



ILMO.(A) SR.(A) PREGOEIRO(A) DA AGÊNCIA MUNICIPAL DE REGULAÇÃO DE SERVIÇOS DELEGADOS DE MACEIÓ – ARSER

Ref.: EDITAL-RETIFICADO DE PREGÃO ELETRÔNICO – ARSER/DL nº 024/2018

TIM CELULAR S.A. (“TIM”), sociedade anônima com sede na Av. Giovanni Gronchi, 7.143, São Paulo, SP, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 04.206.050/0001-80, neste ato representada consoante instrumento de mandato anexo, vem, respeitosamente, apresentar **IMPUGNAÇÃO** ao Edital do PREGÃO ELETRÔNICO – ARSER/DL nº 024/2018 da Agência Municipal de Regulação de Serviços Delegados de Maceió – ARSER com fundamento no 7.3 do referido ato convocatório em face de incorreções e discrepâncias nele encontradas, pelos motivos de fato e direito que passa a expor:

PRELIMINARMENTE

A Impugnante pede *venia* para reafirmar o respeito que dedica à digna Administração e aos doutos profissionais que a integram.

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.



II. DA ILEGALIDADE DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A licitação de que se cuida tem por objeto “registro de preços para contratação do Serviço de Telefonia Móvel Pessoal – SMP, nas modalidades local (VC1), Longa Distância Nacional (VC2 e VC3), com Roaming Nacional e Roaming Internacional automático, utilizando o sistema GSM, sendo com o fornecimento de: 550(quinhetos e cinquenta) telefones móveis perfil 1 padrão voz, 140 (cento e quarenta) smartphones perfil 2 juntamente com 140 (cento e quarenta) pacotes de dados 10 (dez)GB, 128 (cento e vinte e oito) smartphones com 128 (cento e vinte e oito) pacotes de dados 20 (vinte)GB, perfazendo o quantitativo de 818 (oitocentos e dezoito) aparelhos telefônicos. Também deverão ser fornecidos 10 (dez) tablets com 10 (dez) pacotes de dados de 30 (trinta)GB, 50 (cinquenta) modems 4G com 50 (cinquenta) pacotes de dados de 30 (trinta) GB e 5 (cinco) Chips SMS com pacote de 5000 (cinco mil) mensagens. Todos os serviços em grupo corporativo, com o fornecimento dos respectivos aparelhos serão no regime de comodato, de acordo com as especificações mínimas ou superior às descritas em conformidade com as condições deste Edital e respeitando as cláusulas de regulamentação do Serviço Móvel Pessoal (SMP), para atendimento a todos os órgãos e secretarias que fazem parte da estrutura administrativa da Prefeitura de Maceió, tendo como gestor a SECRETARIA MUNICIPAL DE GESTÃO – SEMGE, de acordo com as normas e regulamentos específicos aplicáveis ao serviço pelos contratos ou termos de concessão, permissão ou autorização celebrados entre as prestadoras dos serviços e Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL em regime de comodato por um período mínimo de 12 (doze) meses..”

Analisando o instrumento convocatório em epígrafe, verifica-se que o mesmo contém previsões incompatíveis com a Constituição e com as Leis que regem as licitações públicas, uma vez que faz exigências que acabam por restringir a participação de empresas interessadas em competir no procedimento licitatório.

III. DA TEMPESTIVIDADE

A Lei Federal nº 8.666/1993, em seu artigo 41§, 2º dispõe que o prazo para propor impugnação é de até o segundo dia útil que anteceder a sessão da licitação, vejamos:



“2o Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.”

O artigo retro citado refere-se à concorrência, tomada de preços, convite ou concurso. No entanto, a lei 10.520/2002 que instituiu a modalidade de Pregão, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelece que a lei 8.666/93 será aplicada subsidiariamente às licitações na modalidade de pregão:

“Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.”

Neste contexto, em observância ao disciplinado na Lei de Licitações, bem como no subitem 7.3 do instrumento de convocação sobre o prazo de interposição de impugnação, deverá ser considerado o prazo de até 2 (dois) dias úteis anteriores à data da licitação. Assim, em estrita consonância com a legalidade a presente Impugnação é **tempestiva**.

IV. DOS FUNDAMENTOS

Inicialmente, destaca-se que o disposto no Termo de Referência – Anexo I, subitem 2.5, especificamente na descrição dos serviços dos itens 2 e 3, uma vez que se tratam de serviços divergentes, de pacote de dados e assinatura do plano de telefonia (voz), sendo essencial que a Administração providencie a adequação da Tabela 1, de modo que reflita na prática de mercado de SMP.

Ainda no Termo de Referência, observamos que a descrição detalhada do projeto, no item 5.2.2, não apresenta adequadamente a previsão acerca do serviço de dados, tendo



em vista que a prática do mercado de telecomunicações (Serviço Móvel Pessoal) atua com velocidade máxima da rede para a tecnologia disponível na localidade e compatível com o equipamento utilizado até a franquia contratada, e redução de velocidade para 100Kbps nos pacotes utilizados em smartphone e 256 Kbps nos acessos utilizados em modem/tablet, após o atingimento desta franquia.

Sem o referido ajuste as Licitantes se veem impedidas de elaborar uma proposta comercial adequada, podendo resultar no desequilíbrio econômico-financeiro do projeto, prejudicando assim na melhor oferta e da contratação mais vantajosa à Administração.

Dos serviços de voz, o item 7.1.2 do Termo de Referência estabelece que o bloqueio e desbloqueio da linha para roaming nacional e internacional, no caso de tarifação adicional e deslocamento. Neste sentido, a TIM esclarece que, para segurança da Administração, todos os acessos móveis são bloqueados para roaming internacional, sendo permitido o desbloqueio pelo Administrador do Contrato nomeado pela Administração por meio do atendimento especializado na Central de Atendimento (0800). Ademais, vale elucidar que O custo dos serviços de voz e dados são cobrados de forma avulsa por de minuto utilizado ou kilobyte utilizado, respectivamente, conforme regras da ANATEL para faturamento por cobilling de roaming internacional.

De acordo com o subitem 7.1.4, as consultas de saldo, por meio de mensagem SMS, voz, aplicativo ou solução deverão informar quando os acessos atingir 50% do saldo.

No intuito de permitir a participação de um maior número de licitantes no certame, a Impugnante requer que no serviço de gestão de voz não seja exigido o serviço de alerta para consulta do saldo uma vez que este é adequado aos planos pré-programados como (Pré-pago). Ressaltamos de que não há necessidade aviso, tendo em vista que o pacote contrato configurado no gestor, terá limitador de minutos de acordo com a configuração disponível pelo administrador do contrato.

Dos serviços de dados, o item 8.2 disciplina que as linhas contratadas deverão ser capazes de utilizar a tecnologia GPRS/EDGE nos casos onde a cobertura 3G ou superior seja inadequada/inexistente. Visando oferecer uma melhor experiência em velocidade para

dados aos seus clientes, a TIM apresenta no portfólio de produtos e serviços modems que alcançam a partir da tecnologia 3G, não sendo possível a navegação na rede 2G.

Desta forma, cabendo fomentar a competitividade vis a vis a melhor contratação por esta r. Administração, a TIM pugna para que o referido item seja revisado de modo que o serviço de dados seja adequado ao praticado pelas players de telecomunicações no país.

No Termo de Referência- ANEXO I, 10. Dos equipamentos, subitem 10.4: *“A vencedora do certame será obrigada a substituir o equipamento quando o mesmo apresentar defeito no prazo de até 7 (sete) dias corridos ou 2 (dois) horas de conversação.”*

No subitem 11.2: *“Deverão também ser fornecidos equipamentos reserva (BACKUP) pela CONTRATADA, na razão de 5 (cinco por cento) da quantidade total fornecida especificada no ANEXO C (QUANTITATIVO DE EQUIPAMENTOS POR GRUPO DE SERVIÇO), respeitando o mínimo de 1 (uma) unidade. Serão entregues ao contratante para atendimento de emergência, em caso de perda, roubo, furto, defeito ou mau funcionamento e demais situações que impossibilitem o uso do equipamento principal.”*

De acordo com a previsão editalícia do subitem 11.5, a substituição de equipamentos que venham a apresentar defeito não gerará ônus para o Contratante, salvo quando comprovado o dolo ou o mau uso do equipamento.

Quanto às exigências em questão, a TIM informa que se baseia no artigo 12 do Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/1990), este que prevê que a responsabilidade do 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.

Mister mencionar que é praxe do mercado de telecomunicações o fornecimento de quantitativo a escolha do Contratante de aparelhos para reserva, sendo certo que não serão 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.

Assim sendo, a obrigação exigida nos itens do Termo de Referência supra citados caracteriza-se pela incerteza e imprevisibilidade, dado ser impossível estimar os custos marginais decorrentes da obrigação ora impugnada. Neste sentido, na hipótese do licitante admitir a participação e adimplência a esta condição, estaria diante da hipótese de desconhecimento dos custos necessários à execução do objeto, cabendo observar a lição do Mestre 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.”

Neste sentido, mais uma vez, o item impõe incerteza e imprevisibilidade aos licitantes, além da possível onerosidade excessiva decorrente de tais condições.

Outrossim, 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 deveria 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.”

O inciso I, § 1º do artigo 3º da Lei 8666/93 também veda que se inclua nos editais cláusulas ou itens que possam restringir a participação de empresas interessadas e que frustem o caráter competitivo do certame. Vejamos:

“§ 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”

Nestes termos, o TCU já se posicionou por diversas vezes neste sentido:

“9.3.1. abstenha-se de incluir nos instrumentos convocatórios condições não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em atendimento ao disposto no art. 3º da Lei nº 8.666/93;”. (Acórdão 2079/2005 – 1ª Câmara)

“8.2.6 abstenha-se de impor, em futuros editais de licitações, restrições ao caráter competitivo do certame e que limitem a participação de empresas capazes de fornecer o objeto buscado pela Administração Pública, consoante reza o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93;” (Decisão 369/1999 – Plenário)

“Observe o § 1o, inciso I, do art. 3o da Lei 8.666/1993, de forma a adequadamente justificar a inclusão de cláusulas editalícias que possam restringir o universo de licitantes.” (Acórdão 1580/2005 – 1ª Câmara).

Com desenvoltura, acerca do assunto, o jurista Marçal Justen Filho versa:

“O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter “competitivo” da licitação” (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 11º Ed, São Paulo: Dialética, 2005, p. 63). (g.n.)

Para se realizar um certame competitivo e, por consequência, gerar para a Administração Pública vantagem na contratação do serviço objeto deste Edital, é necessário que adapte esta exigência do Edital, se baseando na prática do mercado de telecomunicações.

Ainda no Termo de Referência, destaca-se o item 21 que estabelece condições a respeito da tabela de serviços e prazos: *“Reparo do serviço (isolado) e Reparo do serviço”*.



Sobre os itens supracitados, a TIM pugna para que o Edital seja claro acerca dos detalhes dos tipos de reparo para que as Licitantes possam verificar a viabilidade de atendimento dentro prazo estabelecido.

Nesse sentido, é importante a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “no §1º, inciso i, do mesmo artigo 3º, está implícito outro princípio da licitação, que é o da competitividade decorrente do princípio da isonomia: é vedado aos agentes públicos **‘admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato’**” (grifo nosso).

Por conseguinte, devem ser transcritas as melhores doutrinas a respeito dos supracitados princípios, os quais são inerentes a todo processo licitatório: Do Amplo Acesso à Licitação (Competitividade), segundo a melhor doutrina de Marçal Justen Filho:

“respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter ‘competitivo’ da licitação”.

“o STJ já decidiu que ‘as regras do procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa’”.

Diante dos fatos acima narrados, do mandamento legal e da jurisprudência acima transcrita, esta impugnante requer que a d. Comissão altere e republique o Edital com todas as informações necessárias, concedendo a oportunidade a esta empresa de participar da licitação em comento.



Com referência às obrigações imputadas à Contratada nos itens 14.1.11 do Termo de Referência, 11.2.13 da Minuta da Ata de Registro de Preços e Cláusula Quarta da Minuta do Contrato, a obrigação estabelecida imputa à empresa contratada assumir responsabilidade por todo e qualquer dano causado na execução do contrato.

Ora, a Lei 8.666/93, 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.” (grifos nossos)*

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 de Contrato quando estabelece que a Contratada deve responder danos e prejuízos, inclusive lucros cessantes, a qualquer título, causados à Contratante ou a terceiros, advindos da prestação dos serviços contratados.

Na elaboração do Instrumento convocatório 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 por “**qualquer/quaisquer dano (s) (...)**”, 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.

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.

Não pode o Edital deixar de trazer informações imprescindíveis, impedindo as empresas interessadas de elaborarem suas propostas, 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 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.”¹

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.”²

¹ MS nº 5693-DF, 1ª S., rel. Ministro Milton Luiz Pereira, DJ de 22.5.00.

² TJ/RJ – 17ª Câmara Cível – Agravo de Instrumento 2000.002.15219.

Diante dos fatos acima narrados, do mandamento legal e da jurisprudência acima transcrita, esta impugnante requer que a d. Comissão altere e republicue o Edital com todas as informações necessárias, concedendo a oportunidade a esta empresa de participar da licitação em comento.

No que tange à obrigação do administrador público de cumprir a lei e exercer o seu poder-dever de administrar, vale citar a lição do ilustre Hely Lopes Meirelles³ que, em sua consagrada obra de Direito Administrativo Brasileiro, assim se pronuncia:

"A legalidade como princípio da Administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na Administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa 'deve fazer assim'.

As leis administrativas são, normalmente, de ordem pública e seus preceitos não podem ser descumpridos,

³ Meirelles, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. 22ª edição, Malheiros, 1997, pp. 82, 88, 89.

nem mesmo por acordo ou vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos.” (g.n)

Diante dos dispositivos legais e entendimentos doutrinários supramencionados, resta evidenciada a impossibilidade de a Administração contrapor-se ao estabelecido na regulamentação vigente.

V. DO PEDIDO

Em face do exposto, 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, em conformidade com o artigo 21, §4º da lei 8.666/93.

Nestes Termos,
P. Deferimento

Rio de Janeiro, 27 de abril de 2018.



TIM CELULAR S.A.

