

**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, destaca-se a exigência editalícia do item 9.3 do Termo de Referência – ANEXO I:

9.3. Com relação ao item 2.9 (SMP-DADOS)

9.3.1. Serão contratados conforme demanda do órgão para utilização nas linhas disponibilizadas pela operadora.

9.3.2. Poderá ser contratado mais de um pacote de dados para uma mesma linha.

9.4. Com relação ao item 2.11 (SMP-CHIP)

9.4.1. Deverá ser fornecido chip avulso com linha ativa.

9.4.2. A cobrança desse item será mensal.

Em relação ao item acima supracitado, confirmou-se em resposta ao questionamento anterior, que se trata de uma contratação temporária, ou seja, quando a linha disponibilizada pela operadora tiver a sua franquia de 3GB ou 5GB de tráfegos de dados encerrada, a Administração poderá contratar um adicional de 1GB de tráfego de dados para esta linha, sendo que esta franquia adicional de 1GB terá vigência até o fechamento do ciclo de faturamento, após a virada do ciclo a franquia de dados é reestabelecida para 3GB ou 5GB conforme pacote contratado.

Sobre este item vale ressaltar que tal condição não é praticada no mercado, já que os órgãos fazem uma previsão certa do perfil de pacote/franquia de dados que irão utilizar em seus smartphones, sabendo que as operadoras oferecem franquia de dados com a devida redução da taxa após o atingimento da franquia. Se tal redução não atender, é importante que o usuário reavalie sua necessidade.

Nesse passo, se o MPOG ainda precisar contratar um pacote/franquia extra, torna-se essencial que haja previsão no Edital e no orçamento reservado para tal contratação, de forma que o órgão faça esta contratação com o custo da melhor tarifa vigente na época da contratação extra.

Desta forma, de modo que seja mitigada a possibilidade de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo e que haja a melhor contratação pelo MPOG, o Edital deverá ser ajustado, possibilitando às Licitantes em elaborar as propostas em conformidade com a prática do mercado deste setor.

Com efeito, é exigência da Lei n.º 8.666/1993 que o ato convocatório especifique todos os elementos que possam influir na elaboração das propostas. É o que se lê do art. 7º, §2º, inciso II da referida norma:

“Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:

(...)

§ 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;”

Bem por isso, conforme o comentário de Marçal Justen Filho :

“A obrigatoriedade da formulação de estimativas quanto aos custos necessários à execução do objeto destina-se a satisfazer várias finalidades.

Em primeiro lugar, trata-se de assegurar a seriedade do planejamento administrativo. Se a Administração desconhecer os custos, é inviável determinar a existência de recursos orçamentários, a modalidade cabível de licitação, o prazo necessário para executar o objeto, e assim por diante.

Depois, a Administração não disporá de condições para avaliar a seriedade das propostas apresentadas. Será inviável

identificar as ofertas despropositadas e destituídas de consciência. A Administração correrá o risco de contratar com um licitante destituído das condições mínimas de executar o objeto.

Ainda sob o prisma da avaliação das propostas, a existência de uma planilha de custos – a qual deverá balizar a proposta apresentada pelo licitante – permite à Administração identificar os próprios equívocos. [...]

Enfim, a planilha permite à Administração controlar a execução do contrato, ainda que, como é evidente, tal função envolverá também a planilha que acompanhou a proposta do licitante.”

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 assumira 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.

Tal medida, 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)”

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.

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:

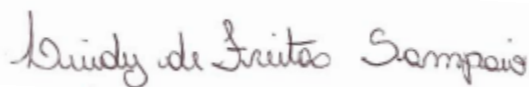
- (i) o acolhimento das razões expostas acima, de acordo com o disposto na lei, na doutrina e jurisprudência;
- (ii) a retirada do edital dos itens que restringem o caráter competitivo do certame;
- (iii) a republicação do Edital, após escoimados todos os vícios que maculam sua validade.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 15 de maio de 2018.

TIM CELULAR S/A



Luidy de Freitas Sampaio
Executivo de Contas Tim S.A