

Ref.: Pregão Nº 32/2019

TIM S.A., com sede na Rua Fonseca Teles nº 18 a 30, São Cristóvão, Rio de Janeiro/RJ, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.421.421/0001-11 (doravante "TIM"), neste ato representada conforme instrumento de mandato anexo, com fundamento no item 13.4 e seguintes do Edital do Pregão Nº 32/2019 em epígrafe ("Edital"), vem apresentar **IMPUGNAÇÃO**, pelas razões que passa a expor.

PRELIMINARMENTE

A Impugnante pede *venia* para reafirmar o respeito que dedica à digna Câmara Municipal 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.

I. Da Tempestividade

A Câmara Municipal de Sorocaba/SP publicou o instrumento convocatório referente ao Pregão Nº 32/2019 ("Pregão"), marcando a data de abertura das propostas para o dia 06 de janeiro de 2020.

Assim, em atenção ao item 13.4 do Edital, o prazo de 2 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para abertura das propostas se encerra em 02 de janeiro de 2020, sendo inquestionável a tempestividade da presente impugnação.

II. Da Ilegalidade Do Instrumento Convocatório

A licitação de que se cuida tem por objeto a *“contratação de pessoa jurídica para a prestação de Serviço Móvel Pessoal – SMP – legalmente autorizada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), com fornecimento de aparelhos em comodato, conforme descrição constante no Termo de Referência, Anexo II, deste edital.”*

Analisando o instrumento convocatório em comento, 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. Do Mérito

Inicialmente, a TIM ressalva quanto às disposições editalícias acerca do fornecimento dos aparelhos móveis de forma acessória ao objeto da presente licitação, qual seja, a prestação de serviços:

“4.1 –A Contratada dará garantia de todos os serviços prestados e equipamentos fornecidos, comprometendo-se a refazer e corrigir as imperfeições técnicas apuradas durante o prazo de fornecimento.”

“4.4 – A contratada é obrigada a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas ex-pensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou in-correções resultantes da execução ou de materiais empregados.”

Neste sentido, observada a regra supracitada, cabe elucidar que os problemas inerentes ao aparelho celular fornecido na contratação dos serviços devem ser de responsabilidade do fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador do produto.

Voluntariamente, as operadoras atuam pelas trocas dos aparelhos que apresentarem defeitos de fábrica em até 7 dias a contar a partir do recebimento destes, sem qualquer ônus ao Contratante.

Caso sejam identificados defeitos nos equipamentos no prazo superior aos 7 dias, observado o prazo de garantia fornecido pelo fabricante, o Contratante deverá encaminhar o aparelho defeituoso à assistência técnica autorizada do fabricante, conforme contatos disponibilizados por esta operadora.

Os aparelhos serão entregues ao órgão com garantia de realização de reparos, sem ônus à Contratante, durante toda a vigência do contrato, e se for constatado que a natureza do defeito é de fábrica, a assistência técnica irá proceder de forma a solucionar a questão.

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

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)”

Nesse passo, cabe observar que o item que descreve o objeto a ser licitado irá restringir a participação de empresas interessadas e que frustre 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”

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

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

A 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.”

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

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

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

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

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

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

Sobre o tema, o correto tratamento atribuível à figura do comodato deve ser observado, 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.”

Outrossim, vale apontar que o Edital apresenta condições incoerentes à prática do mercado de telecomunicações e ainda exige condições inadequadas à manutenção da isonomia entre as Licitantes.

É imperioso esclarecer o conceito de comodato, que se trata do empréstimo gratuito de coisas não fungíveis, que se perfaz com a tradição do objeto. Acrescenta-se que o comodato é um contrato unilateral, através do qual alguém (pessoa física ou jurídica) entrega a outra pessoa uma coisa infungível, para ser utilizada por determinado tempo e devolvida findo o contrato.

Ainda no mesmo sentido, cabe destacar o trecho do item 5.3, que dispõe que, em caso de perda, roubo ou furto, a contratada não terá responsabilidade pelo ônus da reposição do referido aparelho.

Diante do cenário de fornecimento dos equipamentos por comodato, cabe ao comodatário cuidar e zelar do bem emprestado, e como de praxe no mercado, nos casos de solicitação de reposição de aparelhos por perda/roubo/furto/extravio ou mau uso, a Contratante deverá restituir à TIM pelo valor pro rata do aparelho constante na Nota Fiscal.

Ora, é evidente que o Edital de licitação não pode prever condições que restrinjam a competitividade.

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

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

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.

Assim, em que pese o estabelecimento das especificações dos serviços que se pretende contratar seja decisão discricionária da Administração Pública, por força do princípio da legalidade, esta deve pautar suas decisões pelos princípios que orientam o procedimento, expressamente previstos na legislação em vigor, e principalmente, pelo interesse público que se pretende atingir com aquele ato.

A Câmara cita no Anexo II acerca das características dos aparelhos cedidos em comodato:

“Tipo B – (Aparelho celular com pacote de dados de 10 GB): 09 unidades

B1) Tecnologia 4G ou superior

B2) Tela entre 5,5” a 6,4”

B3) Resolução em pixels de 720p (FHD).”

Observada a regra editalícia destacada, entende-se que houve um erro material no item B3, uma vez que 720p e (FHD) são resoluções distintas que não podem ser fornecidas através de um único aparelho. A resolução HD possui 1280 x 720 pixels e a resolução Full HD (FHD)

possui 1920 x 1080 pixels. Assim, entende-se que devido as outras características apresentadas no Tipo B, o órgão está pleiteando a resolução HD.

Nesse passo, a TIM pugna por maiores esclarecimentos da Câmara acerca das características citadas, sendo essencial para a realização da licitação o ajuste no instrumento convocatório, de modo que as especificações não estejam distorcidas ou contraditórias frente às práticas do mercado de telecomunicações.

Ora, é evidente que o Edital de licitação não pode prever condições que restrinjam a competitividade.

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).

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.

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

Assim, em que pese o estabelecimento das especificações dos serviços que se pretende contratar seja decisão discricionária da Administração Pública, por força do princípio da legalidade, esta deve pautar suas decisões pelos princípios que orientam o procedimento, expressamente previstos na legislação em vigor, e principalmente, pelo interesse público que se pretende atingir com aquele ato.

Diante do exposto, a TIM requer sejam adequadas as condições apresentadas no Edital, de modo que reflita conforme as práticas de mercado atuais, viabilizando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato que será firmado.

IV. Do Pedido

Ante todo o exposto, a TIM requer o integral provimento da presente impugnação para que seja revista a modelagem do objeto do Pregão Nº 32/2019, determinando-se a realização dos pertinentes ajustes no Edital, com a sua subsequente retificação e republicação, de acordo com a regulamentação vigente.

Termos em que,
pede deferimento.



TIM S.A.

André Renato de Almeida Menezes

Executivo de Contas Governo SP

CPF : 002.317.417-07

Telefone: 11-981130604

E-mail: aamenezes@timbrasil.com.br