

EXCELENTÍSSIMO SR. PREGOEIRO NOMEADO NO PREGÃO ELETRÔNICO SRP Nº 2/2022 - PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 19973.104589/2021-88.

RECORRENTE: PONTAL SERVIÇOS EM COMUNICAÇÃO DIGITAL LTDA

RECORRIDA(s): TSERVCOM TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA e SECRETARIA ESPECIAL DE DESBUROCRATIZAÇÃO, GESTÃO E GOVERNO DIGITAL

PREGÃO ELETRÔNICO - SRP Nº 2/2022

PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 19973.104589/2021-88

Ref.: DECISÃO QUE DECLAROU A RECORRIDA TSERVCOM TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA VENCEDORA

PONTAL SERVIÇOS DE COMUNICAÇÃO DIGITAL LTDA., com sede no endereço Pça Ramos de Azevedo, nº 206 – 8º andar, conjuntos 850/840/830 – São Paulo/SP – CEP: 01037-010, inscrita no CNPJ sob o número 23.106.216/0001-31 por seu representante que esta subscreve, vem, respeitosamente, à presença de V.Exa., inconformada com a decisão que declarou a **TSERVCOM TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA** vencedora, interpor o presente **RECURSO**, com fulcro no Art. Art. 109, inciso I, alínea a e b da Lei 8.666/93, nos moldes do arrazoado abaixo.

Colendo Sr. Pregoeiro e sua Administração,

Insurge-se a Recorrente em face da decisão que declarou a Tservcom vencedora no **PREGÃO ELETRÔNICO Nº 2/2022**, visto que a mesma deve ser reanalisada tendo em vista que mesmo com as solicitações de diligencias no decorrer do processo, ainda assim, não foram considerados elementos capazes de inabilitar a vencedora, ora Recorrida, conforme será demonstrado pormenorizadamente abaixo.

I – BREVE SÍNTESE DOS FATOS

Insurge a Recorrente contra a decisão que declarou a Recorrida TSERVCOM vencedora do Processo Administrativo nº: 19973.104589/2021-88.

O Edital e seus anexos preveem requisitos obrigatórios para cumprimento de toda e qualquer licitante que queira vencer o certame.

A observância e cumprimento de todos os requisitos do Edital está baseada no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que impõe à Administração Pública e ao licitante vencedor o cumprimento de normas estabelecidas no Edital de forma objetiva, mas sempre zelando pelo princípio da competitividade, vinculando tanto este órgão quanto os interessados participantes.

Neste sentido, se verifica que apesar da clareza do Edital nos requisitos de habilitação Técnica, foi verificado por esta Recorrente que a vencedora, ora Recorrida, não apresentou comprovação de conexão com TODAS as operadoras.

A Recorrida enquanto participante do certame possuía o dever de respeitar aquilo que foi estabelecido pelo diploma editalício, não podendo, de forma alguma, esquivar-se das regras preliminarmente estabelecidas, principalmente, no que se refere a um requisito eliminatório imprescindível para habilitação, do qual neste momento, pela sua intempestividade, se torna irrelevante a apresentação ou não, por já ter transcorrido o tempo oportuno.

Além dos requisitos previstos no Edital supramencionado, todo e qualquer pregoeiro quando tiver dúvidas ou, até mesmo queira verificar a veracidade dos documentos já apresentados, poderá valer-se de diligências como complemento necessário a elucidação de obscuridades a fim de saná-las, como por exemplo, solicitação de notas fiscais visando comprovar a quantidade fornecida de determinado serviço, quando o atestado de capacidade técnica é omissivo, ou dúbio, neste sentido, o que ocorreu no caso em tela, visto que este pregoeiro e sua administração solicitaram NF dos serviços declarado em seus atestados, para verificação do alegado.

Ocorre que, em que pese a solicitação das NF por esta administração, estes documentos não foram sequer ventilados pela Recorrida, independentemente de a mesma ter tido um prazo razoável para apresentá-los, documentos estes que poderiam sanar vários indícios e irregularidades que também fazem parte do mérito que ensejou este recurso.

Por fim, tendo em vista a ausência de aprofundamento deste órgão nas questões e documentações que levaram a tomada de decisão em declarar a Tservcom vencedora, não restou outra alternativa senão Recorrer de todos os fatos e indícios incompatíveis vislumbrados através de toda a documentação apresentada ou não apresentada pela Recorrida, conforme abaixo se demonstrará.

II – DO MÉRITO

III.1 – DA AUSÊNCIA DE CONEXÃO COM TODAS AS OPERADORAS.


Não somente o Edital, como inclusive no Termo de Referência utilizado para a abertura deste certame era mandatário a Conexão Direta com **TODAS** as operadoras ativas no Brasil.

Dentre estas maiores operadoras, é de se impressionar que a Recorrida não apresentou comprovação de conexão junto a **Americanet**, sendo a primeira elencada por este órgão quando questionada sobre os volumes por operadora, ocupando uma grande porcentagem de destinatários finais junto ao órgão licitante conforme se verifica em resposta ao questionamento 9 respondido dia 23/02/2022 às 15:45h colacionado abaixo:

9. Qual percentual de cada Operadora, sobre o volume total de mensagens enviadas nos últimos 12 meses?

Resposta: Trata-se de uma ata de registro de preços centralizada, onde cada órgão participe tem um volume específico enviados para este certame. Entretanto o número de mensagens da Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia, maior partícipe da Ata, nos últimos 12 meses são:

OPERADORAS	ENVIADOS
AMERICA_NET	75.698
CLARO	50.283.868



Se verifica no próprio site da Anatel através do link: <https://sistemas.anatel.gov.br/stel/consultas/ListaPrestadorasServico/tela.asp?pNumServiço=010> a existência de todas as operadoras que atualmente possuem outorga de Serviço Móvel Pessoal – SMP, bem como, as autorizadas MVNO, as quais possuem responsabilidade de operar os serviços de telecomunicação de forma independente, compartilhando rede de rádio frequência das prestadoras de origem.

A Surf por exemplo é uma MVNO Autorizada, e da mesma forma como sua comprovação de conexão foi apresentada, deveria também ter sido juntado em fase de habilitação a comprovação de conexão SMS A2P da Americanet e demais operadoras virtuais de telefonia móvel em atividade no Brasil.

Diante disso, questiona-se: como poderia ser enviado SMS aos clientes/destinatários finais da Americanet, por exemplo, sem haver conexão direta com a mesma? A necessidade de cumprimento da obrigação editalíssima existe para que se possa exigir requisitos técnicos importantes na fase de “pré-habilitação” a fim de garantir a operacionalização do serviço em si. Não podemos tirar foco deste fato. A conexão direta com todas as operadoras deve ser utilizada NA PRÁTICA do serviço e não apenas NO PAPEL, do contrário, não teria sido objeto de resposta ao questionamento 9 colacionado acima e requisito 9.11.2 e 9.19 do Edital.

“9.11.2. A qualificação técnica dar-se-á mediante a apresentação de Atestado de Capacidade Técnica com a indicação do período de vigência e da comprovação da execução dos serviços além de apresentação de Carta de Integração, ou equivalente, com cada uma das operadoras de telefonia móvel em atividade no Brasil, emitidas por estas empresas, comprovando a interoperabilidade entre a CONTRATADA e as operadoras.”

“9.19. Será inabilitado o licitante que não comprovar sua habilitação, seja por não apresentar quaisquer dos documentos exigidos, ou apresentá-los em desacordo com o estabelecido neste Edital.”

O Edital da licitação, juntamente com seus anexos, são documentos que concentram todas as regras destinadas a regular o processo licitatório e o processo da contratação pública. O art. 41 da Lei nº 8.666/93 preceitua que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. Tanto a Lei nº 8666/93 como a Lei nº 14.133/21 preveem expressamente o princípio da vinculação ao instrumento convocatório ou vinculação ao edital (respectivamente art. 3º e art. 5º), senão vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

Quando esta administração abriu o referido certame com o Edital e seus anexos, impôs condições de participação do certame, mas também cláusulas essenciais ao futuro contrato, promovendo a concorrência e fazendo com que os interessados apresentassem suas propostas com base nesses requisitos.

Ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou e ainda, que foi declarado vencedor, como é o caso em tela que ensejou este recurso.

Se por algum motivo este pregoeiro e sua administração desejam não mais requerer conexão com **TODAS** as operadoras em atividade, então o referido certame deve ser revogado, com a abertura de um novo Edital com novos requisitos, para que todos os demais licitantes possam concorrer de igual para igual juntamente com a ora Recorrida.

Ainda, vale esclarecer que, tendo em vista que já transcorreu a fase de apresentação de documentos de habilitação, mesmo que a Recorrida possua a referida conexão com a operadora Americanet e demais, este já não é mais o momento para apresentação do referido documento, visto que, a ausência deste já é sinônimo de inabilitação por si só, independentemente de sua existência ser antes do Edital, e por isto, a decisão que a declarou vencedora deve ser reformada com consequente inabilitação da

TSERVCOM ou, deve ser feito a revogação do referido certame com consequente publicação de um novo Edital no qual tal necessidade de conexão seja retirada ou reformulada!

Ante o exposto, visto que a Recorrida não apresentou qualquer documento que comprove a conexão direta junto a TODAS as operadoras em atividade no momento oportuno, a decisão que a declarou vencedora deve ser reformada a fim de inabilitar a TSERVCOM.

II.II – DOS ATESTADOS DE CAPACIDADE TÉCNICA APRESENTADOS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS NOS MOLDES INFORMADOS E INDÍCIOS DE IRREGULARIDADES.

Ultrapassado os argumentos acima que são por si só ensejadores da inabilitação da Tservcom, ainda, por amor ao debate, se faz necessário que todos os documentos que contenham irregularidades e indícios de irregularidades sejam também a seguir debatidos, posto que, a decisão ora recorrida não especificou quais foram os fatores decisivos que levaram a classificá-la nesta fase final, razão pela qual os argumentos pormenorizados a seguir se fazem extremamente necessários a este recurso, e devem ser considerados por esta administração como causa da inabilitação da Recorrida.

Em fase de análise da documentação da Recorrida, o Pregoeiro e sua administração utilizaram de sua prerrogativa de diligenciar, e solicitaram vários documentos comprobatórios que complementariam aqueles inicialmente apresentados, a fim de atestar o cumprimento do serviço pela Recorrida nos moldes informados. O art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, dispõe que a diligência é o ato da Administração destinado a esclarecer ou complementar a instrução do processo, em busca de explicações e integrações que achar conveniente, dentre eles, está incluso a solicitação da necessidade de apresentação das NF em relação aos serviços contidos no atestado de capacidade técnica visto que obviamente, pairou alguma dúvida nesta administração que os levou a tal solicitação.

Contudo, apesar dos documentos solicitados em fase de diligências, muitos destes não foram apresentados pela Recorrida e/ou apresentados de maneira contrária ao solicitado, documentos estes que sanariam dúvidas e divergências de habilitação importantíssimas neste certame, conforme será pormenorizadamente exposto abaixo.

II.III - DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DA PASCHOALOTTO.

(i) Da Ausência de Poderes pelo Assinante do Atestado. Documento Absolutamente Nulo de Pleno Direito.

O atestado de capacidade técnica é um dos documentos exigíveis para comprovação da qualificação técnica dos licitantes que pretendem fornecer para o governo,

conforme disciplina o inciso II, artigo 30 da Lei de Licitações e inclusive disposto no Edital deste certame.

A Corte de Contas da União orienta algumas observações quanto ao atestado, vejamos:

“Devem os atestados de capacidade técnica ser/estar:

– relacionados ao objeto da licitação;

(...)

– fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, com identificação do emissor;

(...)

– **assinados por quem tenha competência para expedi-los;**

(Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília, 2010, pag. 409) (g.f)

A Recorrida quando confrontada sobre os poderes para assinatura do atestado de Capacidade Técnica, simplesmente vai contra toda e qualquer orientação desta administração, e junta uma “simples declaração” informando que o assinante Diego estava apto para assinar aquele referido atestado. Ora, se o assinante não é sócio com poderes definidos em contrato social, o único documento capaz de lhe dar poderes para assinar isoladamente ou não é uma PROCURAÇÃO!

Imperioso destacar ainda que apesar da procuração ter sido solicitada somente em fase de diligências, a Recorrida juntou uma simples declaração datada de forma física sem qualquer possibilidade de rastreio, com suposta data anterior ao certame, o que é no mínimo curioso pois a suposta declaração cabia perfeitamente ao solicitado por esta administração em data posterior, o que de fato, se não por um acaso não for enquadrada como estranho, é no mínimo curioso quando em conjunto com todos os demais argumentos aqui trazidos.

Mas independente disto, resta cristalino que a declaração não possui condão jurídico para dar poderes a alguém, principalmente quando se “declara” algo sem qualquer observância aos requisitos jurídicos. Na forma do § 1º do artigo 654 do Código Civil, a procuração deve conter a indicação do lugar onde foi passado, a qualificação do outorgante e do outorgado, a data, validade, e o objetivo da outorga com a designação e a extensão dos poderes conferidos, o que não se vislumbra no documento apresentado, por claramente não ser uma procuração, e como o próprio título do documento já diz, se trata de uma declaração, razão pela qual, o documento é absolutamente nulo!

Não se vislumbra qualquer validade jurídica em uma simples declaração assinada fisicamente no qual se é possível inserir qualquer data independente se assinado em tempo oportuno ou não, ademais, uma simples declaração mesmo que assinada pelo representante legal da empresa jamais será considerada legalmente documento legítimo postulatório! Frise-se a este pregoeiro e sua administração que declaração não é procuração, e por isto, inconcebível como documento capaz de postular quaisquer poderes

a alguém, razão pela qual, o atestado de capacidade técnica apresentado independentemente de verídico ou não, já não é um documento válido para este certame por si só, e por isto, deve ser considerado nulo de pleno direito.

(ii) Da Ausência de Apresentação das NF solicitadas em diligencia pelo Pregoeiro. Índícios de Irregularidades.

Dentre os documentos solicitados pelo pregoeiro na fase de diligencias, constava a necessidade de apresentação da Nota Fiscal que comprovasse o montante descrito no referido atestado, conforme solicitação do dia 14/03/2022 abaixo transcrita:

“Pregoeiro fala: (14/03/2022 14:13:12) - Para TSERVCOM TECNOLOGIA DA INFORMACAO LTDA - 3.1.4 - Solicitamos Nota(s) fiscal(is) que comprove(m) a prestação dos serviços nas quantidades constantes do Atestado de Capacidade Técnica.”

Inicialmente resta destacar que o referido atestado da empresa Paschoalotto já foi objeto de outro certame junto a empresa Ativos S.A. Securitizadora de Créditos Financeiros com CNPJ: 05.437.257/0001-29 em novembro/2021, no a referida empresa relata que a prestação dos serviços iniciou em 2020, e não em 2016 como é aqui descrito, o que não seria impossível, mas nos faz perceber a incrível capacidade da Recorrida em ter contratos e atestados que possuem exatamente a necessidade de cada pregão, principalmente com a mesma empresa Paschoalotto, afirmando volumes diferentes em épocas distintas.

O que se constata também, é que a maioria dos documentos juntados pela Recorrida são assinados fisicamente sem qualquer reconhecimento público capaz de averiguar e/ou rastrear junto a algum cartório se a data ali relatada é verídica, ficando praticamente impossível para esta Recorrente em fase de ampla defesa e contraditório constatar se a data do documento realmente antecedeu ao pregão.

Inclusive, se tais documentos fossem assinados de forma eletrônica como dispõe o parágrafo 2º do artigo 10 da MP 2.200-2/2001 e/ou via ICP-Brasil, também seria uma forma de rastreá-los e confirmar a data original da época de assinatura de cada um dos documentos, o que na forma física como foi aqui apresentada, se torna impossível de ser feito.

Além disso, a Recorrida não juntou as NF solicitada para comprovar a prestação de serviço nos moldes informados em seu atestado de capacidade técnica, o que serviria para sanar dúvidas não só desta administração, mas também dos concorrentes e desta Recorrente. Questionamentos que também esta administração os teve, e que inclusive levou a solicitação da NF em sede de diligências, mas por razões desconhecidas a esta Recorrente, e sem que fosse constatado na decisão de declaração vencedora, simplesmente este pregoeiro aceitou a ausência da NF e/ou abriu mão do mesmo.

Ora, as Notas Fiscais solicitadas trariam clareza ao atestado de capacidade técnica, tanto é que outras Notas Fiscais sequer solicitadas foram juntadas pela Recorrida para que também clareasse outras questões que pairavam sobre esta administração.

É impossível não saltar aos olhos a tamanha estranheza da Recorrida em não apresentar NENHUMA das Notas Fiscais em relação aos seus atestados de capacidade técnica, quando em contrapartida junta vários outros documentos que sequer foram ventilados em sede de diligência por esta administração. Ademais, se a Recorrida realmente prestou os serviços aqui alegados, por qual razão não poderia ter apresentado a NF? Se realmente assiste razão em se manter vencedora deste certame, e se os serviços foram prestados nos exatos moldes alegados, por que o referido documento não foi juntado? Repare-se que a Recorrida apresentou NF das operadoras que sequer foram solicitadas e não apresentou os que eram essenciais para comprovação do seu alegado, e que inclusive evitaria este tópico recursal.

As questões aqui levantadas, requerem somente que seja aplicado o princípio da ampla concorrência sem qualquer favoritismo e em igualdade da Recorrida com os demais participantes concorrentes, visto que, por alguma razão, esta administração simplesmente decidiu de maneira unilateral aceitar a não apresentação do documento pela Recorrida e/ou abrir mão do mesmo sem que os demais concorrentes pudessem entender o que levou a sanar a referida divergência que levou a solicitação das NF. Reitera-se que há um esforço enorme em apresentar toda sorte de comprovações, exigidas ou não, exceto as notas fiscais, que comprovariam cabalmente a prestação dos serviços.

Inclusive, ao invés de apresentar a Nota Fiscal, a Recorrida simplesmente junta um contrato de prestação de serviço assinado fisicamente, sem qualquer rastreio cartorário e/ou público, supostamente comprovando que a empresa Paschoalotto possui seus serviços contratado. Desculpe-nos sr. pregoeiro, mas a existência de um contrato de prestação de serviços jamais será causa consequente de validade de um atestado de capacidade técnica, ainda mais quando sequer é ventilado um mínimo contrato dentro deste contrato e/ou quaisquer valores em relação aos serviços prestados.

Aceitar somente tal atestado sem diligências suficientes que comprovem de fato a quantidade do serviço prestado, facilita em muito as fraudes já existentes nos processos licitatórios, que já são tão difíceis de serem contidas dia após dia, especialmente em habilitações técnicas.

Não se sabe o motivo que levou esta administração a declarar a Recorrida vencedora sem a apresentação da NF solicitada em fase de diligência, contudo, as incertezas e dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação da Recorrida continuam pairando sobre este certame na visão desta Recorrida, e de fato, deveriam continuar sendo critérios de habilitação, o que claramente não ocorreu, de maneira que este pregoeiro não dirimiu os fatos a fim de confirmar o conteúdo dos documentos que serviram de base para a tomada de decisão da Administração, faculdade que lhe é garantida na forma do Art. 43, §3º, da Lei 8.666/1993.

(iii) **Do Atestado de Capacidade Técnica da L. M. Marcelino Comercio e Serviços LTDA.**
Empresa no Simples Nacional com Faturamento Superior ao previsto em Lei.

Preliminarmente, estranha-se o fato de que a empresa L.M Marcelino / Vector 7, com regime tributário pelo Simples Nacional, atesta utilizar mais de “200 milhões de SMS por ano através da sendo que em um único dia suportou o envio superior a 500.000 (500 mil) SMS.”

Da mesma forma como a Recorrida simplesmente ignorou a solicitação do Pregoeiro em enviar a NF relatada no tópico acima, também não enviou a Nota Fiscal em relação ao serviço supostamente prestado a L.M (nome fantasia Vector 7) que por incrível que pareça, é nos mesmíssimos moldes daquele prestado a Paschoalotto, bem como, possui como único sócio e inclusive assinante do Atestado de Capacidade Técnica o Sr. Leandro Marcelino, que ao consultarmos o seu LinkedIn fomos surpreendidos com o fato de que o mesmo, é funcionário da Tservcom: <https://www.linkedin.com/in/lemarcelino/>



Independentemente de tal estranheza, a referida L.M/Vector 7 se enquadra no regime tributário Simples Nacional com receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). Considerando-se 200 milhões de mensagens anuais, constantes no atestado de capacidade técnica apresentado, mesmo se cada SMS tivesse um valor irrisório de R\$0,0245 e, imaginando que a Recorrida fosse a única fornecedora, ainda assim, a soma dos faturamentos em 12 meses ultrapassaria o máximo permitido legalmente para continuar no regime do Simples Nacional.

Vejamos que de acordo com o Art. 3º da LC 123 de 14/12/2006, considera-se microempresa ou empresa de pequeno porte:

“Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

§ 1º Considera-se receita bruta, para fins do disposto no caput deste artigo, o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, não incluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. (...)

§ 9º A empresa de pequeno porte que, no ano-calendário, exceder o limite de receita bruta anual previsto no inciso II do caput deste artigo fica excluída, no mês subsequente à ocorrência do excesso, do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12, para todos os efeitos legais, ressalvado o disposto nos §§ 9º-A, 10 e 12.

§ 9º-A. Os efeitos da exclusão prevista no § 9º dar-se-ão no ano-calendário subsequente se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) do limite referido no inciso II do caput.”

Considerando a Resolução CGSN nº 140 de 22/05/2018:

“Art. 2º Para fins desta Resolução, considera-se:

I - microempresa (ME) ou empresa de pequeno porte (EPP) a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada ou o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 — Código Civil, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, e a sociedade de advogados registrada na forma prevista no art. 15 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, desde que: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, caput; art. 18, § 5º-C, VII) (...)

b) no caso da EPP, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais); (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, inciso II) II

- Receita bruta (RB) o produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 3º, caput e § 1º)

§ 8º As receitas decorrentes da venda de bens ou direitos ou da prestação de serviços devem ser reconhecidas quando do faturamento, da entrega do bem ou do direito ou à proporção em que os serviços forem efetivamente prestados, o que primeiro ocorrer. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 2º, inciso I e § 6º e art. 18, § 3º).

Art. 19. A opção pelo regime de reconhecimento de receita bruta a que se refere o § 1º do art. 16 deverá ser registrada em aplicativo disponibilizado no Portal do Simples Nacional no momento da apuração dos valores devidos: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 3º)


Parágrafo único. A opção pelo Regime de Caixa servirá exclusivamente para a apuração da base de cálculo mensal, e o Regime de Competência deve ser aplicado para as demais finalidades, especialmente, para determinação dos limites e sublimites e da alíquota a ser aplicada sobre a receita bruta recebida no mês. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 18, § 3º)”

Em que pese a legislação vigente supramencionada, bem como, a solicitação do pregoeiro, a nota fiscal deveria ter sido aqui apresentada, posto que se realmente houve a prestação de serviços, a mesma já deveria ter sido emitida na contraprestação destes serviços, ou seja, tão logo o tomador tivesse acesso aos serviços contratados.

Ora, precisamos que esta administração reconheça que os fatos acima são tão suspeitos que inclusive inicialmente ensejaram a solicitação pelo pregoeiro da apresentação da NF em relação aos serviços supostamente prestados, contudo, novamente a Recorrida se esquivou da mesma maneira feita com a solicitação da Paschoalotto, e somente apresentou um Contrato de Prestação de Serviços assinado fisicamente, sem qualquer reconhecimento de firma que possibilite a averiguação das datas e a comprovação de existência do documento em data anterior a este certame, ou até mesmo sua validade jurídica, que também por incrível que pareça, foi assinado com poucos meses de diferença do contrato junto a Paschoalotto em 2016, e também, com o mesmo número de tráfego, mesmo existindo uma disparidade lucrativa e tributária gigantesca entre as duas empresas.

Frisa-se: se tais serviços foram prestados na forma exatamente descrita nos atestados de capacidade técnica aqui apresentados, por que não há nenhuma das Notas Fiscais solicitadas na relação de documentos do dia 15/03/2022? Ora, os serviços aludidos nos Atestados de Capacidade Técnica dizem respeito a prestações de serviços de 12 (doze) meses anteriores, ou seja, serviços que já foram prestados, ou seja, qual a razão para não haver apresentação de Notas Fiscais?

Ainda, se considerarmos a atual condição na Receita Federal da empresa L.M/Vector 7, estamos diante de uma empresa com porte de “Microempresa” “ME”, o que nos levaria a um faturamento máximo permitido muito menor, sendo impossível que trafegasse 200milhoes de SMS por ano, mesmo que por um valor irrisório, pois esta quantidade de SMS só poderia ser trafegada de forma praticamente gratuita!

		
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL		
CADASTRO NACIONAL DA PESSOA JURÍDICA		
NUMERO DE INSCRIÇÃO 13.364.624/0001-30 MATRIZ	COMPROVANTE DE INSCRIÇÃO E DE SITUAÇÃO CADASTRAL	DATA DE ABERTURA 10/01/2011
NOME EMPRESARIAL L M MARCELINO COMERCIO E SERVICOS LTDA		
TIPO DE ESTABELECIMENTO (NOME DE FANTASIA) VECTOR 7		PORTE ME

Fraudes na habilitação técnica são muito comuns justamente pela dificuldade de comprovação, por isso a necessidade de diligências criteriosas, especialmente quando há tantos indícios. Neste caso, a simples manutenção da exigência inicial das NFs resolve o problema, pois ao que parece, a licitante não as tem para apresentar, e tenta suprir sua ausência com toda a sorte de documentos e explicações rasas.

Ressalte-se que já fora verificado por esta Recorrente em licitações anteriores como “tentativas de fraude” situações similares ao aqui narrada, e que inclusive foi aberto um processo administrativo, conforme se verifica na Nota Técnica nº 202101990 da Licitação Eletrônica 2021/00165 (7421).

Não podemos negar a evidente divergência de informações entre o atestado apresentado e a atual condição de tributária declarada pela L.M/Vector 7, ainda, mesmo se houvesse alegação em sede de contrarrazões de que somente no último ano houve renda

superior ao estabelecido na legislação, o referido argumento só poderia ser averiguado com a apresentação das Notas Fiscais solicitadas, o que não ocorreu! Ademais, o atestado informa que o contrato está ativo desde 2016 com tráfego anual de 200 milhões de SMS, dando realmente a impressão de que não só no último ano houve o referido tráfego, mas sim, desde o início da contratação, o que não se limite a somente os últimos 12 (doze) meses.

São tais questionamentos que levaram esta Recorrente interpor o presente Recurso, vislumbrando a inabilitação da empresa Recorrida Tservcom, por todo aqui exposto, razão pela qual confia esta Recorrente que com a total procedência do presente Recurso.

II.III – DA JUNTADA DE DOCUMENTO FATO NOVO EM SEDE DE DILIGENCIAS. VEDAÇÃO PELA LEI E PELO EDITAL.

É respaldado não somente pela Lei de Licitações, como o próprio Pregoeiro em sede de diligências ressalta que: *“Pregoeiro fala: (14/03/2022 14:19:02) - O Edital também prevê a possibilidade de realização de diligência, com base nos subitens 9.3, 9.3.1 do Edital e 9.11.9. Solicitaremos esclarecimentos sobre os seguintes pontos: Pregoeiro fala: (14/03/2022 14:18:28) - § 3o É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.” (g.f)*

Não se sabe por qual razão, a Recorrida em sede de diligências juntou uma Nota Fiscal da empresa Ativos ATIVOS S.A. SECURITIZADORA DE CREDITOS FINANCIEROS - 05.437.257/0001-29 do período de 01/01/2022 a 31/01/2022 ou seja, 31 (trinta e um) dias comprovando o envio de 18.760.268 SMS.

Ora, tendo em vista que este Pregoeiro não informou em sua decisão quais documentos foram considerados para respaldar sua decisão de habilitação da empresa Recorrida, é que se faz necessário também que este Recurso aborde os evidentes fatos caso qualquer parte da presente NF tenha sido considerada.

Isto porque, a NF é um fato novo apresentado em sede diligência que em nada possui relação com os outros documentos inicialmente apresentado, muito pelo contrário, a Recorrida sequer juntou as NF solicitadas.

Mas independente disso, o Edital também era claro na comprovação de atendimento no período mínimo de 12 (doze) meses, o que não é compreendido na NF apresentada, até porque o Edital da Ativos foi finalizado em Novembro/2021, tendo transcorrido apenas 04 meses desde a sua abertura até o momento em questão, razão pela qual confia esta Recorrida que com certeza, a presente NF foi juntada por um lapso pela Recorrida, e que por obvio, jamais teria sido considerada por este pregoeiro e sua administração, quiçá sido considerada como um dos documentos capazes de habilita-la.

Razão pela qual, acredita esta Recorrente que a Nota Fiscal junto a empresa Ativos não foi e não será considerada para este certame, por todos os argumentos aludidos acima.

IV – DA INEXEQUIBILIDADE DO PREÇO PROPOSTO E OFERTADO.

Prefacialmente, cabe destacar que poucos foram os participantes neste pregão, inclusive é de se surpreender com a ausência de grandes Brokers no ramo, e ainda, de se estranhar a apresentação de uma única proposta abaixo do preço de referência. Os acontecimentos ora narrados são incomuns em processos licitatórios deste porte, mas sabemos que o único motivo é o fato de o preço estimado ser inexequível.

Como se sabe, o único meio formal existente para adquirir o principal insumo para a prestação de serviço objeto deste edital, qual seja, mensagens de SMS para uso corporativo com Short Code, é através da contratação com CADA UMA das operadoras, para entrega das mensagens junto a seus próprios assinantes, por meio de contratos de SMS A2P (Application to Person).

Esta necessidade é inclusive sabida por esta administração, posto que a mesma cita em seu “Estudo Técnico Preliminar” que se a contratação não fosse por meio de um broker oficial, o órgão teria que conseguir conexão com cada uma das operadoras, o que se torna inviável, e por isso, a necessidade de um broker que contenha a mesma.

O Edital também é claro no item 8.5 do Termo de Referência, em especial os itens 8.5.2, 8.5.3 e 8.5.4 quanto ao seu modelo de cobrança para o serviço, sendo por mensagem entregue no aparelho do usuário final, não tarifando mensagens de insucesso.

8.5.2 O Pagamento será realizado por SMS entregue/disponibilizado ao destinatário ou recebido na plataforma de SMS.

*8.5.3. Considera-se SMS entregue/disponibilizados, aqueles que foram **efetivamente colocados à disposição do dispositivo móvel independentemente da mensagem recebida ou lida pelo usuário (exemplo: dispositivo móvel desligado, fora de área, etc.).***

*8.5.4 **Número inválidos, desabilitados e/ou bloqueados pela operadora não serão considerados para fins de remuneração.***

Trata-se do mesmo modelo que as operadoras cobram de seus parceiros, que são os denominados “Brokers”. Portanto, a formação de preço fica simples de se entender, sendo o MARKUP aplicado sobre o custo de insumo para cobertura de impostos, despesas administrativas e margem de lucro. Desta feita, por óbvio, seu preço final não pode ser menor do que o próprio custo do insumo.

Infelizmente, este processo licitatório não prevê apresentação de tabela de custos pelo licitante, o que facilitaria indicar a falta de razoabilidade, lamentavelmente, também por questões contratuais de confidencialidade, não é permitido a esta Recorrida apresentar as tabelas de preços aplicadas pelas operadoras, sendo esta tabela padronizada para TODOS os Brokers, garantindo assim a isonomia e transparência no mercado.

Ainda assim, esta Recorrente fará o possível para demonstrar a partir dos próprios documentos elencados pela Recorrida e de fatos conhecidos de mercado por todos os Brokers oficiais, a estrutura de custos para compra de SMS.

Ao final, o único pedido desta Recorrente é de que sejam feitas diligências juntos às operadoras para validar/comprovar condições e valores aqui apresentados através das NF apresentadas pela Recorrida, para que o pregoeiro e sua administração cheguem também à conclusão da inexecutabilidade do preço no referido serviço contratado por este órgão, adotando-se as premissas de formalidade e qualidade técnica exigidas.

O respeitado Prof. Jesse Torres assim assevera sobre o preço inexecutável, ou inviável, como prefere denominar:

Preço inviável é aquele que sequer cobre o custo do produto, da obra ou do serviço. Inaceitável que empresa privada (que almeja sempre o lucro) possa cotar preço abaixo do custo, o que a levaria a arcar com prejuízo se saísse vencedora do certame, adjudicando-lhe o respectivo objeto. Tal fato, por incongruente com a razão de existir de todo empreendimento comercial ou industrial (o lucro), conduz, necessariamente, à presunção de que a empresa que assim age está a abusar do poder econômico, com o fim de ganhar mercado ilegitimamente, inclusive asfixiando competidores de menor porte. São hipóteses previstas na Lei nº 4.137, de 10.09.62, que regula a repressão ao abuso do poder econômico.

(PEREIRA JÚNIOR, 2007, p. 557-558)

IV.I - DO MARKET SHARE DAS OPERADORAS

O Market Share tem o intuito de mostrar o percentual de participação no mercado de cada uma das operadoras no Brasil, o que pode ser verificado através da Teleco pelo link <https://www.teleco.com.br/mshare.asp> e também colacionado abaixo. Tal percentual inclusive é similar ao quando confrontado com o Estudo Técnico Preliminar feito por esta administração, bem como, em resposta ao questionamento 9 já supramencionado:

Market Share das Operadoras

Operadora	2018	2019	2020	1T21	2T21	3T21	4T21	Jan/22
Vivo	31,92%	32,90%	33,55%	33,07%	32,99%	32,96%	32,95%	32,96%
Claro	26,05%	25,59%	26,97%	27,54%	27,61%	27,74%	27,69%	27,69%
TIM	24,40%	24,02%	21,97%	21,47%	20,92%	20,68%	20,44%	20,39%
Oi	16,45%	16,23%	15,66%	16,01%	16,43%	16,31%	16,51%	16,51%
Algar	0,56%	0,71%	1,12%	1,15%	1,21%	1,28%	1,39%	1,41%
Sercomtel	0,03%	0,02%	0,02%	0,02%	0,02%	0,02%	0,02%	0,02%
MVNO's	0,59%	0,53%	0,70%	0,74%	0,82%	1,01%	1,00%	1,02%
Celulares	229.211	226.674	234.067	240.918	245.432	249.557	254.711	255.669

A Recorrida apresentou notas fiscais das operadoras com as quais tem contrato e serviço em atividade, dos quais é possível, direta ou indiretamente, chegar às seguintes conclusões:

- Operadora OI: A operadora OI notoriamente tem o menor preço entre as maiores operadoras. Através de sua nota fiscal junto à TService, é possível entender que se trata de um pacote pré-pago de 245 milhões de mensagens. Dividindo-se valor total pago de R\$ 7.472.500 (em 4 vezes) pela quantidade total, chega-se ao preço unitário de R\$ 0,0305. Este preço é coerente com o modelo comercial da OI que, tanto junto a esta Recorrente, como os demais Brokers.
- Operadora VIVO: De acordo com os documentos fiscais apresentados, o serviço é dividido em 2 (dois), e por isso há duas faturas para a mesma competência. De fato, este é um procedimento padrão, trata-se da divisão entre serviços de telecom e de gestão técnica. Somando-se ambas e dividindo-as pela quantidade que consta no descritivo da NF (50 milhões de mensagens), alcança-se o preço unitário de R\$0,05132. Este também é um preço coerente para a faixa consumida.
- Operadora TIM: A licitante incluiu apenas a NF de gestão da TIM, deixando de fora a outra fatura, de telecom, que precisaria ser somada para se chegar ao valor total da competência. Apesar de aqui não constar o volume de mensagens trafegadas, estima-se que seja de aproximadamente 17 milhões, dado seu perfil nas demais operadoras e faixa de consumo na tabela da TIM. Se usada apenas o documento fiscal apresentado, o preço seria de R\$ 0,048, mas a estimativa da Recorrente é de que seja de R\$ 0,058.
- Operadora CLARO: Não foi apresentado pela Recorrida. Porém, tomando como base a média de consumo das demais operadoras, seria razoável, até mesmo otimista, estimar um preço unitário em R\$0,05.

Sendo as 4 (quatro) maiores operadoras responsáveis por 97,55% do market share brasileiro, optamos por simplificar aplicando a tarifa de R\$0,05 para as demais.

Obtivemos, portanto, uma tabela de preço DE CUSTO para a Recorrida conforme abaixo, e um preço de custo unitário médio e diretamente atrelado ao serviço proposto de R\$ 0,04885, ressaltando ainda que Custo não se confunde com preço de venda, e que se levarmos em consideração este último, por óbvio que o preço final dado pela Recorrida neste certame por si só é inexequível.

	Share	Custo	Custo Ponderado
VIVO	32,96%	R\$ 0,0513	R\$ 0,0169
Claro	27,69%	R\$ 0,0500	R\$ 0,0138
TIM	20,39%	R\$ 0,0580	R\$ 0,0118
OI	16,51%	R\$ 0,0305	R\$ 0,0050
Outras	2,45%	R\$ 0,0500	R\$ 0,0012
	100%		R\$ 0,04885

A título de informação, mesmo que obviamente impraticável para a vencedora, ora Recorrida, se aplicarmos os preços mais baixos contantes nas últimas faixas de todas as operadoras, o preço médio baixaria cerca de 12%. Neste caso, a Recorrida estaria trafegando em torno de absurdos 1,5 bilhões de mensagens por mês.

Também a título de informação, é sabido que existem fatores de curto, médio e longo prazos que contribuirão com aumento maiores nos custos, como principais, destacam-se: (i) o aumento de preço já previsto contratualmente, por uma das grandes operadoras, e que será aplicado em abril/2022; (ii) a recente venda da operadora OI, que possui preço consideravelmente inferior se comparada às demais. A venda causa impacto imediato em seu market share, pois já não há entrada de novos assinantes, além da sua incorporação completa e conseqüente extinção, estar prevista para acontecer até o final do corrente ano.

Em nossa estimativa o preço unitário médio ao final do ano será de R\$ 0,055.

V - CONCLUSÃO E PEDIDO

Ante todo o explanado, requer-se a Procedência do presente Recurso com conseqüente:

(a) Reforma da Decisão com Inabilitação da empresa Tservcom tendo em vista que não apresentou comprovação de conexão com a Americanet e demais operadoras em atividade, não cumprindo os requisitos do item 9.11 e 9.19 do Edital;

(b) Que caso ultrapassado o argumento acima, requer-se a nulidade do Atestado de Capacidade Técnica da empresa Paschoalotto tendo em vista que o assinante não possui poderes para assinar o referido documento, dado que a Declaração apresentada não é um documento legal de Procuração válido juridicamente;

(c) Ainda em relação a Paschoalotto, requer-se a consideração do fato de que a ausência da NF para comprovação dos serviços e a apresentação do contrato de forma física não comprova que os serviços foram prestados nos moldes no qual necessita ser comprovado para atendimento a este certame;

(d) Em relação ao atestado de capacidade técnica da empresa L.M/Vector 7 requer-se também que seja considerado o fato de que a ausência da NF para comprovação dos serviços e a apresentação posto que, os fatos trazidos em seu atestado não condiz com seu atual regime tributário Simples Nacional, bem como, sua condição de Microempresa/ME mesmo que os SMS fossem trafegados por valores irrisórios, pois ainda sim, atingiriam o máximo da receita bruta legalmente permitida para manter a referida condição tributária;

(e) Que caso tenha sido considerada a NF da empresa Ativos, que o referido documento seja desconsiderado pelo pregoeiro e sua administração por não cumprir com nenhum dos requisitos solicitados pelo Edital, bem como, por ser um fato novo juntado em fase de diligências;

(f) A análise do preço ofertado pela Recorrida em contrapartida com todos os argumentos aqui trazidos, principalmente no que se refere ao preço atualmente praticado no mercado para mensagens de SMS, faturadas por sua entrega efetiva no aparelho do usuário, bem como, a validação dos fatos e valores mencionados pela Recorrente através de diligências junto às operadoras e demais Brokers e, finalmente, a inabilitação da ora vencedora por inexecuibilidade do preço ofertado;

(g) Que caso haja inconsistência em qualquer documentação apresentada pela Recorrida, que a mesma será inabilitada desse certame, com reforma da decisão que a declarou vencedora;

(h) Que em havendo revogação deste pregão, a administração considerará os argumentos por fim apresentados a fim de propor um novo preço estimado que seja compatível com o mercado, promovendo assim uma concorrência ampla e justa entre os principais Brokers de mercado, incluindo esta Recorrente, para um serviço formal e transparente à Administração Pública.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 23 de março de 2022.

PONTAL SERVIÇOS EM COMUNICAÇÃO DIGITAL LTDA