

Pregão Eletrônico

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

RECURSO :

Ao(À) Sr.(a) Pregoeiro(a) do Ministério da Economia,

Pregão Eletrônico n.º 06/2020

TELEFONICA BRASIL S/A, Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Mongões, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, por seus representantes que abaixo subscrevem, com fundamento no inciso XVIII do artigo 4º, da Lei 10.520 de 17 de julho de 2002, bem como no item 12.2.3 do edital do Pregão Eletrônico em epígrafe, apresentar suas

Razões de Recurso

em face dos atos que classificaram as empresas CLARO S.A. e TIM S.A a as declararam vencedoras do pregão em referência, conforme os seguintes fundamentos:

I - TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, comprova-se a tempestividade das presentes razões. Conforme a ata da sessão eletrônica, a abertura de prazo para recurso iniciou-se em 15.12.2020, finalizado em 18.12.2020, atendendo ao prazo de três dias úteis previsto item 12.2.3 do edital.

II - RAZÕES PARA REFORMA DA DECISÃO RECORRIDA.

Trata-se de pregão promovido pelo Ministério da Economia para a “(...) contratação, pelo sistema de registro de preços, com vistas à futura e eventual contratação de SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO-COMUTADO - STFC (fixo-fixo e fixo-móvel) e de SERVIÇO MÓVEL PESSOAL - SMP (móvel-móvel, móvel-fixo e dados), nas modalidades local, longa distância nacional (LDN) e longa distância internacional (LDI) a ser executado de forma contínua, por meio do sistema de registro de preços (...)”.

Registra-se inicialmente que o julgamento das propostas ocorreu obedecendo ao critério de “Menor Preço Global do Lote”, sendo o objeto dividido em 2 lotes: Lote 1 - Telefonia Fixa (itens 1 a 15) e Lote 2 - Telefonia Móvel (itens 16 a 33).

Conforme a ata da sessão pública do pregão, a CLARO S.A. teve a sua proposta classificada para o objeto do Lote 1 e foi declarada vencedora. Na mesma oportunidade, a TIM S.A. teve a sua proposta classificada para o objeto do Lote 2, sendo declarada vencedora.

Contudo, o representante da empresa Telefônica Brasil S/A manifestou intenção de recorrer, sendo registrado em Ata:

Registro de Intenção de Recurso. Fornecedor: TELEFÔNICA BRASIL S.A. CNPJ/CPF:02558157000162. Motivo: Prezado Pregoeiro, a Telefônica manifesta a intenção de recurso contra a Claro pelo envio incompleto de documentos de habilitação. Quanto à TIM, as alegações são: inadequação técnica dos equipamentos.

O Termo de Referência estabelece dentre os deveres e responsabilidades da contratada:

5.2. Deveres e responsabilidades da CONTRATADA

(...)

b) Executar o objeto do certame em estreita observância dos ditames estabelecido pela Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)). Para a habilitação, o licitante deverá apresentar Declaração indicando o encarregado responsável pela proteção de dados, nos termos do art. 41 da Lei Federal nº 13.709/18. (grifos nossos).

No entanto, verifica-se que nem a Claro S.A, nem a Tim S.A apresentaram a declaração indicando responsável por LGPD (Lei Geral de Proteção e Dados Pessoais), documentação de habilitação exigida EXPRESSAMENTE no item 5.2, “b” do Termo de Referência, tal como acima transscrito.

Tal fato pode ser comprovado em análise ao rol de documentos apresentados pelas empresas e dispostos nos seguintes links: LOTE 1 (CLARO) - Documentação completa da CLARO no link: <http://comprasnet.gov.br/livre/pregao/anexosPorFornecedor.asp?ippCod=156661466> e LOTE 2 (TIM) - Documentação completa da TIM no link: <http://comprasnet.gov.br/livre/pregao/anexosPorFornecedor.asp?ippCod=157034311>.

Ora, os documentos da habilitação constituem verificações da possibilidade de a empresa participar do certame, estabelecendo condições para a empresa participar do certame, para exercer o direito de licitar. Assim sendo, uma vez exigida pelo Ministério da Economia a declaração indicando responsável por LGPD, como condição de habilitação, não cabe às empresas participantes da licitação desconsiderar a exigência.

A ausência da declaração exigida significa a não comprovação de um requisito expresso de habilitação das licitantes. Tal omissão, contudo, não foi levada em consideração pelo pregoeiro, ao erroneamente habilitar as empresas Claro S.A e TIM S.A, ora recorridas.

A lei 13.709/2018 "dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural", visando garantir que a empresa/operadora realize controle de dados, adotando medidas de segurança (técnicas, jurídicas e administrativas) para proteger informações disponibilizadas em portal eletrônico ou em meio físico.

A indicação de encarregado responsável pela proteção de dados garante que o tratamento e compartilhamento de dados seja realizado nos termos da lei.

Não há que se falar na desconsideração da exigência disposta na alínea "b" do item 5.2 do Termo de Referência, que foi expressamente exigida "para a habilitação", devendo o pregoeiro inabilitar as ora recorridas por desatendimento à regra básica do edital.

Além disso – mesmo que o motivo anteriormente apresentado não fosse suficiente para inabilitação da TIM, o que se admite por mera eventualidade - o item 6 do edital dispõe as exigências da proposta de preços a ser apresentada para a participação das licitantes no certame, que deverá conter inclusive, a descrição do objeto (o que inclui materiais e equipamentos) em conformidade com o Termo de Referência.

O Termo de Referência apresenta a descrição dos equipamentos, sendo previsto para o item 10 do Lote 2, o fornecimento de modems com as seguintes características:

2.3.1.3.

Para o item 10 do Lote 2 (MODEM), os modens fornecidos em comodato deverão possuir pelo menos a seguinte especificação mínima:

1. Modem USB 3G/4G novo nos padrões autorizados pela ANATEL para transmissão de dados para acesso sem fio à internet
2. Interface Wi-Fi para compartilhamento de conexão com um roteador (compatível com protocolos de rede sem fio 802.11 b/g/n)
3. Compatibilidade mínima com os seguintes Sistemas Operacionais: Ubuntu Linux versão 16.4 (32 e 64 bits); Microsoft Windows 7, 8 e 10 (32 e 64 bits); eMac OS
4. Compatibilidade tecnológica com a rede e serviços prestados pela Contratada
5. Antena embutida
6. Porta USB 2.0 ou superior
7. Deverão ser fornecidos os acessórios necessários ao pleno funcionamento dos Modems, incluindo software de instalação e manual do usuário (será aceito arquivo digital) (grifos nossos)

Contudo, a proposta apresentada pela empresa TIM S.A, classificada para o Lote 2, não atende integralmente a todas as exigências técnicas previstas.

A TIM apresentou declaração alegando atendimento às especificações técnicas do pen modem em local público (internet). Ocorre que a empresa se eximiu de apresentar manual que comprove tal alegação. Fato é que, em análise ao manual de especificações técnicas do pen modem ofertado, verifica-se que ele não atende aos requisitos exigidos (ver arquivo LOTE2_Diligencia_Analise_Equipamentos_TIM.pdf).

Em diligência junto ao fabricante do equipamento ofertado pela empresa, a recorrente obteve o manual de especificações técnicas do pen modem. Uma análise breve demonstra que, de fato, os equipamentos não atendem à exigência do item 2.3.1.3 de "sistema operacional Ubuntu Linux versão 16.4 (32 e 64 bits)", conforme destacado no anexo: LOTE2_MANUAL_MILITILASER_RE75X.pdf.

Neste contexto, resta claro que as especificações do objeto de Lote 2 proposto pela empresa Tim S.A são inferiores às exigidas no Termo de Referência, não atendendo aos parâmetros indicados no edital, fato que claramente remete à desclassificação da empresa.

O item 7.2 do edital é expresso quanto a desclassificação das propostas que não atendam às exigências edilícias, inclusive as especificações técnicas descritas no Termo de Referência, conforme se vê nos seguintes itens:

7.2. O Pregoeiro verificará as propostas apresentadas, desclassificando desde logo aquelas que não estejam em conformidade com os requisitos estabelecidos neste Edital, contenham vícios insanáveis, ilegalidades, ou não apresentem as especificações exigidas no Termo de Referência.

8.5. Será desclassificada a proposta ou o lance vencedor, nos termos do item 9.1 do Anexo VII-A da In SEGES/MPDG n. 5/2017, que:

(...)

8.5.3. não apresente as especificações técnicas exigidas pelo Termo de Referência;

Assim, não restam dúvidas que a proposta técnica apresentada pela TIM S.A, com equipamentos diferentes do exigido no edital, enseja a desclassificação da empresa, com base no item 7.2 do ato convocatório.

Cabe destacar ainda que a oferta de equipamentos com especificações diversas e até inferiores às exigidas influem diretamente no preço da proposta, podendo ensejar em ilusória redução de custos na licitação, com falsa ideia de atendimento aos interesses da Administração.

Nos termos do art. 41 da Lei 8666/1993 "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada".

O professor CARLOS PINTO COELHO MOTTA assinala que "O artigo em questão constitui um alerta, tanto para o administrador público como para o Licitante, conferindo a este último a certeza da efetividade dos seus direitos". A jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA sinaliza exatamente a indicação de que o edital constitui a lei do procedimento licitatório:

1MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. 9ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 363.

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE REGRA PREVISTA NO EDITAL LICITATÓRIO. ART. 41, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. VIOLAÇÃO. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO EDITAL.

I - Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por SOL COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA, contra ato do Senhor Presidente da Comissão Especial de Licitação da Secretaria de Serviços de Radiodifusão do Ministério das Comunicações, que a excluiu da fase de habilitação por ter entregue a documentação exigida para essa finalidade com 10 (dez) minutos de atraso.

II - O art. 41 da Lei nº 8.666/93 determina que: "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

III - Supondo que na Lei não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do Administrador Público, posto que este atua como gestor da res publica. Outra não seria a necessidade do vocábulo "estritamente" no aludido preceito infraconstitucional.

IV - "Ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei nº 8.666 impõe o dever de exaustão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresso e exaustivo, no corpo do edital."(in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 9ª Edição, pág. 385)

V - Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se "estritamente" a ele.

VI - Recurso Especial provido. (grifos nossos)

Na fase interna da licitação, o Ministério da Economia elaborou um projeto com as especificações essenciais para a contratação, com as características dos objetos que atendam aos objetivos da contratante, necessários para a análise da proposta de preços, antes mesmo da fase de lances. O atendimento às especificações técnicas é, portanto, obrigatório e necessário.

Admitir a falta de atendimento a tais exigências implica na violação do princípio do julgamento objetivo (pois o edital definiu tais exigências como requisitos obrigatórios da proposta) e do princípio da vinculação ao instrumento convocatório (pois há regras no edital determinando a desclassificação da proposta em desacordo ao exigido).

2 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 421946 – DF. Relator Min. Francisco Falcão. Primeira Turma. Julg. 07.02.2006, Publ. DJ 06.03.2006, p. 163. RSTJ vol. 203. P. 135.

Assim, considerando que a empresa CLARO S.A bem como a empresa TIM S.A não atenderam às exigências dispostas em edital, impõe-se a inabilitação/desclassificação das recorridas, passando-se à análise das propostas subsequentes, nos termos do item 8.11 do edital.

III – REQUERIMENTOS.

Por todo o exposto, a TELEFONICA BRASIL S/A, requer ao Pregoeiro que acolha as razões de recurso ora apresentadas para que sejam reformadas as decisões que classificaram e declararam como vencedoras para o objeto de Lote 1 a empresa a CLARO S.A. e para o objeto de Lote 2 a empresa TIM S.A.

Caso não ocorra a mencionada retratação, requer seja encaminhado o processo à autoridade competente para que seja dado provimento ao presente recurso.

Pelo que PEDE DEFERIMENTO,

São Paulo/SP, 18 de dezembro de 2020.

Fstrar