

Assunto: Impugnação / Esclarecimentos - Oi S/A - Edital de Tomada de Preço nº 01/2021

De: Isabel Cristina De Jesus Fontanive <isabel.fontanive@oi.net.br>

Para: "licitacao@camaracolombo.pr.gov.br" <licitacao@camaracolombo.pr.gov.br>

Tue, 13 Apr 2021 18:04:50 +0000

Prezado Presidente da Comissão de Licitações,

A Oi S/A vem, respeitosamente, apresentar pedido de esclarecimento e impugnação do processo Preço nº 01/2021, para vossa análise e possíveis alterações.

Atenciosamente,



Isabel Cristina de Jesus Fontanive
Gerência de Vendas Merc. Governo - PR
Diretoria de Vendas Corporativo Sul
(41) 9 9990-0895
isabel.fontanive@oi.net.br

A marca acima está legalmente protegida.
Antes de imprimir, lembre-se do seu compromisso com o meio ambiente.

Central de Atendimento Corporativo/Governo:

- Para produtos como Linhas Convencionais/ADSL, ligar para Call Center Corporativo, 0800-031-8031;
- Para produtos como DDR, 0800 e Circuito de Dados, ligar para Call Center Especializado, 0800-641-0641;
- Para produtos como Níveis Especiais/Tridigito, ligar para Call Center Tridigito, 0800-024-7419.

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 a 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 em seguida apague-a.

- [Summary.pdf](#) PDF Document - 387 KB
- [Impugnação Câmara Colombo PR.pdf](#) PDF Document - 889 KB

Certificado de Conclusão

Identificação de envelope: D5EC7B53FE4B4EEC9491EFA364E39D4B

Status: Concluído

Assunto: DocuSign: Impugnação Câmara Colombo_PR.pdf

Envelope fonte:

Documentar páginas: 14

Assinaturas: 2

Certificar páginas: 5

Rubrica: 26

Assinatura guiada: Ativado

Selo com Envelopeld (ID do envelope): Ativado

Fuso horário: (UTC-03:00) Brasília

Remetente do envelope:

Isabel Cristina de Jesus Fontanive

Av Campinas 448

Barueri, 06447-190

ISABEL.FONTANIVE@OI.NET.BR

Endereço IP: 200.140.127.80

Rastreamento de registros

Status: Original

Portador: Isabel Cristina de Jesus Fontanive

Local: DocuSign

13 de abril de 2021 | 13:38

ISABEL.FONTANIVE@OI.NET.BR

Eventos do signatário

Alberto Scherr Caldeira Takahashi

albertot@oi.net.br

Nível de segurança: E-mail, Autenticação da conta (Nenhuma)

Assinatura

DocuSigned by:

 5CC23359B89D4A5...

Adoção de assinatura: Estilo pré-selecionado

Usando endereço IP: 177.201.197.130

Registro de hora e data

Enviado: 13 de abril de 2021 | 13:42

Visualizado: 13 de abril de 2021 | 13:58

Assinado: 13 de abril de 2021 | 13:59

Termos de Assinatura e Registro Eletrônico:

Aceito: 02 de março de 2021 | 13:35

ID: a57aff26-bf8e-49a8-8d5a-4bef8830ea48

Isabel Cristina de Jesus Fontanive

isabel.fontanive@oi.net.br

Oi SA

Nível de segurança: E-mail, Autenticação da conta (Nenhuma)

DocuSigned by:

 68F0E9B457E84F2...

Adoção de assinatura: Estilo pré-selecionado

Usando endereço IP: 200.140.127.80

Enviado: 13 de abril de 2021 | 13:42

Visualizado: 13 de abril de 2021 | 13:42

Assinado: 13 de abril de 2021 | 13:42

Termos de Assinatura e Registro Eletrônico:

Não disponível através da DocuSign

Eventos do signatário presencial	Assinatura	Registro de hora e data
Eventos de entrega do editor	Status	Registro de hora e data
Evento de entrega do agente	Status	Registro de hora e data
Eventos de entrega intermediários	Status	Registro de hora e data
Eventos de entrega certificados	Status	Registro de hora e data
Eventos de cópia	Status	Registro de hora e data
Eventos com testemunhas	Assinatura	Registro de hora e data
Eventos do tabelião	Assinatura	Registro de hora e data
Eventos de resumo do envelope	Status	Carimbo de data/hora
Envelope enviado	Com hash/criptografado	13 de abril de 2021 13:42
Entrega certificada	Segurança verificada	13 de abril de 2021 13:42

Eventos de resumo do envelope	Status	Carimbo de data/hora
Assinatura concluída	Segurança verificada	13 de abril de 2021 13:42
Concluído	Segurança verificada	13 de abril de 2021 13:59

Eventos de pagamento	Status	Carimbo de data/hora
-----------------------------	---------------	-----------------------------

Termos de Assinatura e Registro Eletrônico

ELECTRONIC RECORD AND SIGNATURE DISCLOSURE

From time to time, Oi SA (we, us or Company) may be required by law to provide to you certain written notices or disclosures. Described below are the terms and conditions for providing to you such notices and disclosures electronically through the DocuSign system. Please read the information below carefully and thoroughly, and if you can access this information electronically to your satisfaction and agree to this Electronic Record and Signature Disclosure (ERSD), please confirm your agreement by selecting the check-box next to 'I agree to use electronic records and signatures' before clicking 'CONTINUE' within the DocuSign system.

Getting paper copies

At any time, you may request from us a paper copy of any record provided or made available electronically to you by us. You will have the ability to download and print documents we send to you through the DocuSign system during and immediately after the signing session and, if you elect to create a DocuSign account, you may access the documents for a limited period of time (usually 30 days) after such documents are first sent to you. After such time, if you wish for us to send you paper copies of any such documents from our office to you, you will be charged a \$0.00 per-page fee. You may request delivery of such paper copies from us by following the procedure described below.

Withdrawing your consent

If you decide to receive notices and disclosures from us electronically, you may at any time change your mind and tell us that thereafter you want to receive required notices and disclosures only in paper format. How you must inform us of your decision to receive future notices and disclosure in paper format and withdraw your consent to receive notices and disclosures electronically is described below.

Consequences of changing your mind

If you elect to receive required notices and disclosures only in paper format, it will slow the speed at which we can complete certain steps in transactions with you and delivering services to you because we will need first to send the required notices or disclosures to you in paper format, and then wait until we receive back from you your acknowledgment of your receipt of such paper notices or disclosures. Further, you will no longer be able to use the DocuSign system to receive required notices and consents electronically from us or to sign electronically documents from us.

All notices and disclosures will be sent to you electronically

Unless you tell us otherwise in accordance with the procedures described herein, we will provide electronically to you through the DocuSign system all required notices, disclosures, authorizations, acknowledgements, and other documents that are required to be provided or made available to you during the course of our relationship with you. To reduce the chance of you inadvertently not receiving any notice or disclosure, we prefer to provide all of the required notices and disclosures to you by the same method and to the same address that you have given us. Thus, you can receive all the disclosures and notices electronically or in paper format through the paper mail delivery system. If you do not agree with this process, please let us know as described below. Please also see the paragraph immediately above that describes the consequences of your electing not to receive delivery of the notices and disclosures electronically from us.

How to contact Oi SA:

You may contact us to let us know of your changes as to how we may contact you electronically, to request paper copies of certain information from us, and to withdraw your prior consent to receive notices and disclosures electronically as follows:

To contact us by email send messages to: niara.santos@oi.net.br

To advise Oi SA of your new email address

To let us know of a change in your email address where we should send notices and disclosures electronically to you, you must send an email message to us at niara.santos@oi.net.br and in the body of such request you must state: your previous email address, your new email address. We do not require any other information from you to change your email address.

If you created a DocuSign account, you may update it with your new email address through your account preferences.

To request paper copies from Oi SA

To request delivery from us of paper copies of the notices and disclosures previously provided by us to you electronically, you must send us an email to niara.santos@oi.net.br and in the body of such request you must state your email address, full name, mailing address, and telephone number. We will bill you for any fees at that time, if any.

To withdraw your consent with Oi SA

To inform us that you no longer wish to receive future notices and disclosures in electronic format you may:

- i. decline to sign a document from within your signing session, and on the subsequent page, select the check-box indicating you wish to withdraw your consent, or you may;
- ii. send us an email to niara.santos@oi.net.br and in the body of such request you must state your email, full name, mailing address, and telephone number. We do not need any other information from you to withdraw consent.. The consequences of your withdrawing consent for online documents will be that transactions may take a longer time to process..

Required hardware and software

The minimum system requirements for using the DocuSign system may change over time. The current system requirements are found here: <https://support.docusign.com/guides/signer-guide-signing-system-requirements>.

Acknowledging your access and consent to receive and sign documents electronically

To confirm to us that you can access this information electronically, which will be similar to other electronic notices and disclosures that we will provide to you, please confirm that you have read this ERSD, and (i) that you are able to print on paper or electronically save this ERSD for your future reference and access; or (ii) that you are able to email this ERSD to an email address where you will be able to print on paper or save it for your future reference and access. Further, if you consent to receiving notices and disclosures exclusively in electronic format as described herein, then select the check-box next to ‘I agree to use electronic records and signatures’ before clicking ‘CONTINUE’ within the DocuSign system.

By selecting the check-box next to ‘I agree to use electronic records and signatures’, you confirm that:

- You can access and read this Electronic Record and Signature Disclosure; and
- You can print on paper this Electronic Record and Signature Disclosure, or save or send this Electronic Record and Disclosure to a location where you can print it, for future reference and access; and
- Until or unless you notify Oi SA as described above, you consent to receive exclusively through electronic means all notices, disclosures, authorizations, acknowledgements, and other documents that are required to be provided or made available to you by Oi SA during the course of your relationship with Oi SA.

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA CÂMARA MUNICIPAL DE COLOMBO – PR

Ref.: Tomada de Preço n.º 01/2021

OI MÓVEL S.A (em Recuperação Judicial), sociedade anônima constituída e existente de acordo com as leis do Brasil, com sede na Cidade de Brasília, Distrito Federal, no Setor Comercial Norte, Quadra 03, Bloco A, inscrita no CNPJ sob o n.º 05.423.963/0001-11 (“OI”), vem, tempestivamente, com fulcro no §2º, artigo 41, da Lei 8666/93, apresentar

IMPUGNAÇÃO

Aos termos do Edital em referência, pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

I – DOS FATOS

A Câmara instaurou procedimento licitatório, na modalidade Tomada de Preço, sob o n.º. 01/2021, visando à contratação de empresa para prestação de serviços de Telefonia Móvel Pessoal (SMP – Serviço Móvel Pessoal, entendido este como o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre estações da Área de Registro de SMP que compreenda todo o território do Município de Colombo ou acesso a redes de telecomunicações de interesse coletivo), através da tecnologia 4G ou 5G pelo sistema digital pós-pago, mediante a disponibilização de 30 (trinta) acessos, com área de registro na cidade de Colombo, com cobertura para voz e transmissão de dados, com franquia ilimitada para ligações locais e interurbanas, e mensagens de texto, sendo que 26 das linhas terão acesso à internet de no mínimo 10GB (dez gigabytes) de tráfego mensal e garantia de portabilidade de prestadora de serviço.

Interessada em participar da licitação, a ora Impugnante denota, no entanto, a presença de alguns vícios de legalidade no Edital, cuja prévia correção se mostra indispensável à abertura do certame e formulação de propostas.

DS
ASCT

DS
ICDF

Face à importância evidente do procedimento em voga para a Administração, por sua amplitude, a Oi **SOLICITA URGÊNCIA** na análise do mérito desta Impugnação pelo Sr. Pregoeiro, a fim de evitar prejuízos sérios para o erário, o qual certamente será lesado caso o Edital permaneça nos termos atuais. Tal é o que se passa a demonstrar.

II – DO DIREITO

1. DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

3.5 - Na abertura da licitação, os licitantes deverão apresentar, além do Cadastro na Prefeitura Municipal de Colombo, os seguintes documentos: (...)

*c) **Certidão de inteiro teor expedida pela Junta Comercial do local de sua sede, ou órgão registral pertinente***

Vale destacar que os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no art. 27 da Lei 8.666/93¹ e somente podem se referir à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da CF/88. São, portanto, os requisitos de habilitação previstos no art. 27 da Lei n.º 8.666/93 são *numerus clausus*.**

Com efeito, o elenco dos arts. 28 a 31 da Lei de Licitações deve ser pautado como máximo, ou seja, o Edital não poderá exigir mais do que ali previsto.

Ora, a atividade licitatória deve necessariamente sujeitar-se ao disposto na ordem jurídica, em observância ao princípio da legalidade.

É dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal².

Logo, não entendemos a justificativa para apresentação de certidão de inteiro teor quando está sendo solicitado no item anterior, o Ato Constitutivo vigente.

¹ A Lei n.º 8.666/93 é adota subsidiariamente na presente licitação, nos termos do artigo 9 da Lei n.º 10.520/02 (“Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei n.º 6.666, de 21 de junho de 1993), bem como do Preâmbulo do ato convocatório.

² “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)

Como visto, deve-se agir com cautela na fase de habilitação, a fim de não incidir em exigências exacerbadas, desarrazoadas, e afastar a verdadeira competição. *Ad argumentatum tantum*, a prevalecer tal exigência, estar-se-á impedindo a participação de diversos potenciais licitantes.

Ante o exposto, requer a exclusão das exigência acima descrita, uma vez que atendida pelo documento anterior, bem como vai além do rol previsto nos itens 28 da Lei n.º 8.666/93.

3.5 - Na abertura da licitação, os licitantes deverão apresentar, além do Cadastro na Prefeitura Municipal de Colombo, os seguintes documentos: (...)

n) Termo de Autorização de prestação do Serviço Móvel Pessoal celebrado com a ANATEL; e,

o) Termo de compromisso da prestação do Serviço de Telefonia Móvel – SMP, com início no prazo máximo previsto neste Edital;

p) Instrumento de concessão/permissão que demonstre a possibilidade de prestação dos serviços objeto da presente licitação.

Entendemos que os três documentos acima citados se tratam do mesmo documento, ou seja, o Termo de Autorização para o Serviço de Telefonia Móvel Pessoal emitido pela ANATEL.

E ainda, cumpre esclarecer que a apresentação do Extrato do Termo de Autorização devidamente publicado no Diário Oficial da União, também é documento hábil para comprovar referidas exigências editalícias.

Ademais, deve-se levar em consideração que a íntegra desse documento está disponível na página oficial da Anatel na rede mundial de computadores.

Tal solicitação tem o intuito de dar celeridade ao processo licitatório, em função da diminuição significativa de documentos, bem como economicidade para as licitantes, tendo em vista o elevado número de páginas desses documentos e alto custo das autenticações.

Vale destacar, ainda, que é dever da Administração, ao realizar procedimentos licitatórios, exigir documentos de habilitação compatíveis com o ramo do objeto licitado, especialmente aqueles que comprovem a qualificação técnica e a capacidade econômico-financeiro dos licitantes, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal^{3[1]}. A apresentação dos extratos devidamente publicados comprovam a qualificação técnica da participante.

³ “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)

Ante o exposto, requer a adequação da exigência prevista no item em comento, para que seja mantida apenas umas das alíneas já que se tratam dos mesmos documentos, e também seja readequado a fim de que as licitantes possam apresentar o extrato do Termo de Autorização, outorgado pela ANATEL e devidamente publicado no Diário Oficial da União, como forma de atender o ato convocatório.

2. DA PERMISSÃO EXPRESSA DE PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM REGIME DE CONSÓRCIO

Da análise do instrumento convocatório em comento, verifica-se que o Edital é vedada a possibilidade de participação de consórcio de empresas, conforme se depreende no item 3.9 do Edital.

Primeiramente, cumpre elucidar algumas questões referentes ao mercado de telecomunicações. É cediço que no âmbito da oferta de serviços de telecomunicações verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas. Tal fenômeno caracteriza-se pela própria natureza do mercado em questão, ora a entrada de empresas que exploram tal serviço é restrita, haja vista a necessidade de grande aporte de capitais, instalação de infraestruturais e dentre outros fatores que impedem a existência de um número razoável de empresas disponíveis para prestar o referido serviço.

Há ainda de se ressaltar que o desenvolvimento da economia amplamente globalizada implicou na formação de grupos econômicos em escala mundial, sendo o mercado de telecomunicações um dos grandes exemplos. A economia das grandes corporações reduziu ainda mais a oferta de serviços de telecomunicações, ocorrendo em escala global a aglomeração de companhias e formação de um mercado eminentemente oligopolista.

Traçadas as linhas gerais referentes ao mercado de telecomunicações, pode-se afirmar com convicção que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias. Isto porque, em homenagem aos princípios da competitividade e isonomia, apenas se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

Nesse sentido, não pode prosperar qualquer impedimento à participação de empresas em regime de consórcio. Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. Ademais, verifica-se que o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio.

Corroborando tal entendimento, verifica-se a primorosa lição de Marçal Justen Filho sobre a permissão de consórcio na licitação. Se num primeiro momento a associação de empresas em consórcio pode gerar a diminuição da competitividade, em outras circunstâncias, como a do presente caso, pode ser um elemento que a garanta, senão vejamos:

*“Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. **Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição.** Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. **Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes.** É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que **apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação.**”⁴ (grifo nosso)*

Com espantosa precisão, o entendimento de Marçal Justen Filho subsume-se perfeitamente ao caso em questão. O mercado é naturalmente restrito e o objeto da licitação complexo a ponto de reduzir a participação de empresas, sendo a competitividade reduzida por essas características. Nesse sentido, a imposição de mais uma restrição apenas põe em risco o princípio da competitividade.

Nesse sentido, cumpre trazer os seguintes entendimentos do TCU acerca da matéria:

*“No entender da Unidade Técnica, não obstante constituir faculdade da Administração permitir ou não a participação de empresas em consórcio nas aludidas convocações, no presente caso, **a vedação teria ocorrido sem a adequada motivação, o que teria inviabilizado a participação de mais licitantes, em prejuízo do princípio da ampla competição.**” (Acórdão 59/2006 - Plenário)*

*“Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. **A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame.** (...)” (Acórdão n.º 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) (grifo nosso)*

Dessa forma, vê-se que mesmo sendo discricionariedade da Administração a permissão ou não de consórcio de empresas, sua restrição deve ser devidamente fundamentada e deve colimar sempre com as condições do mercado e do objeto licitado, de forma que seja garantida a competitividade.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. Ed. São Paulo: Editora Dialética, 2010, p. 495.

Nota-se, tanto do entendimento doutrinário quanto jurisprudencial, que a permissão de consórcios nas licitações tem aspecto bifronte, podendo gerar ou restringir a competitividade. Não obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e reduzindo, inevitavelmente, o preço final da contratação.

Nessa hipótese, a empresa Oi participará através de empresas do seu grupo e não empresas terceiras, ou seja, Oi Móvel S.A (autorizatória do serviço móvel pessoal – VC e VC1), Oi S/A (concessionária dos serviços de longa distância nacional – VC2 e VC3 RII) e Telemar Norte Leste S/A (concessionária dos serviços de longa distância nacional – VC2 e VC3 RI e RIII).

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, requer a inclusão de permissão expressa da participação em consórcio de empresas do mesmo grupo financeiro, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

3. DA MULTA

Da leitura do item 12.2 do Edital e Cláusula Oitava da Minuta Contratual denota-se a aplicação de multa de 10% por descumprimento contratual.

Ora, é notória a ilegalidade de que se revestem os referidos itens Editalícios, vez que o excesso de penalidade é incompatível com o objeto do Edital ora impugnado.

É de mister analisar qual é efetivamente a finalidade de se exigir penalidades em procedimentos licitatórios, a fim de que se possa ponderar a ilegalidade dos itens editalícios ora impugnados.

Com efeito, toda e qualquer exigência constante no Edital de licitação deve guardar perfeita consonância com o seu fim, vez que a finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato.

A efetiva legalidade do procedimento, como um todo, está intimamente relacionada com a legalidade de cada uma das exigências constantes no Edital, cuja comprovação depende da existência, ao menos implícita, de uma causa e um efeito, ou seja, uma finalidade específica justificadora.

Nesse diapasão, é notório que a exigência das penalidades tem por finalidade evitar o possível insucesso da contratação da licitante vencedora do certame.

DS
ICDJF

DS
ASCT

Em outras palavras, cabe inferir que a finalidade das penalidades constantes nos Editais é garantir que a licitante vencedora irá executar o objeto licitado, de tal sorte que não comprometa o interesse da Administração e conseqüentemente o interesse público.

Ou seja, a finalidade dos contratos administrativos é a prestação de serviço, e não a criação de nova fonte de receitas mediante arrecadação de valores com multas.

De igual sorte, a ilegalidade do item e da cláusula editalícia em apreço pode ser ainda revelada pelo fato de que, para serem válidos, os atos da Administração Pública devem respeitar o Princípio da Razoabilidade. Com efeito, as exigências constantes no Edital não poderão conter excessos e deverão ser razoáveis em relação ao seu objeto.

Logo, pelos motivos ora expostos, é evidente que as penalidades constantes no Edital não estão de acordo com a sua finalidade, vez que não guardam correspondência lógica com a mesma.

Na senda destas razões, vale transcrever a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Colha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legitimados de seu contratante, pois não assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento da outra parte". (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 15ª edição, p.591).

Destarte, não resta a menor dúvida de que tais penalidades não são razoáveis e que não correspondem à realidade de praticamente todas as licitações compatíveis com a ora impugnada, em total afronta aos Princípios norteadores do procedimento licitatório - artigo 3º da Lei n.º 8.666/93.

De todo o exposto, é irrefutável que as penalidades constantes na minuta contratual estão em desacordo com a realidade fática e com a legislação vigente, motivo pelo qual requer-se que as mesmas sejam adequadas de modo a enquadrar-se à realidade do setor, motivo pelo qual sugere-se o percentual de 2% (dois por cento) sobre o valor mensal da fatura.

4. DA PREVISÃO DE APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Da leitura do ato convocatório, percebe-se que o Poder Público adota as disposições contidas na Lei n.º 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor – como aplicáveis ao presente certame.

Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor não disciplina a relação entre a Administração Pública e o Particular, sendo aplicáveis, na hipótese, as regras atinentes aos Contratos Administrativos, em especial a Lei nº. 10.520/2002, Decreto nº. 3.555/2000 e Lei nº. 8.666/93.

Sob tal aspecto, o Administrativista Marçal Justen Filho nos ensina, com muita propriedade, quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor, nos contratos administrativos:

“Alguém poderia defender a aplicação subsidiária do Regime da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no tocante à responsabilidade por vício do produto ou do serviço. Isso é inviável, porquanto à Administração é quem define a prestação a ser executada pelo particular, assim como as condições contratuais que disciplinarão a relação jurídica. Ainda que pudesse caracterizar a Administração como “consumidor”, não haveria espaço para incidência das regras do CDC, estando toda a matéria subordinada às regras da Lei de Licitações, do ato convocatório e do contrato. (...)”⁵

Isto, pois, diferentemente da Relação de Consumo, no Contrato Administrativo, o Contratado é que está em uma posição de sujeição perante o Poder Público.

O Código de Defesa do Consumidor – CDC veio coibir que as livres disposições do Direito Privado permitissem que o fornecedor, em face de sua superioridade em relação ao consumidor, estabelecesse regras que tornassem a relação desigual.

Ocorre que, nas relações regidas pelo Direito Público, as normas de Direito Privado são derogadas em face de disposições de ordem pública, o que limita a vontade do particular.

Outrossim, pode-se perceber a sujeição do Contratado em face do órgão licitante, fazendo-se uma analogia à Relação de Consumo. Enquanto, o CDC preocupa-se em limitar o “poder” do fornecedor em impor o contrato ao consumidor, nas relações regidas pelo direito público, o Contratado está sujeito aos termos do edital de licitação fixados pela empresa licitante.

Desta forma, percebe-se que seria um contrasenso permitir que as normas protetivas do CDC impusessem ônus adicionais ao particular que já está sujeito aos termos contratuais fixados unilateralmente pela Contratante.

Não bastasse, ainda que não fosse este o entendimento, a empresa estatal licitante não poderia ser configurada como consumidora, vez que não utiliza os serviços contratados como destinatária final.

Assim nos ensina o ilustre Prof. Rizzato Nunes:

⁵ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos; 10ª edição; Ed. Dialética; p. 551.

“o CDC não regula situações nas quais, apesar de se poder identificar um “destinatário final”, o produto ou serviço é entregue com a finalidade específica de servir de “bem de produção” para outro produto ou serviço e via de regra não está colocado no mercado de consumo como bem de consumo, mas como de produção;”⁶

Isto, pois, ao utilizar o serviço prestado pela Contratante como parte da cadeia de prestação de seu próprio serviço, ela não será enquadrada como destinatária final daquele serviço, impossibilitando a aplicação do CDC nas relações mantidas entre a mesma e o Contratado.

Nesse sentido, vale citar o entendimento do STJ acerca da inclusão de cláusula prevendo a aplicação do CDC em contrato celebrado por ente da Administração Pública, in verbis:

“EMENTA: ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. NATUREZA ADMINISTRATIVA.

1. Contrato de prestação de serviços firmado, após procedimento licitatório, entre a ECT e as recorrentes para a construção de duas agências dos Correios. Paralisação das obras. Alegação de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Natureza da relação jurídica contratual entre a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos e as Construtoras prestadoras de serviços.

2. Pleito recursal visando a aplicação das normas de Direito Privado relativas ao Direito do Consumidor com o objetivo de evitar prática contratual considerada abusiva.

3. A ECT é empresa pública que, embora não exerça atividade econômica, presta serviço público da competência da União Federal, sendo por esta mantida.

4. O delineamento básico da Administração Pública brasileira, seja direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, restou estabelecido no art. 37 da Constituição Federal, que no seu inciso XXI, fixou a licitação como princípio básico a ser observado por toda a Administração Pública.

5. A Lei de Licitações e Contratos estabelece que o contraente poderá servir-se das cláusulas exorbitantes do direito privado para melhor resguardar o interesse público. É de sabença que as cláusulas exorbitantes são as que inexistem no Direito Privado e permitem ao Poder Público alterar as condições de execução do contrato, independentemente da anuência do contratado.

6. À luz do art. 37, XXI, da Constituição Federal, a natureza do vínculo jurídico entre a ECT e as empresas recorrentes, é de Direito Administrativo, sendo certo que a questão sub judice não envolve Direito

⁶ Curso de Direito do Consumidor; 1ª edição; Ed. Saraiva; 2004; p. 83

Privado, tampouco de relação de consumo. Aliás, apenas os consumidores, usuários do serviço dos correios é que têm relação jurídica de consumo com a ECT.

7. Consoante o acórdão a quo, a empresa contratada não logrou demonstrar qualquer ilegalidade cometida pela ECT em face da legislação que rege os contratos públicos quando da licitação, ou o efetivo desequilíbrio econômico na execução da obra, matéria esta que não pode ser revista nesta instância extraordinária, ante o óbice da súmula 07. Sob essa ótica, resvala a tese sustentada pelas empresas recorrentes no sentido de que o acórdão recorrido malferiu os artigos 6º, 29 e 51 do Código de Defesa do Consumidor, mercê de burlar as regras de revisão contratual destinadas ao equilíbrio financeiro do ajuste firmado entre as partes.

8. Recurso especial desprovido.” Resp 2003/0047959-4, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, DJU: 31/05/2004, pág. 191. Grifo nosso.

Portanto, requer-se exclusão da previsão de aplicação do Código de Defesa do Consumidor na relação entre o órgão licitante e a licitante vencedora do certame, constante no item 15.9 do Edital.

5. DA GARANTIA EM CASO DE ATRASO NO PAGAMENTO

O ato convocatório não prevê garantias para a Contratada para o caso de inadimplemento da Administração.

Não resta dúvida de que a Contratante deverá arcar com os encargos legais devidos, na hipótese de inadimplemento e de mora, sob pena de, não o fazendo, criar um notável desequilíbrio na relação entre as partes.

Na senda destas razões, pertinente aqui recordar a lição do renomado Administrativista Marçal Justen Filho, em sua obra Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, *in verbis*:

“O sujeito (inclusive o Estado) tem o dever de cumprir a prestação assumida, no prazo e condições determinadas. Ao infringir esse dever, sujeita-se à obrigação de indenizar a parte inocente por perdas e danos. Entre os danos emergentes encontra-se, no mínimo, a perda do valor da moeda proveniente da inflação. Portanto, se o Estado atrasar o pagamento, deverá pagar com correção monetária.

Os Tribunais não têm hesitado em seguir esse caminho, na vigência do Plano Real. Adota-se, geralmente, a variação do IGP-M da FGV como índice para apuração da correção.”[Dialética, 7ª edição, p.412]

Outrossim, a Decisão n.º 686/99, Plenário, do Tribunal de Contas da União também se manifesta em sentido similar quanto à aplicação de multa contra a Administração pública, onde são defendidas sanções moratórias impostas à Administração no caso de inadimplência, *in litteris*:

“[...] a cobrança de multa moratória, pela concessionárias de serviços públicos, sejam elas privadas ou integrantes da Administração Pública, em desfavor dos órgãos e entidades públicos, por atraso no pagamento.

“[...] quando a Administração age na qualidade de usuária de serviço público, em uma relação de consumo, a eventual multa moratória decorrente de atraso no pagamento tem natureza contratual, prescindindo de previsão legal, porquanto, nessa condições, a Administração figura como parte de um contrato da natureza privada e, como tal, despida dos privilégios que caracterizam os contratos administrativos.” [Decisão n.º 686/99, Plenário, Rel. Min. Bento José Bugarin. D.O.U. de 08.11.1999, pg. 35-38]

Resta evidente, assim, que o Edital merece reparo neste aspecto, a fim de que sejam estabelecidos expressamente os ônus legalmente devidos pela Administração em casos de inadimplência e de mora em relação ao cumprimento da obrigação.

Acrescente-se ainda que, de acordo com o Parecer da Advocacia Geral da União n.º GQ-170, devidamente aprovado pelo Excelentíssimo Senhor Presidente da República Fernando Henrique Cardoso em 13 de outubro de 1998, resta cristalina a legitimidade e legalidade da imposição de multa moratória a pessoas jurídicas de direito público, quando inadimplentes, pelas concessionárias de serviços telefônicos, postais e de energia elétrica.

Nesse passo, entendemos que deveria constar no ato convocatório o seguinte:

“O não pagamento da Nota Fiscal/Fatura de Serviços até a data de vencimento sujeitará o Contratante, independentemente de interposição judicial ou extrajudicial, às seguintes sanções:

- a) Multa de 2% sobre o valor devido;*
- b) Juros de mora de 1% a.m.; e*
- c) correção monetária pelo IGP-DI.”*

6. DA NECESSIDADE DE ESCLARECIMENTOS TÉCNICOS

Com relação as especificações do objeto, constantes do **ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA**, necessitamos de mais alguns esclarecimentos técnicos, para que possamos atender as necessidades da Administração Pública da forma esperada, bem como formular corretamente os preços a serem apresentados no certame.

DS
ASCT

DS
ICDF

6.1. OBJETO (SMS – MENSAGENS DE TEXTO)

Analisando as exigências descritas nas páginas: 1, item 2.1, página. 4, item 5.1, alínea “e” e página 9 item 3 da tabela de preços – Todos indicam SMS (mensagem de texto) ilimitado, portanto entendemos a necessidade da CONTRATANTE de poder utilizar serviços de mensagens curtas (SMS) nas suas linhas móveis para contatar números da mesma e de outras operadoras. Entretanto, nos dias atuais, existem diversos aplicativos que realizam a mesma funcionalidade do SMS e que não consomem nenhum tipo de banda móvel ou promovem custos adicionais, pois já estão inclusos no plano. Como a exemplo o acesso ao Whatsapp dentro e fora da franquia.

Além disso, a solicitação de SMS ilimitado sem nenhum dimensionamento de quantidade de tráfego torna difícil a precificação. Entendemos que qualquer número acima de 1.000 SMS já é bastante elevado e basicamente cobre qualquer tipo de aplicação que será feita através do uso dos SIM CARDS para uso pessoal. Sendo quase inexecutável utilizar e extrapolar essa quantidade de SMS em uma base mensal.

PEDIDO: Diante do exposto, solicitamos que o termo “Ilimitado”, seja substituído por uma “franquia de 3.000 SMS mensais”, sendo aceito como limite do uso por linha móvel visto ser quase inexecutável um uso mensal maior que esse para qualquer que seja a aplicação de serviço móvel pessoal desejada pela CONTRATANTE, e que o Edital e seus anexos sejam republicados.

Outra sugestão é o ajuste da tabela de preços, conforme exemplo abaixo.

Item	Descrição	Estimativa de consumo mensal	Valor Unitário R\$	Valor Total Mensal R\$	Valor Total Anual R\$
		A	B	C = A x B	D = C x 12
01	Assinatura básica mensal de voz ilimitada, mais franquia de 3.000 SMS mês.	30 acessos			
02	Assinatura Gestor online	30 acessos			
03	Acesso à internet mínimo 10 GB de tráfego mensal, sem redução de velocidade	26 acessos			
TOTAL GERAL					

6.2. TRÁFEGO DE DADOS SEM REDUÇÃO DE VELOCIDADE

Em nossa análise vimos na página 4, item 5.1, alínea “d”, que descreve:

“d) o valor do serviço de acesso à internet de no mínimo 10 GB de tráfego mensal para 26 acessos, sem redução de velocidade.”

DS
ICD/F

DS
ASCT

Destacamos que tal exigência conforme descrita que impedi a redução de velocidade, mesmo quando a franquia de dados de 10 GB for atingida é restritiva de participação por não termos como atender esta solicitação, afetando assim a competitividade e o alcance da economicidade neste processo licitatório.

Portanto, objetivando maior competitividade, que pedimos que este texto e qualquer outro existente no Edital e seus anexos, que contenham esta mesma exigência, que sejam alterados permitindo a redução de velocidade após o consumo de toda franquia de dados contratada, e que o Edital e seus anexos sejam republicados.

Segue exemplo de texto com esta alteração:

“d) Fornecer o serviço de acesso internet (acesso de dados 3G/4G ou superior), com tráfego ilimitado e franquia mínima de 10 GB mensais sem interrupção dos serviços, admitindo-se redução de velocidade, quando a franquia mensal for atingida;”

6.3. COBERTURA MÓVEL

Continuando nossa análise do Objeto e suas características técnicas, observamos a exigência de cobertura mínima com tecnologia 4G exclusivamente, porém quando levamos em consideração que em qualquer dos municípios atendidos por qualquer operadora, deve ser levado em consideração que por se tratar de tecnologia suscetível a qualidade de sinal (*zona de sombra*), e da disponibilização do tipo de sinal por área geográfica, podendo sofrer variação de sinal entre 4G, 3G ou 2G, as operadoras podem também não atender com mesma tecnologia toda área geográfica de um mesmo município.

Com base no exposto acima, entendemos que estes itens se tratam de exigências impeditivas de participação, e por tanto requeremos a adequação dos respectivos textos considerando as limitações acima indicadas, e assim, a republicação do Edital e seus anexos.

Seguem exemplos de textos, quem consideram tais limitações.

“1º - Fornecer o serviço de acesso internet prioritariamente com tecnologia 3G/4G ou superior, porém em locais com área de sombra, onde não seja possível o uso de 3G ou 4G, será aceito 2G, quando em conjunto com a linha de voz, ilimitado e com franquia mínima de 10 GB mensais sem interrupção dos serviços, admitindo-se redução de velocidade;

2º - O objeto da presente licitação é a seleção de empresa prestadora de Serviço de Telecomunicação que possua outorga da ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações, para prestação de serviços de Telefonia Móvel Pessoal (SMP – Serviço Móvel Pessoal, entendido este como o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre estações da Área de Registro de SMP

que compreenda todo o território do Município de Colombo ou acesso a redes de telecomunicações de interesse coletivo), através das **tecnologias: 2G, 3G, 4G ou superior** pelo sistema digital pós-pago, mediante a disponibilização de 30 (trinta) acessos, com área de registro na cidade de Colombo, com cobertura para voz e transmissão de dados, com franquia ilimitada para ligações locais e interurbanas, e **mensagens de texto com franquia mensal de 3.000 SMS**, sendo que 26 das linhas terão acesso à internet de no mínimo 10GB (dez gigabytes) de tráfego mensal e garantia de portabilidade de prestadora de serviço.

3º - A presente licitação abrange a prestação do Serviço Móvel Pessoal - SMP, **com tecnologias: 2G, 3G, 4G (quarta geração), ou superior**, certificada pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, assegurando à Câmara Municipal de Colombo os padrões de qualidade definidos pela ANATEL, e que deverá ser disponibilizado até 30 (trinta) dias após a assinatura do contrato.”

III. PEDIDO

Com o objetivo de que seja garantido o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, a **Oi** solicita que V. S^a. julgue a presente Impugnação motivadamente e no prazo de 24 horas, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias no Edital e demais documentos indigitados, e sua conseqüente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Colombo, 13 de abril de 2021.

DocuSigned by:

Isabel Cristina de Jesus Fontanive

68F0E9B457E84F2...

Isabel Cristina De Jesus Fontanive
Executiva de Negócios
Oi S/A

DocuSigned by:

Alberto Scherr Caldeira Takahashi

5CC23359B89D4A5...

Alberto S. C. Takahashi
Engenheiro Comercial
Oi S/A