

Processo nº: 48500.00954/2007-11
Licitação: Pregão Eletrônico nº 13/2007
Assunto: Análise da IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

I – DOS FATOS

2. A empresa argumenta, em síntese, que:

a) O subitem 1.16.6, do Anexo III, do Edital determina que:

“1 – Descrição dos serviços a serem prestados pela Contratada:

1.16. Disponibilizar, sem ônus, os serviços de:

1.16.6 – Transferência de agenda telefônica entre os aparelhos cedidos.”

É plenamente legal a ANEEL exigir que os aparelhos que serão fornecidos em comodato pela Contratada suportem a transferência de agenda telefônica, todavia a responsabilidade por efetuar essa transferência, quando necessária, será da própria ANEEL, e caso essa autarquia não consiga realizar tal procedimento deverá procurar a fabricante do aparelho, empresa que detém o conhecimento pleno e absoluto da tecnologia empregada no aparelho celular, podendo, então, sanar possíveis falhas ou executar a transferência da agenda telefônica. Em outras palavras, não cabe a Contratada, operadora de telefonia que tem como função, única e exclusiva, prestar o Serviço Móvel Pessoal, se responsabilizar por uma obrigação que é da fabricante do aparelho celular ou, quando muito, da própria Contratante.

b) O subitem 1.18.8.1, do Anexo III, reza que:

“1 – Descrição dos serviços a serem prestados pela Contratada:

...

1.18.8 A cobrança da facilidade roaming internacional, por parte da Contratada, deverá ser feita com base nos valores originalmente cobrados pelas prestadoras internacionais.

1.18.8.1. Deverão ser encaminhados documentos comprobatórios do valor praticado pelas operadoras internacionais com os quais a empresa mantém convênio para fundamentar os valores cobrados da ANEEL.”. Em que pese a solicitação da ANEEL para que a Contratada encaminhe documentos que comprovem o valor dos serviços cobrados pelas operadoras internacionais, não há meios de garantir a permanência dos preços praticados pelas operadoras de telefonia internacionais, pois essas estão subordinadas a legislações próprias do seus países, o que pode acarretar na variação de preços praticados sem qualquer controle da Contratada..

c) A Cláusula Quarta, subcláusula 4.1.4, da Minuta do Contrato determina que é obrigação da Contratada

*“apresentar e disponibilizar à Contratante, soluções que garantam a confiabilidade e qualidade das comunicações, **atualizando seus equipamentos sempre que surgirem outros de tecnologia mais avançada, cuja atualização não ocorrerá no prazo inferior a 12 (doze) meses;**”*

A exigência editalícia mencionada não tem qualquer amparo na legislação vigente, sendo contrária à ordem legal, o que inviabiliza sua classificação como cláusula exorbitante. É imperioso esclarecer que as operadoras de Telefonia Móvel Pessoal não são as fabricantes dos aparelhos celulares e, portanto, a aquisição dos mesmos, para fornecimento à Contratante, não é gratuita. Ou seja, a aquisição de novos aparelhos acarretará elevados custos à Contratada os quais deverão ser repassados à Contratante. Sendo assim, não pode haver previsões de que os aparelhos sejam substituídos, sem qualquer ônus para a Administração, em obediência ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo..

d) A subcláusula 4.1.11 da Minuta do Contrato determina que é obrigação da Contratada “repassar a CONTRATANTE, no ato da renovação do contrato a ser firmado, todos os preços e vantagens oferecidas ao mercado, inclusive os de horário reduzido, sempre que estes forem mais vantajosos que os ofertados no respectivo contrato”;

No entanto, a generalidade da previsão relativa às vantagens pretendidas, bem como à universalidade dos usuários, impede, de início, o seu cumprimento pela Contratada. Ademais, importante frisar que não existem meios de apurar-se se foi concedido desconto para tal ou qual cliente e, ainda, cotejá-lo com o contrato em curso. Corroborando com este entendimento, tanto a Lei Geral de Telecomunicações (art. 103), quanto o Regulamento dos Serviços de Telecomunicações (art. 50) vedam o repasse indiscriminado de descontos, afirmando que os descontos de tarifa somente serão admitidos quando extensíveis a todos os usuários que se enquadrem nas condições, precisas e isonômicas, para sua fruição.

e) A Cláusula Décima da Minuta de Contrato prevê que:

“10.1 Os preços contratados poderão ser repactuados, visando a adequação aos novos preços de mercado, observados: o interregno mínimo de 1 (um) ano, contado a partir da data limite para a apresentação da proposta, e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.”

Da análise da cláusula editalícia acima constata-se que os valores contratados poderão ser reajustados, contudo, não há menção ao índice a ser utilizado como base de cálculo para esses reajustes. Como é cediço, no âmbito dos serviços de telecomunicações, o índice a ser utilizado como base de cálculo no reajuste dos valores contratados é aquele expresso na Resolução n.º 420, de 25/11/05, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, qual seja, Índice de Serviço de Telecomunicações - IST.

f) Os subitens 1.18.1, 1.18.2.4 e 1.18.2.6 do Anexo III e a Planilha constante do Anexo IV utilizam a nomenclatura VC1 para as ligações móvel-móvel.

Nesse diapasão, é mister trazer à baila o art. 3º, da Resolução n.º 316, de 27 de setembro de 2002, expedida pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, in verbis:

“Art. 3º, Para fins deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições:

XXVI – Valor de Comunicação: valor devido pelo Usuário, por unidade de tempo, pela realização de comunicação:

XXVII – Valor de Comunicação 1: VC1: valor devido pelo Usuário, por unidade de tempo, pela realização de chamadas destinadas a Código de Acesso do STFC associado à área geográfica interna à Área de Registro de origem de chamada.”

Nos termos da Resolução n.º 316/02 da ANATEL, a sigla VC1 somente é utilizada para o serviço móvel-fixo e não para o serviço móvel-móvel. Com efeito, o serviço descrito no edital como “chamadas realizadas entre os números da mesma raiz (mesma operadora) dentro da área de registro” trata-se do denominado VC. Logo, a nomenclatura adotada nos subitens 1.18.1, 1.18.2.4 e 1.18.2.6 do Anexo III e na Planilha constante do Anexo IV para as ligações móvel-móvel, qual seja, VC1 móvel-móvel, está equivocada, uma vez que a nomenclatura correta para essas ligações é VC móvel-móvel.

g) Com relação à Minuta de Contrato, outro ponto que merece destaque refere-se ao pagamento a ser efetuado pela Contratante. Com efeito, destaca-se a falta de previsão de juros e penalidades, em caso de inadimplemento da Administração. A falta de previsão destas garantias essenciais à Contratada ofende, veementemente, o disposto nos arts. 40, XIV, “c” e 55, III, ambos da Lei n.º 8.666/93.

II – DA ANÁLISE

3. Após análise das razões apresentadas pela impugnante, dos argumentos apresentados, através do Memorando n.º 292/2007-SAF/ANEEL pela área demandante dos serviços – SAF, do Parecer n.º 191/2007-PF/ANEEL e dos termos do Edital, cujo objeto é a contratação de empresa autorizada para prestação de Serviço Móvel Pessoal – SMP, com fornecimento de 136 (cento e trinta e seis) aparelhos digitais, incluindo a facilidade de roaming nacional e internacional e transmissão de dados, temos a consignar o seguinte:

a) É faculdade da Administração Pública decidir quais serviços deseja contratar e definir sobre a forma de execução e demais exigências. Não caracteriza despropósito a obrigação de a CONTRATADA viabilizar a transferência de agenda telefônica entre os aparelhos. A própria impugnante, em contrato celebrado com esta Agência (cf contrato nº 14/2005), sujeita-se a obrigação semelhante, sem que haja ocorrência de qualquer problema durante a execução do contrato no que se refere a transferência de agenda telefônica entre os aparelhos.

b) O envio de documentos à ANEEL que fundamentem os valores cobrados pelo serviço de Roaming Internacional será exigido somente quando a CONTRATADA emitir faturas / notas fiscais relativas a esses serviços. Tal exigência não se aplica aos licitantes e não caracteriza condição para participação do certame.

c) A licitante deve incluir em sua proposta todos os custos diretos e indiretos decorrentes da execução contratual. A Administração não permitirá a inclusão de qualquer custo adicional, inclusive no que tange à atualização tecnológica dos aparelhos cedidos à ANEEL. Ademais, a substituição dos aparelhos somente ocorrerá em caso de prorrogação

contratual, no interesse da Administração, após decorridos 12 meses de vigência do contrato.

d) Essa exigência deriva do dever constitucional previsto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, bem como do artigo 3º da lei 8.666/93, ou seja, selecionar a proposta mais vantajosa para Administração. O interesse público tem supremacia na execução contratual e, ao vislumbrar condições mais vantajosas no mercado, a Administração tem o dever de buscar condições semelhantes em detrimento de seus compromissos. Portanto, solicita-se que seja mantida tal exigência no edital. Salienta-se, contudo, que não há incongruência entre o exposto no edital e o entendimento da impugnante no que tange à necessidade de homologação pela ANATEL dos possíveis descontos a serem repassados à ANEEL, relativos ao Plano de Serviços contratado.

e) O decreto 2.271/97, depois de proibir a inclusão de disposições nos instrumentos contratuais que permitam a indexação de preços por índices gerais, setoriais ou que reflitam a variação de custos, estabeleceu no art. 5º que os contratos administrativos por ele disciplinados, entre estes, o de telefonia, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua, poderão admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos estabelecidos, devidamente justificada. O Edital de Pregão Eletrônico nº 13/2007, em seu anexo V, cláusula décima, prevê a possibilidade de repactuação, forma mais adequada para o ajuste do valor do contrato.

f) No anexo III do edital:

No item 1.18.1, onde se lê **VC1 M/M**, leia-se **VC M/M**.

Nos subitem 1.18.2.2, 1.18.2.5 e 1.18.2.6, onde se lê **VC1 móvel-móvel**, leia-se **VC móvel-móvel**. No anexo IV do edital: Onde se lê **VC1 M/M**, leia-se **VC M/M**.

g) O edital prevê em seu subitem 7.12 o pagamento de juros moratórios de 12% (doze por cento) ao ano sobre a parcela em atraso "pro rata die". Ademais, a lei 8.666/93, em seu artigo 78 inciso XV, estabelece a possibilidade de o CONTRATADO suspender o cumprimento de suas obrigações no caso de atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração. Desnecessário dizer que, independentemente de constar no edital, a ANEEL está sujeita ao que está expresso em lei. Não cabendo, conforme entendimento da área gestora do futuro contrato – SAF, a previsão de qualquer outra penalidade ou multa.

Conforme Parecer da Procuradoria Federal junto a Aneel, a exigência de multa em razão de descumprimento afigura-se impertinente. O Tribunal de Contas da União já se manifestou no sentido de que é cabível tal previsão contratual, contudo entre ser cabível e ser uma obrigatoriedade existe uma enorme diferença. Encontra-se, pois, dentro do juízo de discricionariedade da Administração incluir ou não cláusula atinente a multa.

III – DO DIREITO

4. A impugnação foi apresentada no prazo previsto nos termos do Decreto nº 5.450/05.

5. O Edital e as cláusulas ora impugnadas estão em consonância com os princípios da Administração Pública, contidos no artigo 37 da Constituição Federal, e com os princípios do artigo 3º da Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações).

6. Assim sendo, as cláusulas ora impugnadas não restringem o caráter competitivo do certame nem infringem qualquer dispositivo legal; ao contrário, obedecem aos ditames da legislação e dos princípios da Administração.

IV – DA DECISÃO

7. Diante do exposto, e com base nos termos do memorando encaminhado pela área que demandou a contratação dos serviços, o Pregoeiro decide por dar provimento **PARCIAL** à impugnação, no que concerne a *alínea (f)*, apresentada e alterar os termos do edital.

EMANUEL CÂMARA DE ARAÚJO
Pregoeiro

Processo: 48500.00954/2007-11
Licitação: Pregão nº 13/2007
Assunto: Impugnação ao edital

Adoto, na íntegra, o relatório e os fundamentos enfocados pelo Pregoeiro, para, no mérito, dar provimento PARCIAL à Impugnação, no que concerne a *alínea (f)*, apresentada pela empresa 14 Brasil Telecom Celular S.A. e alterar os termos do Edital de Pregão 13/2007.

Brasília, 04 de maio de 2007.

AUREO DE ARAUJO SOUZA
SUPERINTENDENTE DE LICITAÇÕES E DE CONTROLE DE CONTRATOS E CONVÊNIOS