, sendo certo que tal característica é irrelevante e que não interfere na qualidade de funcionamento do serviço, sendo o objeto a contratação de serviço SMP.

É evidente que, caso o edital seja mantido nas condições obscuras conforme segue a versão publicada, há impacto prejudicial direto à análise financeira do projeto pelas Licitantes, prejudicando diretamente à competitividade, maior interesse desta Administração.

Ao comentar referido dispositivo, Marçal Justen Filho evidencia que:

“Se existir informação relevante para elaboração das propostas ou participação dos interessados e se isso não constar do ato convocatório, haverá vício invencível. Apesar disso, os interessados poderão sentir necessidade de outras informações complementares. Por isso, a unidade administrativa deverá dispor-se a prestar esclarecimentos e informações. (...)”

A definição de datas e horários não pode ser restritiva, mormente quando as informações possam ser relevantes para o certame. Assim, por exemplo, são viciadas as previsões de que em um dia específico e determinado, em horário certo, os interessados poderão obter as informações.”

Portanto, sendo mantido o Edital conforme publicado, além de prejudicar a vantajosidade das propostas, acabaria por afetar também o caráter competitivo do certame. Isto porque, como se sabe, o caráter competitivo da licitação depende da participação do maior número possível de licitantes e, para tanto, não deve o ato convocatório prever condições de participação excessivamente restritivas, conforme expressamente determina o art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Neste sentido, é clara a lição de Marçal Justen Filho:

“O tratamento isonômico visa a assegurar a escolha da proposta mais adequada, dotada de maior vantajosidade. O que não se admite é a fixação de regras discriminatórias que impeçam a seleção da proposta dotada de maior vantajosidade. Portanto, isonomia e vantajosidade se integram de modo harmônico como fins a que se norteia a licitação.”

Assim também têm se manifestado a jurisprudência pátria, como revela o pronunciamento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça assim ementado:

“RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO - EDITAL - ART. 30, II, DA LEI N. 8.666/93 - EXIGÊNCIA DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA LÍCITA - ART. 57, II, DA LEI N. 8.666/93 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORMA CONTÍNUA - PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO - DURAÇÃO DO CONTRATO FIXADA AB INITIO EM 60 MESES - ILEGALIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

(...)

(REsp 474.781/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003, p. 297)” - Destacamos

Outrossim, destacamos o que dispõe a Lei de Licitações a respeito:

“§ 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, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991” (grifamos)

Oportunamente, destacamos a doutrina e a jurisprudência que têm ratificado o entendimento que o Edital não pode restringir a competitividade do certame, característica inerente às licitações, vejamos:

“o interesse público reclama o maior número de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para habilitação.”

Portanto, faz-se necessário a republicação do edital com todas as informações necessárias e adequadas a consecução do objeto a ser contratado, sob pena de acarretar indevida restrição da competição no presente certame, com prejuízo ao próprio interesse público na obtenção da melhor proposta.

A doutrina e a jurisprudência têm ratificado o entendimento que o Edital não pode restringir a competitividade do certame, característica inerente às licitações Públicas, vejamos:

“o interesse público reclama o maior número de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para habilitação.”

Nesse sentido, também é o voto da Desembargadora (Relatora) Maria Inês Gaspar:

“Ademais, a licitação deve ser presidida pelo princípio maior da competitividade, pois o que se pretende, a final, é a mais ampla participação de todos os interessados, a fim de ser possibilitado encontrar a proposta mais vantajosa para o erário e o interesse público.”

Se persistir essa exigência no Edital, certo é que as Licitantes se afastarão do certame, prejudicando a vantajosidade exigida pelo art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Sendo assim, ao insistir em prosseguir o processo licitatório com as exigências supra mencionadas, esta Administração afasta inúmeras empresas do certame, pois não observa os princípios basilares da Administração ao fazer exigências desnecessárias e incompatíveis para

consecução do objeto licitatório.

Portanto, faz-se necessário a republicação do Edital com todas as informações necessárias e adequadas a consecução do objeto a ser contratado e a limitação dos danos, sob pena de acarretar indevida restrição da competição no presente certame, com prejuízo ao próprio interesse público na obtenção da melhor proposta.

Caso mantenha o edital nos termos em que se encontra, impede a participação de empresas interessadas, caracterizando restrição ao caráter competitivo da licitação, violação ao princípio da isonomia e prejuízo para erário, vez que a Administração Pública deixa de atender ao interesse público e de contratar pelo menor preço.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI dispõe que a Administração somente poderá fazer exigências indispensáveis à garantia do cumprimento da obrigação, qual seja, o objeto a ser contratado. Vejamos:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

(grifamos)

Se as razões acima não fossem suficientes para alteração do edital, ressalte-se ainda que as exigências não são proporcionais, pois não observam o trinômio necessidade/adequação/proporcionalidade no sentido estrito.

Sendo assim, ao insistir em prosseguir o processo licitatório com as exigências supra mencionadas, esta Administração afasta inúmeras empresas do certame, pois não observa os princípios basilares da Administração ao fazer exigências desnecessárias e incompatíveis para consecução do objeto licitatório.

Assim, a Administração não cumpre o mandamento contido na Carta Maior e ainda não observa o princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, que exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

A razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais.

Razoabilidade é um dos alicerces do direito administrativo que impõe que as decisões administrativas devam ser reflexo do bom senso e sejam dotadas de razão.

Nesse sentido, a razoabilidade, ou proporcionalidade ampla, limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que, no âmbito sancionatório, a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desarrazoados e desproporcionais.

Com referência às obrigações imputadas à Contratada no subitem 20.2.3, a operadora deverá assumir integralmente, por perdas e danos que vier a causar à Contratante ou a terceiros em razão de ação ou omissão, dolosa ou culposa, sua ou de prepostos, independentemente de outras cominações contratuais ou legais a que estiver sujeita.

É evidente que as obrigações estabelecidas na Minuta Contratual imputam à empresa Contratada a responsabilidade por todos os danos, em desconformidade com o que dita a lei de licitações e contratos administrativos.

Ora, o Estatuto das Licitações Públicas em seu artigo 70, deixa claro por quais danos a Contratada será responsável perante à Contratante, vejamos:

*“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 a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado.” (Grifamos)*

Analisando atentamente o dispositivo acima, infere-se que cabe à Contratada somente responder pelos danos causados diretamente à Contratante e a terceiros, decorrentes de culpa ou dolo na execução do Contrato. A redação do artigo 70 exclui quaisquer outros danos que não forem diretos. Por esta razão, não acerta a Minuta Contratual quando estabelece que o Administrado deve responder por todos os danos advindos da prestação dos serviços contratados.

Na elaboração do Edital e de seus anexos, o Administrador deve observar as normas legais, principalmente àquelas aplicáveis às licitações públicas. Por isso, ao estabelecer que o Contratado será responsável *“integralmente, por perdas e danos que vier a causar à Contratante ou a terceiros em razão de ação ou omissão, dolosa ou culposa, sua ou de prepostos, independentemente de outras cominações contratuais ou legais a que estiver sujeita”*, está fazendo uma interpretação extensiva, quando a lei quis restringir a aplicação da norma somente aos casos de danos diretos.

Assim, ao estabelecer que a Contratada assumirá o ônus por quaisquer danos, o órgão promotor da licitação faz uma ampliação, não permitida pela norma legal, da aplicação do dispositivo a todos os casos de danos, independentemente, se forem diretamente ou indiretamente causados pelo Administrado. Isso faz com que o Contratado assuma por danos que a lei não o obrigue.

Deste modo, requer-se dos itens que reduzem a competitividade da licitação em referência, uma vez que as medidas impedem a concorrência isonômica entre os licitantes, frustrando o caráter competitivo do certame.

Diante dos fatos acima narrados, do mandamento legal e da jurisprudência acima transcrita, esta impugnante requer que a r. Administração altere o edital, não alijando do procedimento licitatório empresas interessadas em participar do certame.

Deste modo, requer-se dos itens que reduzem a competitividade da licitação em referência, uma vez que as medidas impedem a concorrência isonômica entre os licitantes, frustrando o caráter competitivo do certame.

IV. DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer seja a abertura do certame adiada de forma a observar-se o prazo mínimo de 8 dias úteis conforme determina o art. 4º, V, da Lei nº 10.520/02 c/c o art. 21, § 3º da Lei nº 8.666/93.

Isto posto, a TIM requer:

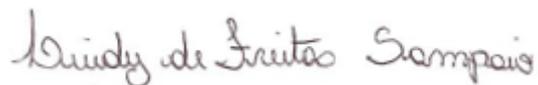
- (i) o acolhimento das razões expostas acima, de acordo com o disposto na lei, na doutrina e jurisprudência;
- (ii) a retirada do edital dos itens que restringem o caráter competitivo do certame;
- (iii) a republicação do Edital, após escoimados todos os vícios que maculam sua validade.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 15 de março de 2018.

TIM CELULAR S/A



Luidy de Freitas Sampaio