

**Ilmo. Sr. Pregoeiro da Agência Municipal de Regulação de Serviços Delegados de Maceió
- ARSER**

Ref.: Impugnação aos termos do Edital do Pregão Eletrônico nº 044/2019 - CPL/ARSER

Telemar Norte Leste S.A (Em Recuperação Judicial), sociedade anônima, com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Bairro Centro, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 33.000.118/0001-79, doravante denominada "Oi", vem, por seu representante legal, com fulcro no art. 18 do Decreto n.º 5.450/2005, apresentar **Impugnação** aos termos do Edital em referência, pelas razões a seguir expostas:

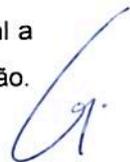
Razões de Impugnação

A Agência Municipal de Regulação de Serviços Delegados de Maceió – ARSER instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão Eletrônico, registrado sob o n.º 044/2019, visando a *"formalização de ARP para futura contratação de serviços de telefonia fixa, através de linhas convencionais, troncos digitais E1 e serviço de internet banda larga, cujas especificações, quantitativos e condições gerais encontram-se detalhados no termo de referência (ANEXO I)."*

Contudo, a Oi tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais 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 comprometidas o que não se espera, motivo pelo qual a Oi impugna os termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.



ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

1. EMIÇÃO DE NOTA FISCAL COM CNPJ DA EMPRESA CONTRATADA

O Edital deste certame licitatório, no item 16.2, alínea "e" do Edital exige *que "Caso a contratada opte por efetuar o faturamento por meio de CNPJ (matriz ou filial) distinto do constante do contrato, deverá comprovar a regularidade fiscal tanto do estabelecimento contratado como do estabelecimento que efetivamente executar o objeto, por ocasião dos pagamentos."*

Mencionada exigência, no entanto, não encontra previsão legal e, além disso, se mostra ofensora a prescrições licitatórias e tributárias. Vejamos.

Do ponto de vista licitatório, o artigo 29 da Lei n. 8.666/93 possibilita, ao participante da licitação, que comprove sua regularidade fiscal com documentação do domicílio ou da sede. Portanto, há uma **alternatividade** entre um ou outro, podendo a licitante apresentar documentação da sua filial ou da matriz.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União já teve oportunidade de afirmar "[...] que, se a matriz participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu CNPJ. Ao contrário, se a filial é que participa da licitação, todos os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados em seu nome e de acordo com o seu próprio CNPJ." (Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário).

Vale salientar que **matriz e filial não são pessoas jurídicas distintas**. A matriz e a filial representam estabelecimentos diferentes pertencentes à mesma pessoa jurídica (TCU, Acórdão n. 3.056/2008 - Plenário). Por isso, não há óbice em o estabelecimento matriz ter sido habilitado e a filial entregar os produtos/serviços contratados.

Entretanto, no que concerne à questão tributária, a diferenciação matriz/filial assume relevância. Isto porque, sendo os serviços de telecomunicação tributados por ICMS (art. 155, II, da CF/88), imposto estadual, cada filial é contribuinte no Estado em que domiciliada.

Assim, as notas fiscais devem ser emitidas no CNPJ da filial do local onde é prestado o serviço, pois é este estabelecimento, nos termos do artigo 127, II, do Código Tributário Nacional, o contribuinte de ICMS para o Estado.

Desse modo, para contratação de serviços de telecomunicação, a exigência prevista no item 16.2, alínea "e" do Edital, ofende o art. 29 da Lei n. 8.666/93, pois força a participação da filial na licitação, contrariando a alternatividade autorizada pelo mencionado dispositivo legal.

Diante do exposto, requer a alteração do item indicado para que, de forma a cumprir os pressupostos legais que regem a matéria tributária, sem prejuízo da Lei 8.666/93, seja emitida nota fiscal com o CNPJ da filial, não obstante o contrato seja firmado pela matriz.

2. EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUESTÃO SUBJETIVA NO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA

O item 19.1.3, alínea "a" do Edital exige, a título de comprovação da qualificação técnica, a apresentação de "*Pelo menos 01 (um) atestado, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando expressamente que a licitante forneceu/executou satisfatoriamente objeto compatível com o licitado*".

Porém, o art. 30 da Lei n.º 8.666/93 assim determina:

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, **vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;**

(...) § 5º **É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.**" (grifo nosso)

Dessa forma, a Lei de Licitação não admite em momento algum, a adoção de critérios subjetivos para comprovação da capacidade técnica. O que se exige, é que o atestado evidencie a sua compatibilidade com o serviço ora licitado e não o grau de satisfatoriedade na sua execução.

Ademais, o atestado de capacidade técnica não abrange questões de cunho subjetivo, mas apenas objetivo. Assim, não há uma forma pré-determinada para averiguar este grau de satisfação, o que causa uma total insegurança jurídica ao particular por desconhecer os mecanismos de apuração desta satisfação pelo órgão, ainda mais, considerando que os atestados em regra, não possuem este tipo de informação.

Dai surgem as seguintes dúvidas: como isto será avaliado pelo órgão? Mostra-se legal e legítima esta medida que se pretende adotar, ou seja, possui respaldo na lei? A capacidade técnica poderá ser medida pela satisfação de outro cliente?

Nota-se, por todo o exposto, que não há razões para prosperar esta exigência a qual se mostra totalmente infundada e ilegal, pois intenciona embutir critérios subjetivos em um documento que, pela natureza do que se pretende evidenciar (aptidão técnica), é cabalmente objetivo.

Logo, não há correlação com o grau de satisfação e a comprovação da capacidade técnica de uma empresa em prestar determinado serviço. Afinal de contas, o primeiro abarca questão de cunho eminentemente subjetivo, enquanto a outra, objetivo.

Nesse sentido, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, ao dispor sobre as exigências de qualificação, estabelece que:

"Art. 37 (...)

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)

Os atos da Administração Pública, para serem válidos, devem respeitar o princípio da razoabilidade, também chamado pela doutrina de Princípio da vedação de excessos. Ou seja, as exigências perpetradas pela Administração não poderão conter excessos e deverão ser razoáveis em relação ao seu objeto.

A própria Constituição da República determina que somente devem ser toleradas "*exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*"

61

Com efeito, a doutrina nacional defende que a atuação da Administração na fase de habilitação dos licitantes **sem rigorismos inúteis e excessivos**, que só fazem afastar licitantes, sem qualquer vantagem para a Administração e comprometendo a verdadeira competição.

Para o ilustre Adílson Abreu Dallari¹:

"A doutrina e a jurisprudência indicam que, no tocante à fase de habilitação, como o objetivo dessa fase é verificar se aquelas pessoas que pretendem contratar têm ou não condições para contratar (essa é a essência, isto é, o fundamental), interessa para a Administração receber o maior número de proponentes, porque, quanto maior a concorrência, maior será a possibilidade de encontrar condições vantajosas.

Portanto, **existem claras manifestações doutrinárias e já existe jurisprudência no sentido de que, na fase de habilitação, não deve haver rigidez excessiva; deve-se procurar a finalidade da fase de habilitação, deve-se verificar se o proponente tem concretamente idoneidade. ... Deve haver uma certa elasticidade em função do objetivo, da razão de ser da fase de habilitação; interessa, consulta ao interesse público, que haja o maior número possível de participantes."**

Como visto, a doutrina é expressa ao exigir cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. *Ad argumentandum tantum*, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Por todo o exposto, requer a adequação do item 19.1.3, alínea "a" do Edital, de modo que o Atestado de Capacidade Técnica, para comprovar a qualificação técnica das licitantes, seja relacionado a existência de compatibilidade do objeto a ser licitado e não satisfatoriedade em sua execução, sob pena de violação ao art. 30, § 1º, inciso I e § 5º da Lei n.º 8.666/93.

3. GARANTIAS À CONTRATADA EM CASO DE INADIMPLÊNCIA DA CONTRATANTE

O item 26.2 do Edital, o item 30.1.8 do Termo de Referência e a Cláusula VIII, parágrafo primeiro da Minuta do Contrato dispõem que no caso de atraso no pagamento a ser efetuado pela contratante a contratada, os cálculos dos valores devidos deverão observar as regras ali traçadas.

¹ in "Aspectos Jurídicos da Licitação", 3ª edição, p. 88

Não obstante, cumpre trazer à baila o art. 54 da Lei n.º 8.666/1993, que estabelece a aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado no âmbito dos contratos administrativos. Adiante, verifica-se que o art. 66 da Lei de Licitações determina que "o contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial".

Nesse sentido, verifica-se que o eventual descumprimento da obrigação de pagamento da Contratante deverá gerar as devidas consequências. No caso em quadra, caracteriza-se a mora por parte da Contratante. Em assim sendo, deverá ressarcir a Contratada no que tange aos ônus de mora, a saber: juros moratórios, multa moratória e correção monetária.

Verifica-se que a necessidade premente de ressarcimento baseia-se no fato de que não pode a Contratada suportar o atraso do pagamento das parcelas sob pena de desequilíbrio da relação contratual. Ademais, a mora da Administração culminada com a não incidência dos encargos devidos gera incondicionalmente o locupletamento sem causa desta.

Por fim, verifica-se que os percentuais referentes à multa e juros moratórios devem se dar, respectivamente, à razão de 2% (dois por cento) sobre o valor da fatura e 1% (um por cento) ao mês. A correção monetária deve se operar com base no IGP-DI, índice definido pela FGV. A razão pela fixação de tais parâmetros se dá na prática usual do mercado em geral, incluindo o de telecomunicações. Verifica-se que, impostos valores aquém do exposto, pode-se gerar para a Administração situação de flagrante desequilíbrio, influenciando, em última análise, no equilíbrio econômico-financeiro da Contratada.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União assim se manifestou:

"(...) 1.5 Em seu voto que fundamentou o Acórdão 1931/2004-Plenário, o Relator, Excelentíssimo Senhor Ministro Walton Alencar Rodrigues, ao analisar a pretensão do Órgão de não pagar a atualização monetária à empresa contratada, assim discorre: Essa solução, além de não se harmonizar com o princípio jurídico que veda o enriquecimento sem causa à custa alheia, aplicável às relações jurídicas de toda a espécie, não se conforma com a Constituição Federal (art. 37, inciso XXI) e com a Lei 8.666/93 (art. 3º), que determinam a manutenção das condições efetivas da proposta nas contratações realizadas pelo poder público. 11.6 Na sequência, discorre sobre o índice utilizado para o cálculo da atualização monetária: Apesar de reconhecer o direito da contratada à correção monetária dos valores pagos em atraso pela Administração, salienta que o critério adotado pela Secretaria de Infraestrutura do Governo do Estado do Ceará não foi tecnicamente adequado. Conforme salientei no voto condutor do Acórdão 1503/2003 - Plenário, a utilização da Taxa Referencial - TR é devida apenas para as operações realizadas nos mercados financeiros de valores mobiliários, seguros, previdência privada, capitalização e

futuros, a teor do disposto no art. 27, §5º, da Lei 9.069/95. Portanto, deveria o órgão responsável ter aplicado a variação dos índices contratualmente estabelecidos (colunas da Fundação Getúlio Vargas), os quais melhor refletem a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação. 11.7 Naquele caso, havia sido paga a atualização monetária calculada pela Taxa Referencial - TR, entendendo o Relator que deveria ser utilizado o Índice da Fundação Getúlio Vargas, que 'melhor reflete a evolução de preços dos insumos envolvidos no objeto da contratação'. (...) 1.10 Quanto ao pagamento de juros, ainda no voto mencionado, destacamos os trechos que seguem: (...) Com relação ao cabimento dos juros moratórios, entendo oportuno tecer algumas considerações. (...) Como tal, negar à empresa contratada a composição de perdas e danos decorrentes de mora da própria Administração atentaria contra o primado da justiça que arrosta o enriquecimento sem causa, mesmo que essa exigência não esteja prevista em lei ou em disposição contratual. (...)".(AC-1920-09/11-1 Sessão: 29/03/11 Grupo: I Classe: II Relator: Ministro UBIRATAN AGUIAR - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria)

Pelo exposto, faz-se necessária a alteração do item 26.2 do Edital, do item 30.1.8 do Termo de Referência e da Cláusula VIII, parágrafo primeiro da Minuta do Contrato referente ao ressarcimento referente ao atraso no pagamento da parcela contratada por parte do Contratante, de modo a incidir multa de 2% sobre o valor da fatura no mês de atraso, juros de mora na ordem de 1% ao mês e a correção monetária pelo IGP-DI.

Referente ao Termo de Referência

4. DO BLOQUEIO DE LIGAÇÕES

O item 6.8, transcrito abaixo, versa sobre a possibilidade de bloqueio e desbloqueios de ligações, porém vale ressaltar que a central a qual será interligado o Tronco E1 é de propriedade da Prefeitura e não da proponente. Desta forma, cabe a Prefeitura a realização de bloqueios de ligações em sua Central e não ao fornecedor do Tronco, uma vez que a responsabilidade de manter a central é da Prefeitura.

"6.8 Os serviços prestados pela CONTRATADA devem incluir a possibilidade de bloqueio e desbloqueio, sem ônus a PREFEITURA DE MACEIÓ, de recebimento e bloqueio de ligações a cobrar, bloqueio de chamadas entrantes e saíntes, bloqueio de chamadas para celular, bloqueio total de chamadas originadas, da utilização serviços telefônicos disponíveis através de códigos

69

0900 e 0300, de originar ligações de longa distância, sempre quando solicitado pela PREFEITURA DE MACEIÓ”.

Desta forma, solicitamos a retirada do item em questão.

5. DA FORMA DE ABERTURA DE CHAMADO

O item 6.16, transcrito abaixo, versa sobre a forma de abertura de chamado e o prazo de encerramento do mesmo. Porém, percebe-se que o restabelecimento deverá se dá em até 6 horas após a abertura do chamado técnico, que poderá se dar por meio de telefone, ofício ou e-mail. O início de contagem do tempo fica muito claro quando o chamado é aberto por telefone, porém por meio de ofício ou e-mail, não permite uma contagem de prazo coerente, pois não significa dizer que um envio de um ofício ou e-mail tenha sido entregue ao setor correto que possa dar início ao tratamento do reparo. Por exemplo, um ofício pode ser entregue ao setor de protocolo da Proponente ou um e-mail que pode estar direcionado a setor diferente do responsável por internalizar o reparo, ou seja, o ofício ou e-mail chegou a empresa prestadora do serviço, mas não ao setor responsável por acionamento a tratamento do reparo.

“6.16 Zelar pela perfeita execução e fornecimento dos serviços contratados, devendo as falhas que porventura venham a ocorrer serem sanadas em até 06 (seis) horas da abertura do chamado que poderá ocorrer via telefone, ofícios ou e-mails”.

Sendo assim, solicitamos a adequação do texto para que sejam excluídas as possibilidades de abertura de chamado por ofício ou e-mail. Ou, que o prazo seja contado após o recebimento pelo setor responsável pelo reparo na empresa prestadora do serviço.

6. DA PORTABILIDADE

O item 7.2, transcrito abaixo, versa sobre a portabilidade dos números fixos atuais para a faixa de ramal/DDR. Pode-se observar também no item 19.2, também transcrito abaixo, a possibilidade de interceptação dos números atuais, sem ônus a Contratante, informando os novos códigos de acesso digitais. Desta forma, entendemos que em caso de não ser viável tecnicamente a portabilidade, poderá haver tal interceptação com a disponibilização da informação do novo acesso digital.

“7.2 Os números devem ser portados mantendo a mesma faixa de numeração dos telefones fixos desta Prefeitura. Esta operação de portabilidade deverá ser feita sem ônus a CONTRATANTE e deverá ser feita diretamente com a atual operadora”.

“19.2 A Empresa vencedora do certame deverá interceptar, sem ônus para a PREFEITURA de MACEIÓ, as chamadas dirigidas aos antigos códigos de acesso, das localidades onde haverá substituição de linhas diretas analógicas por links E1/DDR e informar os novos códigos de acesso digitais, conforme Regulamentação do STFC”.

Assim, solicitamos a adequação do texto do item 7.2 com a inclusão de possibilidade de interceptação e disponibilização de informação do novo código de acesso digital para os casos em que não se tenha viabilidade técnica para a portabilidade do número atual.

7. DO PRAZO DE INSTALAÇÃO DO LOTE 3

O item 21.2, conforme transcrito abaixo, versa sobre o prazo de instalação de 314 acessos banda larga em um intervalo de apenas 30 dias corridos. Percebe-se que o prazo é inexecutável, uma vez que 30 dias corridos dão em média 20 a 22 dias úteis, ou seja, teria que se instalar 314 acessos em 22 dias, o que daria uma média de 14 instalações por dia, sendo que a maioria dos órgãos da Prefeitura só possuem expediente até as 14 horas.

"21.2 No momento da migração será permitido prazo de ativação de todos os acessos de no máximo 30 dias corridos contados a partir da data da solicitação".

Desta forma, sugerimos a adequação do texto permitindo a ampliação deste prazo para até 100 dias e, em conformidade com cronograma a ser montado com a Prefeitura de Maceió, de acordo com a disponibilidade dos técnicos da Prefeitura que irão acompanhar as ativações.

Pedido

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a Oi, requer que V. S^a julgue motivadamente a presente Impugnação, no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Maceió – AL, 02 de maio de 2019.



Nome: Genilson Vinhas Batista

Cargo: Executivo de Negócios

RG: 467188 SSP - MT

CPF: 346.443.341-30