

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Pregão Eletrônico n.º 016/2016/ALE/RO – Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia - ALE/RO.

Impugnante: Telefônica Brasil S/A.

Ao (À) Sr.(a) Pregoeiro (a) da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia - ALE/RO.

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 ELETRÔNICO em epígrafe, com sustentação no §2.º do artigo 41 da Lei Federal n.º 8.666/1993 - aplicável por força do artigo 9.º da Lei Federal n.º 10.520/2002 - e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5.450/2005, pelos fundamentos demonstrados nesta peça.

I - TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade desta impugnação, dado que a sessão pública eletrônica está prevista para 15.07.2016, tendo sido, portanto, cumprido o prazo pretérito de 02 (dois) dias úteis previsto no artigo 41, §2.º da Lei Federal n.º 8.666/1993 e artigo 18 do Decreto Federal n.º 5.450/2005, bem como no item 11, subitem 11.3 do Edital do Pregão em comento.

II - OBJETO DA LICITAÇÃO.

O Pregão Eletrônico em referência tem por objeto a *“contratação de empresa especializada em telecomunicações e legalmente autorizada pela agência nacional de telecomunicações - ANATEL, com fornecimento de 100 mini modems novos, com a franquia mensal de 10gb, em regime de comodato, habilitados sob demanda, para acesso a internet móvel banda larga 4g em porto velho, para atender as necessidades da Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia pelo período de 12 (doze) meses, de acordo com as especificações e condições contidas no Termo de Referência e seus anexos”*.

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.

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

III - FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

01. ESCLARECIMENTO QUANTO AO CNPJ DA NOTA FISCAL E DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO E DA PROPOSTA DE PREÇOS.

O ato convocatório em apreço tem como objeto a contratação de empresa especializada telecomunicações para prestação de serviços de acesso móvel à internet (SMP) no estado de Rondônia.

No que tange aos critérios para apresentação dos documentos de habilitação e da proposta de preços, o item 9, subitem 9.7, alíneas ‘a’ a ‘c’ do Edital preconizam:

9.7. Sob pena de inabilitação, todos os documentos deverão ser apresentados da seguinte forma:

- a) se o licitante for matriz, todos os documentos deverão ser apresentados em nome da matriz;
- b) se o licitante for filial, todos os documentos deverão estar em nome da mesma, exceto aqueles que, comprovadamente, forem emitidos apenas em nome da matriz;
- c) se o licitante for a matriz, mas a prestadora do objeto deste edital ou a emissora da fatura/nota fiscal for filial, os documentos deverão ser apresentados em nome de ambas, matriz e filial.

Inicialmente, insta esclarecer que alguns documentos expedidos para a empresa Telefônica, ainda que utilizados para as filiais, são realizados em nome da Matriz Telefônica Brasil S.A.

Desta maneira, facilitando a agilidade e compreensão da análise dos documentos no certame, a empresa apresentará na fase de habilitação e proposta de preços os documentos em nome exclusivamente de sua matriz.

Entretanto, em função das legislações tributárias que são específicas para cada Estado e, por conseguinte, repercutem nos tributos e alíquotas incidentes, os faturamentos somente podem ser efetivados pela filial de cada Estado onde os serviços serão efetivamente prestados.

De fato, o pretenso problema de faturamento envolve uma questão preliminar relativa aos próprios critérios de incidência tributária.

Ressalta-se que não há qualquer problema neste procedimento, dado que, ainda que haja um problema de incidência tributária no que se refere à autorização para as filiais, a pessoa jurídica da contratação é a mesma daquela que efetivou a habilitação no certame.

Vale ressaltar que tal alteração não significa mudança da pessoa jurídica prestadora do serviço, dado que **se trata de apenas uma única pessoa jurídica e, portanto, de um único sujeito de direitos e obrigações**, sendo que a diferenciação do CNPJ ocorre apenas para efeito de Administração Tributária, com o foco na diferenciação entre a matriz e as filiais.

Desta feita, diante dos esclarecimentos, requer que seja aditado o ato convocatório - notadamente quanto aos aspectos levantados no dispositivo editalício supratranscrito -, de modo a admitir que o CNPJ das notas fiscais seja com a filial da licitante do Estado (ou no Distrito Federal) onde os serviços serão efetivamente prestados, mas, que na fase de habilitação e oferecimento de propostas sejam exigidos TÃO SOMENTE OS DOCUMENTOS DA MATRIZ, suficientes para comprovar quaisquer situações da empresa, como grupo societário, e resguardar direitos e deveres do contratante, assim como o contrato seja firmado com a matriz da empresa. Destarte, cumpre esclarecer que para melhor conferência do contratante, na nota fiscal será inserido além do CNPJ da filial que prestará o serviço também o CNPJ da matriz da empresa.

02. ESCLARECIMENTO QUANTO A TAXA DE TRANSMISSÃO APONTADA PARA FRUIÇÃO DOS SERVIÇOS DE DADOS. IMPOSSIBILIDADE DE GARANTIA DE QUALQUER VELOCIDADE QUE NÃO ATENDA AOS CRITÉRIOS SUSTENTADOS NO REGULAMENTO DE GESTÃO DA QUALIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL (RESOLUÇÃO N.º 575/2011) DA ANATEL.

Em relação ao acesso móvel à internet, os itens 2 (subitem 2.1) e 4 (subitem 4.3.1) do Anexo I – Termo de Referência apontam os elementos técnico-operacionais relacionados à solução de dados exigida, tal como se segue:

2.1. O referido termo tem por objeto a Licitação Para contratação de empresa especializada em telecomunicações, com fim de obter serviço de internet Móvel Banda larga e fornecimento de 100 (cem) mini modems novos –interface-USB banda larga tecnologia de **quarta geração (4mbps - 4G), em Porto Velho e no mínimo (1mbps - 3G) nos demais municípios**, que deverão ser habilitados a medida que ocorrem efetivas demandas, transmissão de dados padrão banda larga, permitindo acesso à internet em alta velocidade, nesta capital, e **velocidade mínima 50 KBPS no interior do Estado de Rondônia**, com interface USB para acesso à internet com Franquia de dados mensal de 10 Gigabytes, a fim de atender a Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia, destinado ao uso em computador portátil e em outros equipamentos da contratante, com valor fixo mensal e regime de comodato, conforme discriminações constantes neste termo. (grifo nosso).

4.3.1. Velocidade de transmissão de dados padrão banda larga, permitindo acesso à internet em alta velocidade, nesta capital, **e velocidade mínima 50 (cinquenta) kbps no interior do estado;** (grifo nosso).

Todavia, considerando a peculiaridade do serviço de Internet Móvel no aspecto da abrangência de locais de acesso (a critério do usuário), não é possível garantir os “*padrões de transmissão*” propostos nos dispositivos editalícios supratranscritos, dado que a **velocidade de conexão está condicionada a diversos fatores externos que interferem na tecnologia da rede, dependendo do local de acesso.**

Diferente situação sobreviria se o acesso à INTERNET ocorresse em local específico, dado que as circunstâncias de tempo e espaço constantes permitem um monitoramento real da velocidade em virtude da mínima variação promovida em rede, aplicável na hipótese em comento.

No caso da INTERNET móvel - especialmente considerando que existe uma preferência de voz sobre dados na transmissão do sinal - o local pode repercutir decisivamente na velocidade de acesso, considerando a concentração de outros sinais de qualquer natureza, questões climáticas e de relevo, tecnologia da rede de cobertura no local não ser 3G (GPRS/EDGE); quantidade elevada de usuários simultâneos na mesma antena (Erb - Estação Rádio Base); nível baixo de sinal celular, devido à distância ou a obstáculos entre o dispositivo móvel e a antena; baixa relação sinal/ruído na interface ar, devido a interferências externas; congestionamento na nuvem Internet, que poderá apresentar gargalos em seus roteadores e/ou servidores; baixo desempenho do PC, que poderá estar contaminado ou operando com processos paralelos, dentre outros fatores.

Ciente de todas as variantes que podem influir na velocidade de acesso proveniente do serviço de dados móvel, a ANATEL (agência reguladora do serviço de telecomunicações em território nacional) através da Resolução n.º 575 de 28 de outubro de 2011, aprovou o Regulamento de Gestão da Qualidade da Prestação do Serviço Móvel Pessoal – RGQ-SMP que aponta diretrizes e indicadores mínimos necessários à prestação do serviço telefonia e internet móvel, de modo a garantir ao usuário de SMP, boa qualidade na prestação dos serviços afins, comercializados em território pátrio.

Diante tal prospecto, cumpre destacar os artigos 22, 23 e 26 da mencionada Resolução, cuja redação segue abaixo transcrita:

Art. 22. Durante o PMT, a Prestadora deve garantir uma Taxa de Transmissão Instantânea na Conexão de Dados, tanto no download quanto no upload, em noventa e cinco por cento dos casos, de, no mínimo:

I - vinte por cento da taxa de transmissão máxima contratada pelo Usuário, nos doze primeiros meses de exigibilidade das metas, conforme estabelecido no art. 55 deste Regulamento;

II - trinta por cento da taxa de transmissão máxima contratada pelo Usuário, nos doze meses seguintes ao período estabelecido no inciso I deste artigo; e

III - quarenta por cento da taxa de transmissão máxima contratada pelo Assinante, a partir do término do período estabelecido no inciso II deste artigo.

§ 1º Esta meta é avaliada pelo indicador Garantia de Taxa de Transmissão Instantânea Contratada (SMP10).

(...).

Art. 23. A prestadora deve garantir uma Taxa de Transmissão Média nas Conexões de Dados, no PMT, tanto no download quanto no upload, de, no mínimo:

I - 60% (sessenta por cento) da taxa de transmissão máxima contratada nos doze primeiros meses de exigibilidade das metas, conforme art. 55 deste Regulamento.

II - 70% (setenta por cento) da taxa de transmissão máxima contratada nos doze meses seguintes ao período estabelecido no inciso I deste artigo.

III - 80% (oitenta por cento) da taxa de transmissão máxima contratada a partir do término do período estabelecido no inciso II deste artigo.

§ 1º Esta meta é avaliada pelo indicador Garantia de Taxa de Transmissão Média Contratada (SMP11).

(...).

Art. 26. As Prestadoras do SMP devem, no prazo de 120 (cento e vinte) dias a partir da entrada em vigor deste Regulamento, proceder à seleção e contratação da Entidade Aferidora da Qualidade para a execução dos procedimentos relativos à aferição dos indicadores de qualidade SMP10 e SMP11, dispostos nos artigos 22 e 23, respectivamente, e ao desenvolvimento do software de medição de que trata o art. 24.

O descumprimento dos parâmetros delineados pela Agência Reguladora implicará, nos termos do artigo 53 da Resolução em lume, na aplicação de sanções regulamentadas na Portaria n.º 784 de 26 de agosto de 2014, razão do fidedigno cumprimento dos indicadores elencados em norma por parte das concessionárias dos serviços de telecomunicações em território nacional.

Ademais os métodos de coleta, consolidação e envio dos indicadores de qualidade do SMP consubstanciam-se da atuação de Organismos de Certificação Credenciados (OCC), que mensuram tais elementos através da apreciação da condição de transmissão em áreas prefixadas; sendo, portanto desmedida a eventual consolidação de padrões apurados em áreas específicas, como nas dependências da contratante, considerando a mutabilidade de espaço inerente ao tipo de serviço objeto da pretendida contratação. Circunstância que macularia todo procedimento de gestão da qualidade dos sinais (voz e dados) transmitidos pela operadora adjudicatária.

Por tais razões, apesar da obrigatoriedade - por parte das empresas do segmento - de atendimento aos indicadores de qualidade de transmissão, é notório que **o desempenho da rede varia constantemente conforme o local em que esteja o usuário da INTERNET**, o que justifica a impossibilidade em se garantir o “padrão de transmissão” sustentado em ato convocatório.

Requer-se, para tanto, a alteração das disposições editalícias em epígrafe, no que toca à taxa de transmissão de dados, consonante indicadores de gestão de qualidades definidos pela ANATEL, de compulsivo cumprimento por empresas de telefonia móvel em conformidade aos critérios de medição, bem como áreas de coleta delineadas por Organismo de Certificação Credenciado (OCC), responsável pela emissão do relatório de qualidade.

Caso não seja alterada tal condição editalícia tangente ao acesso móvel à Internet, virtualmente acarretará na não-participação de operadoras na sessão pública de processamento do certame, em função dos ônus contratuais decorrentes da inadimplência (que seria iminente) quanto a tal obrigação durante a execução do ajuste.

Em que pese os apontamentos sobrepostos, caso o órgão licitador insista na manutenção dos “padrões de transmissão” então exigidos, solicita-se o desmembramento do serviço de dados dos demais que integram o objeto licitado, de modo a promover a apresentação coesa de propostas à peculiar demanda da administração (que forçosamente gerará um incremento nos custos da adjudicação desse específico objeto, em função, por exemplo, da instalação de reformadores de sinais aos locais de prestação/transmitância do serviço de dados).

Isto posto, compete a ALE/RO avaliar a real necessidade e consequentes impactos financeiros quanto à prestação de “serviço características peculiares” que inclusive descaracterizam a instauração do processo licitatório na modalidade Pregão, tal como ora adotado, (impossibilidade de enquadramento como serviço comum” - características usuais de mercado - nos moldes do artigo 1º da Lei Federal n.º 10.520/2002).

03. FORNECIMENTO SOB DEMANDA. IMPRECISÃO QUANTO AOS PRAZOS E QUANTITATIVOS. ILEGALIDADE.

O objeto do instrumento convocatório indica que os acessos serão ativos e os respectivos modems cedidos conforme demanda do órgão contratante durante o prazo de vigência do ajuste. Lado outro, as planilhas reproduzidas no dito ato de convocação - ver item 3, subitem 3.4 do Anexo I – Termo de Referência (de Perfil de Tráfego), Anexo VI – Modelo de Proposta de Preços e cláusula terceira do Anexo IX – Minuta do Contrato (de Formação dos Preços) - sustentam a cotação de acessos de dados e equipamentos em reserva técnica, sem sequer apresentar qualquer perspectiva de consumo futuro¹ acerca de total de linhas e modems projetados -100 (cem) unidades - ao suprimento da necessidade administrativa, base quantitativa para propositura dos preços e seleção da operadora interessada na disputa.

Ora, para a formulação das propostas, é fundamental que as licitantes tenham **conhecimento prévio e integral de todas as condições de execução do contrato, o que inclui os prazos de entrega e de execução de todas as suas parcelas** (artigo 40, inciso II, da Lei Federal n.º 8.666/1993).

De fato, exige-se da Administração um planejamento adequado, devendo a execução dos serviços **“programar-se, sempre, em sua totalidade, previstos seus custos atual e final e considerados os prazos de sua execução”** (artigo 8º da Lei Federal n.º 8.666/1993), sendo expressamente vedada **“a inclusão, no objeto da licitação, de fornecimento de materiais e serviços sem previsão de**

¹ Não há qualquer indicativo em edital acerca dos prazos (entrega e ativação) e quantitativos (acessos por categoria) relacionados a etapas de distribuição subsequentes (expectativa final – fornecimento inicial), prospecção que não pode ser admitida.

*quantidades ou **cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo***” (§ 4º do artigo 7º da Lei Federal n.º 8.666/1993).

O artigo 54, §1º da Lei Federal n.º 8.666/1993, por sua vez, determina a vinculação do contrato aos termos da licitação e da proposta de preços, *in verbis*:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, **em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam**. (grifo nosso).

E, ao contrário do que se pretende, os casos de demanda **superveniente** regulam-se pelo disposto no artigo 65, §1º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal n.º 8.666/1993), que permite o acréscimo ou supressão do objeto até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, por meio de Termo Aditivo devidamente publicado (artigo 61 da referendada Lei Federal n.º 8.666/1993).

Assim, a previsão ora impugnada viola todas essas normas, na medida em que se pretende licitar uma quantidade imprecisa de linhas, mediante a inclusão artificial na proposta de preços de uma parcela a ser executada em momentos desconhecidos e por prazos indeterminados, de modo a permitir a posterior alteração das condições inicialmente contratadas sem a celebração e publicação do instrumento aditivo correspondente.

Ora, o estudo realizado pela operadora para efetivar a cotação dos preços depende de segurança quanto à quantidade de linhas contratadas e equipamentos emprestados, bem como quanto aos prazos de entrega e períodos de execução de todas as parcelas.

Deste modo, ainda que se admita uma estimativa – e apenas uma estimativa – quanto aos minutos a serem utilizados por acesso, é evidente que **é perfeitamente possível definir a quantidade de linhas a ser efetivamente contratada pela Administração desde o início**.

Sendo assim, deve ser indicada no ato convocatório a quantidade precisa de linhas que se pretende contratar de imediato, **determinando-se o prazo de execução referente a cada uma (por qualquer ciclo de apuração no decurso do prazo de vigência do ajuste)**, como meio de se garantir o atendimento aos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da segurança jurídica, ou seja, requer-se a inclusão de cronograma de fornecimento dos acessos (voz, voz e dados e dados) em etapas inicial, intermediária e final de execução do objeto contratado, compatibilizando-se tais quantitativos à estimativa de tráfego planilhada, apurada em período limítrofe de execução dos serviços (vigência contratual).

04. ESCLARECIMENTO ACERCA DA RESPONSABILIDADE POR PERDA, FURTO OU ROUBO DOS EQUIPAMENTOS. ASPECTOS ENVOLTOS AO CUMPRIMENTO DA ESPECÍFICA EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. IMPUTAÇÃO INDUBITAVELMENTE DIRIGIDA À CONTRATANTE.

No que toca aos aspectos obrigacionais e operacionais envolvendo hipóteses de roubo, furto, extravio ou danos provocados pelo uso indevido dos equipamentos que serão cedidos para atendimento à solução proposta, o item 4, subitem 4.7.3 do Anexo I – Termo de Referência prevê:

4.7.3. A CONTRATADA devesse repor em no Máximo 48 (quarenta e oito) horas, um novo aparelho com o mesmo código de acesso, em caso de perda, roubo, furto ou danos, e efetuar a cobrança ao CONTRATANTE. O valor faturado deverá ser igual ou inferior ao preço recomendado/ofertado pelo fabricante ou pela CONTRATADA, no mercado de varejo, modalidade pós-paga.

Neste diapasão cumpre esclarecer que os custos da futura contratada podem ser mensurados em razão do **fornecimento inicial gratuito dos equipamentos**, o que não inclui eventuais danos causados por uso indevido, bem como casos de perda, furto ou roubo dos equipamentos, no curso da execução do contrato.

Trata-se de eventos supervenientes e extraordinários que causam um dano à contratada proprietária dos aparelhos, pelos quais a Administração deve responder em função do seu dever de guarda e conservação do bem, independentemente de culpa do agente público com a posse direta do aparelho.

Na hipótese em tela o ressarcimento deve ser proporcional ao valor real do equipamento, abatida a sua depreciação pelo uso regular, a título de compensação pelo prejuízo sofrido pela contratada com a perda do bem fornecido originalmente, ocorrida durante a posse e sob a guarda da contratante.

E, caso mantida a exigência de reposição do aparelho danificado, perdido, roubado ou furtado, mediante a entrega de um **novo equipamento**, o valor deste, **correspondente ao indicado na nota fiscal**, também deve ser pago à contratada, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, nos termos da alínea 'd' do inciso II do artigo 65 da Lei Federal n.º 8.666/1993.

Sendo assim, requer a retificação dos dispositivos editalícios supratranscritos de modo a comportar em caráter inequívoco as previsões de ressarcimento pela inoperância² ou perda do equipamento modem (e chip - SIM CARD) originalmente cedido e de pagamento em caso de reposição por aparelho/componente novo.

05. APARELHOS CEDIDOS EM REGIME DE COMODATO. ESCLARECIMENTO ACERCA DA ASSISTÊNCIA TÉCNICA AOS EQUIPAMENTOS.

Verifica-se que apesar de o ato convocatório, no item 5, subitem 5.4 (trecho inicial) do Anexo I – Termo de Referência, estabelecer a responsabilidade do fabricante pela assistência técnica dos aparelhos, este também - na parte final do citado dispositivo editalício e ainda no subitens 4.7.1, 4.7.2, 5.1 e 5.7 do mencionado Anexo I - reputa como responsabilidade da operadora contratada o cumprimento de tal diligência. Veja-se, pois:

4.7.1. Os equipamentos deveram ter garantia de um ano, bem como loja de assistência técnica, com sede preferencialmente nesta capital, caso contrário, ficara a CONTRATADA obrigada a tomar medidas de reparação, sem que isso acarrete qualquer ônus extra para a Contratante;

4.7.2. Reparação ou substituição de qualquer equipamento que apresentar defeito desde que não constado uso indevido do mesmo. Durante o período em que o aparelho originalmente fornecido estiver em reparo ou processo de substituição, de

² Em virtude do manuseio indevido do material cedido por parte da contratante.

forma a não gerar interrupção do serviço, sem que isso acarrete qualquer ônus extra para a Contratante;

5.1. (...). Assegurando ainda a troca imediata do equipamento que apresentar qualquer defeito físico ou de configuração insanável;

5.4. (...), ficando ainda obrigada a Contratada a manter assistência técnica nesta capital.

5.7 – Substituir as suas expensas, a totalidade o objeto do respectivo contrato em que se verifiquem vícios, defeitos ou incorreção idêntica, em 15% (quinze por cento) dos equipamentos, por caracterização de comprometimento de lote com defeito de fábrica;

Neste diapasão compete esclarecer que os materiais que serão fornecidos **constituem meio para a execução do objeto licitado, identificado como prestação de telefonia móvel (SMP - Serviço Móvel Pessoal).**

Isto posto, qualquer equipamento cedido deterá função meramente instrumental em relação à prestação dos serviços efetivamente licitados.

Esclarecida a obrigação principal que justifica a instauração do procedimento licitatório, conclui-se que os equipamentos cedidos não correspondem ao fim da prestação do SMP, **sendo ainda projetados, produzidos e inicialmente distribuídos por terceiros estranhos à relação obrigacional, cabendo, portanto, aos fabricantes a responsabilidade pelo regular funcionamento do produto durante o prazo de garantia.**

Cumpra ainda destacar que o instrumento de convocação é claro ao determinar a cessão de equipamentos em regime de comodato, que implica necessariamente na manutenção da propriedade do bem pela comodante e pelo **dever de guarda e conservação do mesmo pelo comodatário.** Veja-se o regramento que o Código Civil dá ao instituto:

Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de **coisas não fungíveis**. Perfaz-se com a tradição do objeto.(...)

Art. 581. Se o comodato não tiver prazo convencional, presumir-se-lhe-á o necessário para o uso concedido; não podendo o comodante, salvo necessidade imprevista e urgente, reconhecida pelo juiz, suspender o uso e gozo da coisa emprestada, antes de findo o prazo convencional, ou o que se determine pelo uso outorgado.

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.

Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

Art. 584. O comodatário não poderá jamais recobrar do comodante as despesas feitas com o uso e gozo da coisa emprestada.

Art. 585. Se duas ou mais pessoas forem simultaneamente comodatárias de uma coisa, ficarão solidariamente responsáveis para com o comodante. (grifos nossos).

Assim, atento à legislação consumerista brasileira que imputa ao fabricante a responsabilidade sobre o vício ou fato do produto, associado ao dever legal do comodatário acerca da guarda e conservação da coisa cedida em comodato, como se sua própria fora, conclui-se que, em caso de defeito técnico-operacional, o rito correto é o envio do objeto exclusivamente pela contratante para a assistência técnica do fabricante detectar eventual problema, bem como realizar um laudo técnico.

Somente após a apreciação criteriosa dos fatores que ocasionaram o defeito e a emissão do laudo técnico pela Assistência Técnica especializada e credenciada pelo fabricante será permitido adotar tantas diligências quantas forem necessárias à solução do problema, tais como o reparo do produto, a substituição do bem por modelo equivalente (em respeito às especificidades do terminal móvel) e encaminhamento ao contratante.

Por fim, é fundamental mencionar que a garantia concedida pela Assistência Técnica do fabricante não abrange os defeitos ocasionados pela utilização incorreta ou quebra do equipamento, visto que incumbe ao comodatário o reparo dos danos decorrentes de tais hipóteses.

Neste contexto, **não é possível imputar à operadora contratada qualquer obrigação que implique em iniciativa da manutenção e/ou substituição/reposição dos aparelhos**, dado que a responsabilidade relativa a tal conserto é exclusivamente do fabricante do equipamento, conforme exposto nestas

razões, devendo ser aditado o ato convocatório explicitando em caráter inequívoco tal disciplinamento.

06. EQUIPAMENTOS EM RESERVA TÉCNICA (BACKUP). ÍNDICE PERCENTUAL EXCESSIVAMENTE ALTO.

O item 5, subitem 5.6 do Anexo I – Termo de Referência determina que a operadora contratada deverá *“fornecer até 10% (dez por cento) de modems de dados adicionais, como unidade de reposição, para os casos de defeito sem ônus para a contratante nos casos em que o defeito não houver sido provocado por mau uso”*.

Quanto às previsões que exigem a entrega de equipamentos para reserva, ainda que não seja de responsabilidade da contratada a substituição dos aparelhos no caso de perda, roubo, furto, avaria por uso, ou defeito de ordem técnica, conforme exposto em fundamentos anteriores desta impugnação, caso seja necessária a estipulação de algum montante como reserva este deve ser feito num percentual que não onere demasiadamente a contratação.

A indicação de uma quantidade maior de aparelhos para satisfação do pleito administrativo **gerará inevitavelmente um acréscimo ao valor da contratação pelo maior custo do referido componente**, notadamente pela desnecessidade de que fique como “reserva” o montante acima exposto.

Assim, não há necessidade de que haja qualquer montante reserva, dado que o fabricante do produto (modem) possui plena condição de suprir qualquer necessidade da Administração.

De toda forma, ainda que se insista na manutenção de um percentual de chips em “backup”, sugere-se seja tal montante fixado em **5% (cinco por cento) sobre o montante total de componentes por remessa de chips solicitados**, para reserva em caso de roubo, furto, extravio ou inoperância dos originariamente fornecidos percentual este suficiente para atender as necessidades da contratante e evitando o encarecimento da contratação.

07. ESCLARECIMENTO ACERCA DA EXIGÊNCIA DE ENVIO DE DOCUMENTOS COMO CONDICIONANTE AO PAGAMENTO PELA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS CONTRATADOS. DESNECESSIDADE E DESPROPORCIONALIDADE NO ENCAMINHAMENTO DA DOCUMENTAÇÃO AUFERIDA.

O instrumento convocatório estipula na cláusula vigésima sétima do Anexo IX – Minuta do Contrato, condicionantes ao pagamento pelos serviços prestados, determinando a apresentação, juntamente à Nota Fiscal/Fatura, de documentos comprobatórios de regularidade fiscal, encargos sociais e obrigações de natureza trabalhista (pagamento de remuneração aos seus colaboradores), nos seguintes termos:

CLÁUSULA VIGÉSIMA SÉTIMA. A CONTRATADA **apresentará junto com a Nota Fiscal** discriminativa da execução do objeto do presente Contrato, **comprovantes de pagamento dos empregados** relativos ao mês vencido e do **recolhimento dos encargos sociais, trabalhistas e fiscais, bem como a quitação de impostos e taxas** que porventura incidam sobre a presente contratação. (grifo nosso).

É fundamental esclarecer, a respeito da exigência supramencionada, que é inviável o seu cumprimento, uma vez que causaria morosidade no envio dos documentos e prejuízos para ambas as partes. A **fiscalização** da execução dos contratos é atribuição legal da Administração (vide artigo 58, inciso III e artigo 67, ambos da Lei Federal n.º 8.666/1993), **o que, no entanto, se deve sempre fazer pelo meio menos oneroso.**

Neste sentido, insta ressaltar que **tais comprovações podem ser facilmente obtidas por meio da internet, pela própria Administração, nos sítios dos órgãos competentes ou cadastros públicos, como o SICAF.** Além disso, tais documentos estão vinculados a **prazos de validade maiores que um mês**, o que torna desnecessária a comprovação mensal.

Desta forma, o envio mensal de certidões e demais documentos constitui apenas um ônus desnecessário à contratada, bem como representa um aumento injustificado do custo para a prestação dos serviços.

Neste contexto, deverá ser afastada a obrigação indicada no instrumento de convocação, devendo ser enviado todo mês única e exclusivamente as notas fiscais/faturas decorrentes dos serviços prestados.

08. PRAZO EXÍGUO PARA ASSINATURA DO CONTRATO.

No que tange ao prazo de assinatura do contrato no item 14, subitem 14.1 do Edital preleciona:

14.1. A Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia convocará o licitante vencedor para assinar o “Termo de Contrato” (minuta anexo IX deste edital), que o fará no prazo de até 03 (três) dias úteis, a contar do recebimento da convocação, sob pena de decair do direito à contratação, sujeitando-se às penalidades aludidas neste edital e demais cominações legais.

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 - com o é também em relação à Assembleia Legislativa do Estado de Rondônia - 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 instrumento de convocação.

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**, 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 elucidado no próprio subitem supratranscrito, no subitem 16.5 do Edital, bem como em demais disposições editalícias relativas às penalidades aplicáveis à

“espécie”, situação esta que determinaria a opção da operadora por sequer participar da licitação, com restrição da competitividade em função deste fato.

Ademais deve ser suprimido do ato convocatório quaisquer eventuais indicativos atinentes à previsão de comparecimento dos administradores e/ou responsáveis pela empresa adjudicatária ao local indicado pela contratante para assinatura do termo correspondente, bastando tão somente o envio da documentação (contrato) via e-mail para operadora, que efetuará o cumprimento de tal diligência (análise, impressão e assinatura) e reenvio à sede da contratante - modo esse eficaz e dinâmico ao cumprimento da específica diligência.

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 15.07.2016, 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, sustentados 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 instrumento convocatório 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**,

Porto Velho/RO, 08 de julho de 2016.

TELEFÔNICA BRASIL S/A.

Nome do Procurador:

CPF:

RG: