

**Impugnação - EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 006/2019 R1**

1 mensagem

Julio Cezar Moura De Souza <jcmoura@timbrasil.com.br>
Para: "licitacao.dperj@gmail.com" <licitacao.dperj@gmail.com>
Cc: Renata Lemos Cons <rcons@timbrasil.com.br>, Norberto Braz Filho <nobfilho@timbrasil.com.br>

22 de maio de 2019 16:33

Prezado pregoeiro, boa tarde.

A Tim S.A, visando participar deste conceituado certame, vem, respeitosa e tempestivamente, apresentar a presente impugnação.

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Ref.: EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 006/2019 R1

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, neste ato representada conforme instrumento de mandato anexo, com fundamento no item 1.6 e seguintes do Edital do Pregão Eletrônico para Registro de Preços Nº 006/2019 R1 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 Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro 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. Tempestividade

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro publicou o instrumento convocatório referente ao Pregão Eletrônico para Registro de Preços Nº 006/2019 R1, marcando a data de abertura das propostas para o dia 24 de maio de 2019.

Assim, em atenção ao item 1.6 do Edital, o prazo de 2 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para abertura das propostas se encerra em 22 de maio de 2019, sendo inquestionável a tempestividade da presente impugnação.

II. Da Ilegalidade Do Instrumento Convocatório

A licitação de que se cuida tem por objeto "o registro de preços para prestação de serviços de acesso à internet 4G(LTE) ou superior sem fio, através de 1000 (mil) mini modems em comodato, conforme as especificações contidas no Termo de Referência - Anexo I".

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 destaca acerca da previsão editalícia que descreve o objeto ora licitado:

“2.1 O objeto deste pregão é o registro de preços para prestação de serviços de acesso à internet 4G(LTE) ou superior sem fio, através de 1000 (mil) mini modems em comodato, conforme as especificações contidas no Termo de Referência - Anexo I.”

Ora, observada a descrição em referência, a TIM elucida acerca da cobertura do serviço de mobilidade. Como é de conhecimento, as operadoras de telecomunicações não atendem todas as localidades, principalmente considerando que se trata de um serviço de mobilidade, a depender de diversos fatores.

Ainda, há flagrante infringência no Termo de Referência. Vejamos:

“3.1 Com a contratação ora pretendida, estima-se o alcance dos seguintes resultados:

3.1.2 Disponibilizar acesso à internet sem fio possibilitando acesso ao processo eletrônico e sistemas da Defensoria Pública de qualquer lugar, facilitando o trabalho dos Defensores Públicos.”

À luz das regras da ANATEL, as operadoras que detêm outorgas para prestação do SMP devem atender cobertura em 80% da área urbana do distrito sede do município, e, além disso nem toda operadora tem obrigação de atender áreas rurais.

Sabe-se que no Serviço Móvel Pessoal, a cobertura depende das mais diversas circunstâncias, a exemplo de condições geográficas, áreas de sombra e barreiras das próprias construções, tais como localização no subsolo ou determinados tipos de edificações etc.

Desta forma, a garantia de cobertura em todas as localidades de interesse da Defensoria depende da avaliação técnica prévia das Licitantes. Para isso, torna-se essencial que a Defensoria forneça as coordenadas dos endereços onde o serviço contratado será utilizado.

Ademais, para maior precisão de atendimento da cobertura exigida pela r. Administração, é recomendada a verificação da cobertura existente em cada uma das localidades pelo corpo técnico da TIM, de maneira a compreender com exatidão que tipo de providências que seriam necessárias para garantir a observância deste requisito, bem como os investimentos necessários.

Cogitar o atendimento da cobertura de sinal, sem a prévia verificação técnica pela operadora de telecomunicações em cada uma das localidades implicaria aos licitantes riscos incalculável e inadmissível no contrato administrativo.

Desta forma, cabe frisar acerca da peculiaridade do serviço móvel, observando a regra setorial estabelecida pela agência reguladora. Assim, observada a necessidade de transparência e eficiência na contratação pública, a TIM pugna pela manifestação de resposta Administração, de modo que esteja declaradamente entendido que, onde porventura a operadora contratada não possua cobertura 4G, o serviço possa ser prestado utilizando na tecnologia 3G ou 2G.

A TIM destaca: *“4.17 A central deverá ser acionada através de sistema WEB, e-mail único e canal de atendimento tipo 0800 (ligação gratuita), disponibilizados pela CONTRATADA. Não serão permitidos ligação a cobrar ou tipos 0300 e 4004.”*

Ora, com referência ao item supra, vê-se que há complexidade em exigir a garantia de as funcionalidades na ferramenta de gestão dos acessos, uma vez que cada operadora atua com seu parceiro, o que varia nas funções do sistema de gestão. Assim, a TIM pugna pela viabilidade de acionamento alternativamente por sistema web, e-mail único ou canal de atendimento tipo 0800 (ligação gratuita), disponibilizados pela Contratada.

No que pese as condições de fornecimento dos equipamentos (modems), a TIM destaca:

“15.5.2 O licitante deverá apresentar documento que demonstre que está autorizado pela ANATEL e pelo fabricante a comercializar os Mini Modems bem como a prestar os serviços descritos neste termo de referência.”

Com referência ao item acima, a Impugnante ressalva que as licitações de contratação deste serviço não abrangem tanta exigência, sendo excessivamente desviada da documentação exigida nas contratações realizadas pela Administração Pública.

Vale citar que as operadoras possuem como *core business* a prestação do serviço de telecomunicações, no entanto, a produção dos equipamentos/acessórios é de competência e responsabilidade dos fabricantes.

Assim, qualquer questionamento ou exigência do fornecimento de documentos da fabricante não devem refletir na operadora contratada para prestar o serviço.

Ora, além disso, a exigência de autorização do fabricante para a comercialização se faz excessiva e desconexa com o objetivo principal da licitação, qual seja, a seleção da proposta mais vantajosa à Administração Contratante, portanto, havendo condição exagerada, há considerável risco de afastamento de operadoras interessadas no certame.

O instrumento de convocação do certame estabelece no item 16.1 que poderá ser exigido do Licitante Arrematante a apresentação de amostras de cada um dos itens arrematados, a ser encaminhada ao pregoeiro, em endereço a ser oportunamente informado. As amostras apresentadas para análise deverão estar corretamente identificadas com o nome do licitante responsável pelo envio.

Sobre a condição em referência, a TIM pugna para a devida revisão de modo que reflita as práticas das licitações para contratação do mesmo serviço, uma vez que tal exigência prejudica imensamente às Licitantes, visto que deprecia na definição dos preços em proposta comercial, e ainda, há complexidade em virtude da dependência de disponibilidade nos estoques da Licitante, condição que impacta diretamente no cálculo dos preços.

Deste modo, cabe à Defensoria considerar que edital apresenta todas as especificações necessárias para que o Licitante possa fazer a sua proposta comercial, e, diante disto, cabe à Licitante observar estritamente as especificações técnicas estabelecidas no Edital e seus anexos, sendo, no caso de atendimento integral das características indicadas no instrumento convocatório, inquestionável à Defensoria acerca do cumprimento dos requisitos estabelecidos para o certame.

Oportunamente, a TIM destaca os critérios da UNIVASF para pagamento dos serviços ora licitados:

“20.3 Os pagamentos serão efetuados, obrigatoriamente, por meio de crédito em conta corrente da instituição financeira contratada pelo Estado, cujo número e agência deverão ser informados pelo adjudicatário até a assinatura do contrato;”

Acerca da aludida exigência, esta Impugnante elucida que o pagamento dos serviços por meio de crédito em conta corrente nos moldes estabelecidos pela Defensoria não conjectura com as práticas de mercado consolidadas, portanto, exige do vencedor do certame a criação de um sistema diferenciado de faturamento, assim alcançando em uma conflituosa organização das cobranças, devendo, por todos estes fatores, ser considerado.

Sobre o tema, primeiramente, é de se registrar que todas as prestadoras de serviços de telecomunicações adequaram seus processos de faturamento e cobrança às regras aplicáveis ao setor.

Diante disso, tornou-se prática homogênea no mercado a cobrança dos usuários por meio de boleto que acompanha todo o detalhamento dos serviços prestados de acordo com as exigências regulatórias.

Esse movimento culminou na construção de complexos sistemas eletrônicos que relacionam automaticamente o consumo e o faturamento.

Na medida em que o Edital prevê forma diversa para realização do pagamento, são negadas as práticas correntes no mercado de telecomunicações, fazendo com que, para o atendimento da Defensoria, o vencedor tenha que conceber um sistema de faturamento específico, particular que somente atenderá um único cliente.

Se persistir essa disposição no Edital, certo é que o vencedor terá que incorrer em diversos custos para elaborar o referido sistema de faturamento prejudicando a vantajosidade originária da licitação.

Diante dos fatos acima narrados, esta Impugnante requer que a d. Comissão manifesta expressamente acerca da adequação da modalidade de faturamento e cobrança dos serviços ora contratados em estrita conexão com o mercado de telecomunicações.

Assim, não pode o Edital fazer exigências ilegais e desproporcionais, 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:

“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.”

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, afim de ser possibilitado encontrar a proposta mais vantajosa para o erário e o interesse público.”

No que pese a exigência do item 20.9, há obrigação do contratado emitir a Nota Fiscal Eletrônica – NF-e, consoante o Protocolo ICMS nº 42/2009, com a redação conferida pelo Protocolo ICMS nº 85/2010, e caso seu estabelecimento esteja localizado no Estado do Rio de Janeiro, deverá observar a forma prescrita nas alíneas a, b, c, d e e, do §1º, do art. 2º, da Resolução SEFAZ nº 971/2016. Cabe elucidar que há flagrante desconexão com as regras fiscais do setor de telecomunicações, devendo a Defensoria revisar a obrigação e adequar às práticas do mercado setorial.

Oportunamente, a TIM ressalta a tabela de especificação dos serviços de internet:

Lote	Especificação	Unidade	Quantidade
01	<ul style="list-style-type: none"> - Acesso à internet sem fio, com fornecimento em comodato, de dispositivos de acesso para cada acesso contratado. - Volume de tráfego ilimitado para cada acesso, com disponibilidade de 24 horas por dia, sete dias por semana. - Disponibilização de serviço de roaming controlado individualmente para cada acesso. - Suporte Tecnologia 4G(LTE) ou superior. - O dispositivo de acesso Mini Modem e chip a ser fornecido em comodato deve ser externo ao equipamento de conexão e alimentação via USB 2.0, os mesmos deveram possuir drivers e outros arquivos necessários à instalação compatíveis com Windows XP, Windows 7, Windows 10 ou Superior. - Os Mini Modems deverão ser homologados pela ANATEL. - A franquia mensal do pacote de dados será de 5GB. 	UM	1000

Nesse contexto, a TIM esclarece que as operadoras oferecem franquia de utilização, sendo certo que, após o atingimento da franquia contratada, transcorre a redução da velocidade. No mesmo sentido, as Licitantes corroboram que a Defensoria adeque suas exigências para a presente contratação à luz das práticas do mercado de telecomunicações, especificamente no âmbito do SMP, ou seja, que o serviço de dados terá sua velocidade reduzida após atingida a franquia contratada.

No que pese o fornecimento de Serviço Móvel Pessoal, devidamente regulado pela ANATEL por meio da Resolução nº 477/2007 e da Resolução nº 632/2014, cabe trazer a baila que, de acordo com o mercado de telecomunicações bem como a orientação da Agência Reguladora, os pacotes do serviço de dados possuem franquia de utilização e após o atingimento da franquia contratada, transcorre a redução da velocidade.

Visto a existência da impugnação apresentada, conclui-se que a Defensoria compreende que o referido item correspondente ao assunto deverá ser reformado, de modo que esteja estabelecido de forma clara, sem indução às interessadas em praticar atos contra a disposição regular da ANATEL, bem com viabilize a participação de maior quantidade de licitantes no certame.

Nesse sentido, esta Licitante destaca quanto à essencial observação e prestígio à prática do mercado setorial, sendo fundamental o ajuste do Edital para que, após o alcance da franquia contratada o serviço de dados, a velocidade do serviço de dados seja reduzida a 100 kbps, conforme praticado por todas as operadoras do mercado de telecomunicações no Brasil.

A TIM destaca acerca da modalidade de fornecimento dos equipamentos móveis por comodato. Vejamos o que dispõe o Termo de Referência:

“4.6 Caberá a empresa a ser CONTRATADA, substituir os Mini Modems que apresentarem defeito por Mini Modems novos.”

Quanto às exigências em referência, 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 supracitados caracteriza-se pela incerteza e imprevisibilidade, dado ser impossível estimar os custos marginais decorrentes da obrigação ora impugnada. Neste sentido, na hipótese da 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.

Bem assim, 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, o custo decorrente 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 frustrem 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).

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.

Cabe destacar acerca das obrigações estabelecidas no Edital, especificamente no item 10.12.20, bem como nas cláusulas décima terceira, item “f” e décima quarta da Minuta do Contrato, em integral desconformidade com o que dita a Lei de Licitações e contratos administrativos, Lei Federal nº 8.666/1993.

Ora, o Estatuto das Licitações Públicas em seu artigo 70, deixa claro por quais danos a Contratada será responsável, 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.”

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 o edital e respectivos anexos quando estabelecem que o Administrado deve responder por todos os possíveis danos, tanto físicos quanto materiais, causados ao Contratante ou a terceiros, advindos da prestação dos serviços contratados.

Na elaboração do Edital e de seus anexos, o Administrador deve observar as normas legais, principalmente àquelas aplicáveis às licitações públicas. Por isso, ao estabelecer como obrigação da Contratada a responsabilidade por todos os prejuízos que porventura à unidade contratante ou a terceiros, em razão da execução da prestação de serviços decorrentes do presente Termo de Contrato, 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, infringindo ao que dita o princípio da legalidade, coronário aos atos da Administração Pública.

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 desfilada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para habilitação.”

Nesse passo, esta Licitante destaca quanto à essencial observação e prestígio aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, evidentemente regentes aos atos da r. Defensoria.

Conforme destaca a respeitável doutrina de José dos Santos Carvalho Filho, *“a razoabilidade é qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa.”*

No que pese a exigência excessiva, ora impugnada, é evidente que o Administrador Público deve se pautar pela proporcionalidade atendendo o trinômio da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da proporcionalidade, decorrência lógico-jurídica do princípio da razoabilidade, exige que os atos da Administração sejam praticados sopesando-se todos os interesses envolvidos, sem o desnecessário sacrifício de qualquer um deles.

Se persistir essa disposição no Edital, certo é que o vencedor terá que incorrer em diversos custos para elaborar o referido sistema de faturamento prejudicando a vantajosidade exigida pelo art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93.

Veja-se, a propósito que o art. 3º da Lei Federal n.º 8.666/93 estabelece que a licitação destina-se a seleção da proposta mais vantajosa. A vantagem buscada por meio de certames é assim conceituada segundo o Professor Marçal Justen Filho:

“A vantagem caracteriza-se como a adequação e satisfação do interesse coletivo por via da execução do contrato. A maior vantagem possível configura-se pela conjugação de dois aspectos inter-relacionados. Um dos ângulos relaciona-se com a prestação a ser executada por parte da Administração; o outro, vincula-se à prestação a cargo do particular. A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obriga a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação de custo benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.”

Tal medida, além de prejudicar a vantajosidade das propostas, acabaria por afetar 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.”

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.”

Se as razões acima não fossem suficientes para alteração do edital, ressalte-se ainda que a exigência em questão não é proporcional, pois não observa o trinômio necessidade/adequação/proporcionalidade no sentido estrito.

Assim, a Administração 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.

De tal modo, não pode o Edital conter exigências desnecessárias e desproporcionais, 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.

Infere-se, assim, que todas as exigências contidas no instrumento convocatório não podem ser excessivas ao ponto de evitar o maior número de licitantes possam participar do certame, fazendo com que a Administração contrate o melhor serviço pelo menor preço, alcançando vantajosidade para Administração Pública.

Diante dos fatos acima narrados, do mandamento legal e da jurisprudência acima transcrita, esta Impugnante requer que a Defensoria altere o edital, concedendo a oportunidade que que o maior número de empresas participe da licitação em comento.

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.

IV. 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.

Termos em que,
pede deferimento.


OBS: Em anexo segue documento de Inteiro teor



Esta mensagem, incluindo seus anexos, pode conter informações privilegiadas e/ou de caráter confidencial, não podendo ser retransmitida sem autorização do remetente. Se você não é o destinatário ou pessoa autorizada para recebê-la, informamos que o seu uso, divulgação, cópia ou arquivamento são proibidos. Portanto, se você recebeu esta mensagem por engano, por favor nos informe respondendo imediatamente a este e-mail e delete o seu conteúdo.

This message, including its attachments, may contain privileged or confidential information, and it must not be forwarded without the express authorization of the sender. If you are not the intended recipient, we hereby inform you that the use, disclosure, copy or filing are forbidden. So, if you received this message as a mistake, please inform us by answering this e-mail and deleting its contents

Questo messaggio, inclusi gli allegati, potrebbe contenere informazioni privilegiate e/o riservate, e non deve essere ritrasmesse senza l'autorizzazione del mittente. Se non siete il destinatario o la persona autorizzata a riceverlo, informiamo che il suo utilizzo, diffusione, copia o archiviazione sono proibite. Quindi, se avete ricevuto questo messaggio per errore, per cortesia ci informi rispondendo immediatamente a questa email e cancelli il suo contenuto

 **image2019-05-22-162606.pdf**
3565K