



MINISTÉRIO DA ECONOMIA

Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital

Secretaria de Gestão

Central de Compras

Coordenação Geral de Licitações

JULGAMENTO DE RECURSO

RECURSO IMPETRADO PELA EMPRESA CLARO CONTRA DECISÃO DA PREGOEIRA QUE DECLAROU VENCEDORA DO GRUPO 2 DO PREGÃO ELETRÔNICO SRP N° 6/2020, A EMPRESA TIM S.A

Pregão Eletrônico SRP nº 6/2020

Objeto: Escolha da proposta mais vantajosa para 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, conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas no Edital e seus anexos.

Tipo de Licitação: Menor preço

Processo Administrativo nº 19973.104892/2019-66

Recorrente: CLARO S.A

Recorrida: TIM S.A.

1. DAS PRELIMINARES

1.1. Do Recurso

1.1.1. Recurso administrativo interposto, tempestivamente, pela empresa CLARO S.A (SEI 12590372), doravante denominada Recorrente, contra decisão da Pregoeira que declarou a empresa TIM S.A., doravante denominada Recorrida, vencedora do Grupo 2 do Pregão Eletrônico SRP nº 6/2020.

1.1.2. A peça recursal foi anexada tempestivamente ao www.gov.br/compras.

1.1.3. Todos os licitantes foram cientificados da existência do presente Recurso Administrativo, por comando automático do sistema.

1.2. Da admissibilidade

1.2.1. O critério de aceitabilidade do recurso exige a manifestação imediata e motivada da intenção de recorrer, tão logo seja declarado o vencedor do certame, conforme dispõe o artigo 44 do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019:

Art. 44. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, dentro do prazo concedido na sessão pública, de forma imediata, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer.

1.2.2. Conforme registrado em ata, após a declaração do vencedor da licitação, a Recorrente manifestou imediata e motivadamente a intenção de recorrer contra a decisão da Pregoeira.

1.2.3. Assim, a peça recursal apresentada cumpre os requisitos de admissibilidade previstos na legislação, pelo que se passa à análise de suas alegações.

2. DAS ALEGAÇÕES E REQUERIMENTO DA RECORRENTE

2.1. A Recorrente impõe-se contra a decisão que declarou a empresa Recorrida vencedora do

Grupo 2 do Pregão Eletrônico SRP nº 6/2020, tendo registrado em sua intenção de recurso na sessão do Pregão Eletrônico SRP nº 6/2020, o seguinte motivo: “Sra. Pregoeira, a Claro S/A manifesta sua intenção de recurso tendo em vista que o aparelho ofertado pela empresa declarada vencedora em sua proposta não antedeu ao item 2.3.1.2.1 do termo de Referencia, conforme restará demonstrado nas razões recursais.”

2.2. Visando melhor compreender os questionamentos trazidos pela Recorrente, faz-se necessário trazer à baila as afirmações contidas na peça recursal:

"II – DO RECURSO

Desta feita, quando foi recebida e analisada a proposta entregue pela TIM, a CLARO observou que a proposta não atende ao item 2.3.1.2.1 do Termo de Referência motivo pelo qual a TIM deveria ter sido desclassificada do certame.

Contudo, o Ilmo. Sr. Pregoeiro, em contrariedade aos princípios da isonomia, impessoalidade, igualdade e vinculação ao instrumento convocatório, classificou a TIM e a declarou vencedora do certame.

Assim, passamos a analisar os fatos ocorridos, para requerer que, após a reforma da decisão pugnada, seja a TIM desclassificada, por ser medida de legalidade.

1 – DA EQUIVOCADA HABILITAÇÃO DA TIM E VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Inicialmente, como mencionado acima, a Proposta da TIM não estava de acordo com o estipulado no termo de Referência, seguem considerações abaixo: Preliminarmente, cabe ressaltar que a proposta da TIM atende apenas parcialmente as disposições do item 2.3.1.2.1 do Termo de Referência:

2.3.1.2. Para os itens 6 e 7 do Lote 2, os aparelhos fornecidos em comodato deverão possuir a seguinte especificação mínima:

1. Aparelho Smartphone novo com sistema operacional Android ou IOS, VERSÃO ATUALIZADA. (grifo nosso)

Sendo assim, as licitantes deveriam considerar na composição de sua proposta, a utilização de aparelhos smartphones com sistema operacional na versão mais atualizada no mercado até a data de abertura do certame. No entanto, a empresa TIM indicou em sua proposta que o aparelho a ser disponibilizado seria o modelo K61 do fabricante LG cujo sistema operacional é o Android 9.0. Esta informação pode ser comprovada no link indicado pela própria TIM em sua proposta. Nossa embasamento técnico para fazer essa afirmação está firmado nas informações trazidas pelo próprio fabricante no seu sitio oficial, como se pode verificar no endereço a seguir:

<https://www.lg.com/br/celulares/lg-lmq630baw-titan>.

Acontece que a versão 9.0 NÃO É VERSÃO MAIS ATUALIZADA DO SISTEMA OPERACIONAL ANDROID, conforme exigido no Termo de Referência. O Android 10, lançado em setembro de 2019, é o sistema operacional a ser considerado e que já se encontra disponível e em operação em diversos aparelhos no Brasil.

O próprio site da LG (https://www.lg.com/br/celulares/lg-lmq630baw-titan#pdp_review) possui diversos comentários de usuários deste tipo de aparelho reclamando e/ou solicitando a mudança do Android 9 para o Android 10, sem indicativos do fabricante se e quando esta atualização acontecerá.

Há claramente uma divergência entre a proposta da TIM e o solicitado no Edital. A PROPOSTA FOI ACEITA APÓS DILIGÊNCIA REALIZADA PELO MINISTÉRIO DA ECONOMIA, MAS O FATO É QUE O APARELHO INFORMADO PELA TIM, NÃO FUNCIONA COM A VERSÃO ATUALIZADA DO SISTEMA OPERACIONAL ANDROID E A PROPOSTA APRESENTADA NÃO ATENDE AO SOLICITADO NO

EDITAL, ferindo assim o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Ressaltamos inclusive que apresentação da proposta da TIM, nos moldes que se encontram, causou grave violação dos princípios da isonomia entre os licitantes e da competitividade.

Desta forma, fica comprovado que a TIM violou as disposições do Edital, entretanto ilegalmente não foi desclassificada, como determina o item 6.2 e 7.2.2 do edital:

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.

Ora, tal atitude, fere o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, da competitividade e da isonomia.

É de se observar que a Lei de Licitações, Lei Federal nº 8.666/93, estabeleceu limites para a Administração prover o processo licitatório:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.”

Desse modo, admitir que a TIM se apresente ao certame de forma diversa do exigido no Edital é tratar as licitantes de forma desigual, violando os princípios da isonomia, igualdade e impessoalidade (princípio este que também foi constitucionalizado e consta da redação do caput do art. 37 da CF/88 acima transcrito).

Outrossim, cumpre trazer também a lição do ilustre Celso Antônio Bandeira de Mello, a respeito do princípio da vinculação ao instrumento convocatório:

“O princípio da vinculação ao instrumento convocatório obriga a Administração a respeitar estritamente as regras que haja previamente estabelecido para disciplinar o certame, como, aliás, está consignado no art. 41 da Lei 8.666/93.” (in Curso de Direito Administrativo, 11ª Edição, Malheiros Editores, 1999, página 379)

Logo, à luz da doutrina, parece-nos salutar a providência afeta à desclassificação da TIM que obviamente incorreu em vício de procedimento ao ignorar as exigências do Edital, a fim de que não restem feridos os direitos dos demais licitantes.

Sendo assim, a declaração da TIM como vencedora do certame, viola o disposto na Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93), vide também o caput do seu artigo 41 abaixo transcrito:

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

E, consequentemente, foi violado o princípio da legalidade, consagrado no caput art. 37 da CF/88 infra transcrito:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios OBEDECERÁ aos PRINCÍPIOS DE LEGALIDADE, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

Ora, diferentemente do particular – que pode fazer tudo aquilo que a lei não veda

(art. 5º, II, CF/88) – a Administração deve fazer aquilo que a Lei determina.

Sendo assim, é certo que não pode esta Ilustre Administração admitir que a TIM seja classificada e declarada vencedora do certame, uma vez que ela apresentou-se de forma irregular ao procedimento.

Impende reforçar que se reveste de ilegalidade a decisão prolatada visto que a licitação deve ser conduzida com base no princípio da legalidade, assim a Administração deverá agir no limite da legalidade e ante a previsão legal.

Sendo assim, os atos devem seguir os comandos gerais e abstratos veiculados pela Lei e ao Edital, pois assim não o fazendo será suscetível de anulação.

Pelo exposto, é medida de razoabilidade e legitimidade que se avalie os termos do presente para rever a classificação e habilitação da TIM, que não poderia ter ocorrido, uma vez que a mesma agiu em contrariedade aos ditames legais e às regras estabelecidas no Edital.

Logo, o campo de ação da Administração é limitado à preservação legal e sempre deve executar suas atividades nos limites impostos, diferentemente da iniciativa privada, que cumpre ordens de seus presidentes e diretores, fazendo tudo o que a lei permite e não proíbe.

Desse modo, o agente público deve observar os comandos gerais e abstratos veiculados pela Lei de Licitações nº 8.666/93 e outras correlatas, de forma que, na prática de algum ato no processo licitatório em desacordo com a Lei, pode o mesmo ser anulado pela autoridade superior ex officio ou mediante provação dos interessados, o que ora se faz.

Solicitamos, ainda, que os fatos sejam levados ao conhecimento da Autoridade competente nesta Administração, pois há com a decisão guerreada Ônus à Administração e ao Interesse Público e ao erário.

Por isso, requeremos seja julgado procedente o presente Recurso, para que a TIM seja desclassificada do certame, sob pena de violação aos princípios administrativos invocados acima e que regem a atuação da Administração e as licitações com inobservância em especial dos princípios da legalidade, igualdade, impessoalidade e da vinculação ao instrumento convocatório. Face ao exposto, deve ser reformado o resultado do certame, com a desclassificação da TIM."

2.3. Ao final a Recorrente requer:

"Por todo o exposto, a Recorrente crê encontrarem-se regiamente demonstradas as razões de fato e de direito, requerendo, portanto, a revisão na esfera administrativa, da decisão que declarou a TIM habilitada e classificada no certame em comento para desclassificá-la, por ser medida de legalidade!"

3. DAS CONTRARRAZÕES APRESENTADAS PELA RECORRIDA

3.1. Em sua defesa, a Recorrida apresentou suas contrarrazões (SEI 12682229), conforme exposta a seguir:

"II. DOS FATOS

Trata-se de Pregão Eletrônico nº 06/2020 promovido pela Coordenação de Licitações, Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital, cujo objeto constitui na "contratação, pelo Sistema de Registro de Preços, com vistas à futura e eventual contratação de STFC (fixo-fixo e fixo-móvel) e SMP (móvel-móvel, móvel-fixo e dados), nas modalidades local, LDN e LDI a ser

executado de forma contínua (...)"

No dia 11 de dezembro de 2020, foi aberta a sessão pública, na forma eletrônica, pela Pregoeira designada e sua Equipe de Apoio, referente ao Processo Licitatório nº 19973.104892/2019-66, para realizar os procedimentos relativos ao Pregão Eletrônico nº 06/2020.

Iniciada a sessão com finalidade de Registro de Preços com vistas à contratação de Serviço Telefônico Fixo Comutado STFC (fixo-fixo e fixo-móvel) – Grupo 1 e de Serviço Móvel Pessoal - SMP (Móvel-Móvel, Móvel-Fixo e dados), nas modalidades Local, Longa Distância Nacional (LDN) e Longa Distância Internacional (LDI) – Grupo 2, a ser executado de forma contínua, conforme especificações e condições previstas no Edital e seus anexos.

Instalada a sessão para realização do Pregão em referência, para a contratação do SMP – Grupo 2, constatou-se o comparecimento das seguintes Licitantes: Claro S.A., Telefônica Brasil S.A. e TIM S.A.

Ato contínuo, após concluída a etapa fechada, para o SMP – Grupo 2, cujo valor estimado para gasto pelo r. Ministério previu o montante de R\$ 135.240.747,7353 (cento e trinta e cinco milhões duzentos e quarenta mil e setecentos e quarenta e sete reais e setenta e três centavos), a TIM foi convocada como vencedora, pelo melhor lance de R\$ 62.184.549,28 (sessenta e dois milhões cento e oitenta quatro mil quinhentos e quarenta e nove reais e vinte e oito centavos), alcançando maior vantagem à contratação do Ministério da Economia, frente às propostas das demais operadoras, a saber, Telefônica (Vivo): R\$ 83.746.692,5447 (oitenta e três milhões setecentos e quarenta e seis mil seiscentos e noventa e dois reais e cinquenta e quatro centavos) e Claro: R\$ 86.958.076,7600 (oitenta e seis milhões novecentos e cinquenta e oito mil e setenta e seis reais e setenta e seis centavos).

Transcorrida a sessão pública, a Pregoeira validou a proposta e a documentação de habilitação da TIM S.A. para o SMP – Grupo 2, atendendo integralmente aos requisitos editalícios. Nesse sentido, a Comissão de Licitação sabiamente habilitou a TIM ao Grupo 2.

Aberta a oportunidade de manifestação de Recursos, a Claro S/A manifesta sua intenção de recurso tendo em vista que o aparelho oferecido pela empresa declarada vencedora em sua proposta não atendeu ao item 2.3.1.2.1 do Termo de Referência.

Nesse contexto, a Claro propôs o Recurso Administrativo no dia 18 de dezembro, alegando razões de forma sucinta e rasa, sendo incontroverso é que a pauta de sua defesa tem argumentos de caráter meramente procrastinador, posto que a Coordenação de Licitações está estreitamente atrelada ao Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, assim como aos demais princípios que norteiam as licitações, sendo certo que houve integral e estrita observância dos requisitos editalícios na proposta e na documentação apresentada pela TIM.

Ao adentrarmos ao alegado no Recurso Administrativo da Claro, é claramente notório que as alegações de suposta irregularidade na proposta da Tim, vê-se que as razões são insustentáveis, restando claro o caráter protelatório do presente Recurso, amplamente prejudicial ao bom andamento do processo licitatório, uma vez que é evidente que a Tim atendeu integralmente ao disciplinado no instrumento convocatório, sendo, inclusive, declarado, em campo próprio do sistema eletrônico, o pleno cumprimento dos requisitos de habilitação e que sua proposta está em conformidade com as exigências do Edital.

No que tange ao suposto atendimento parcial às disposições do item 2.3.1.2.2 do Termo de Referência, a TIM esclarece que sua proposta está em total aderência aos critérios editalícios, inclusive quanto à especificidade do sistema operacional dos

smartphones atualizado.

É válido frisar que a TIM, ao apresentar a referida proposta, comprometeu-se em atender todos os critérios dispostos no instrumento convocatório e seus anexos. E ainda, conferiu diretamente com o fornecedor dos equipamentos (LG K61) a sua aderência total às características técnicas exigidas pelo Ministério da Economia.

No mesmo contexto, a TIM, oportunamente, registra que a alegação da Claro, além de rasa e obscura, não está atualizada, uma vez que, segundo o fabricante, LG, os aparelhos fabricados e comercializados com a TIM para atendimento ao Ministério serão fornecidos com o Android 10, atual sistema operacional para este aparelho.

Ora, é evidente que a Claro não possui fundamento e profundidade nas suas alegações, pois em seu recurso foram mantidas informações desatualizadas e incoerentes, sendo inegável que a proposta da TIM não infringiu qualquer disposição do Edital, portanto, não há o que se indagar acerca de eventual implicância ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Não há que se falar em vício, erro ou inobservância ao instrumento convocatório, restando, assim, o recurso de nula relevância para a melhor contratação do Ministério.

É óbvio que a contratação da proposta da TIM foi a mais vantajosa, por consideráveis milhões de reais de diferença, o Ministério irá contratar na forma mais econômica, em total probidade com as regras de licitações atualmente vigentes.

Há de se registrar que a alegação de suposto descumprimento da TIM, não possui caráter relevante, sendo meramente procrastinatório e prejudicial ao bom andamento do processo licitatório.

É inegável que a TIM atendeu absolutamente todos os critérios do Edital, observada na sua integralidade a moralidade do processo licitatório em questão.

O que há de inegável no Recurso da Claro é a lamentável constatação de um malabarismo argumentativo utilizando deslealdade para tentar desclassificar a TIM do certame.

No que pese ao alegado acerca de diligência proposta pelo Ministério, vê-se que a Claro não acompanhou de forma correta e integral o andamento do processo licitatório, uma vez que a diligência ocorrida envolveu mera confirmação de atendimento, por meio de declaração da TIM, aos critérios de Tela com touchscreen capacitivo e multitouch e Acessórios: carregador bivolt, cabo USB, extrator de chip (quando aplicável), manual de instruções de uso do aparelho em português (impresso em papel ou online), em integral aderência às condições editalícias.

Ora, está em evidência que a diligência visou meramente a confirmação de aderência da TIM a critérios do Edital, que já havia a assunção do compromisso de cumprimento mediante a formalização de declaração de cumprimento de todos os critérios do Edital na proposta apresentada pela TIM, especialmente nos itens 8.1 e 8.4, assim, não houve fato novo que gerasse informação adicional na proposta originalmente apresentada pela TIM.

O entendimento do Tribunal de Contas da União corrobora quando defende que a Administração organizadora do certame deve promover diligência junto ao interessado para a correção das eventuais falhas ou confirmações que se fizerem necessárias, sendo tal direito garantido a qualquer licitante, observada a necessária imparcialidade que a Administração Pública deve se pautar. Assim, a Administração se deleita em busca pela proposta mais vantajosa, observando a necessidade de utilização do formalismo moderado, simplificando e desburocratizando os atos administrativos.

Como regra, o Tribunal de Contas da União comprehende possível permitir que a empresa ofertante da melhor proposta possa corrigir eventual falha ou confirmar informações. No entanto, essa possibilidade não pode resultar em aumento do valor total já registrado que serviu de parâmetro comparativo entre os participantes, sendo, na presente contratação, considerado principalmente na seleção da proposta mais vantajosa para a administração, conforme preceitua o artigo 3º da Lei nº 8.666/1993.

Recentemente, ao analisar hipótese semelhante, o TCU indicou ser dever da Administração a promoção de diligências para o saneamento de eventuais ajustes na proposta e reafirmou a impossibilidade de o licitante majorar o valor inicialmente proposto:

“A existência de erros materiais ou omissões nas planilhas de custos e preços das licitantes não enseja a desclassificação antecipada das respectivas propostas, devendo a Administração contratantes realizar diligências junto às licitantes para a devida correção das falhas, desde que não seja alterado o valor global proposto.” (Acórdão 2.546/2015 – Plenário)

Ora, a própria Lei de Licitações indica como orientação para o procedimento licitatório a faculdade de, em qualquer fase da licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo. Destaca-se: “Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: § 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 originalmente da proposta.”

É importante sinalizar que a lei de licitações, ao prever a possibilidade de realização de diligências (art. 43, §3º), expressamente vedou a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente da proposta. Nesse sentido:

“Não cabe a inabilitação de licitante em razão de ausência de informações que possam ser supridas por meio de diligência, facultada pelo art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, desde que não resulte inserção de documento novo ou afronta à isonomia entre os participantes.” (Acórdão 2873/2014 – Plenário)

Além disso, aos órgãos e entidades subordinados à disciplina das instruções normativas editadas pelo MPOG, a IN nº 02/2008 dispõe expressamente, em seu art. 29-A, §2º, que “erros no preenchimento da planilha não são motivo suficiente para a desclassificação da proposta, quando a Planilha puder ser ajustada sem a necessidade de majoração do preço ofertado, e desde que se comprove que este é suficiente para arcar com todos os custos da contratação”.

Vale notar que o mesmo raciocínio pode ser aplicado em licitações realizadas por lotes, na hipótese de um dos itens não cumprir os critérios de aceitabilidade estabelecidos no instrumento convocatório, tendo em vista que, conforme disposto no acórdão 3.473/14 – Plenário, nenhum sobrepreço unitário é aceitável nos serviços constantes do orçamento da licitação, ainda que a planilha orçamentária apresente preço global inferior aos referenciais adotados pelo TCU.

É óbvio que o Ministério deve ponderar seus atos com base na legalidade, bem como nos entendimentos já proferidos pelas Cortes de Conta, no sentido que a desclassificação de proposta que contenha vício formal, meramente sanável confronta-se com o interesse público, fundado na contratação da melhor proposta apresentada no certame, cumprindo as exigências básicas do Edital.

Cabe citar que o foco crucial das licitações é a competição de propostas, e não de

requisitos formais e, principalmente, sanáveis, visto que o valor final da proposta da TIM alcançou a maior vantagem à contratação pelo Ministério, ou seja, a competição que obteve a vantajosidade se fez diante da disputa vinculada às propostas, e não a uma suposta competição do cumprimento formal, exacerbado e mais rigoroso dos requisitos do edital. É evidente que o caráter formalista do processo licitatório não pode sobrepor a possibilidade de suprimento de falhas materiais e amplamente sanáveis sob o argumento de que isso infringiria a isonomia entre os licitantes, já que todos estariam sujeitos às mesmas exigências e nenhum deles poderia ser beneficiado. Todos os licitantes têm o direito de em face de defeitos formais, promover o seu suprimento. No contexto, após a criteriosa avaliação deste honrosa Comissão, houve a coerente habilitação da TIM no certame.

Não deve prosperar qualquer alegação de que a diligência infringiu a isonomia entre os licitantes pela TIM, uma vez que a proposta observou todos os critérios do Edital, pautando-se meramente nas confirmações pontuadas pela Comissão.

Por todo o exposto, conclui-se que a Proposta da TIM, ora Recorrida, atende integralmente aos Princípios da Legalidade, Julgamento Objetivo, Vinculação ao Instrumento Convocatório, Razoabilidade, Competitividade e Economicidade, não havendo razões para sua desclassificação.

De forma fundamentada, cabe elucidar que a licitação é um procedimento administrativo, ou seja, uma série de atos sucessivos e coordenados, voltada, de um lado, a atender ao interesse público e, de outro, a garantir a legalidade, de modo que os licitantes possam disputar entre si, a participação em contratações que as pessoas jurídicas de direito público entendam realizar com os particulares.

Resta claro que, o recurso apresentado deve ser tido como inexistente, sem força de Recurso Administrativo, haja vista que o pedido elaborado, além de não ter qualquer fundamento jurídico, a Claro, tenta sem qualquer força no argumento criar irregularidade na proposta de preços encaminhada pela Tim.

No entanto, o contido nos princípios basilares da Administração Pública, acredita-se que não há razão à Recorrente.

Mister salientar que, além das propostas comerciais possuírem caráter vinculatório ao instrumento de convocação da licitação, não há coerência à Claro em afirmar infundadamente que a TIM não atendeu aos ditames editalícios.

O procedimento licitatório é vinculado às prescrições legais que o regem, em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei em sentido estrito, mas, também, do regulamento, do edital, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere.

Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho, o “princípio do formalismo procedural” passa a noção de que as regras procedimentais adotadas para a licitação devem seguir parâmetros estabelecidos na lei, não sendo lícito aos administradores subvertê-los a seu juízo.

Ainda, é preciso que se visualize o procedimento licitatório não como um fim em si mesmo, mas como um instrumento para se concretizar o direito material, prestigiando-se o interesse público. É a ideia da instrumentalidade do procedimento, que também é de ser aplicada.

Outro princípio basilar do recurso administrativo é o da legalidade. No caso em questão cabe referir-se ao princípio da legalidade expresso no artigo 37, caput, da Constituição Federal de 1.988, é voltado para a Administração Pública, e determina que esta somente poderá fazer alguma coisa se houver lei que autorize, toda a atividade administrativa deve estar devidamente ancorada na lei.

A respeito do princípio da legalidade, enquanto norma destinada à Administração Pública, muito bem explica o saudoso Hely Lopes Meirelles:

“A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, caput), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. É o que diz o inc. I do parágrafo único do art. 2º da Lei 9.784/99. Com isso fica evidente que, além da atuação conforme à lei, a legalidade significa, igualmente, a observância dos princípios administrativos.” (cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. pp. 87/88)

Importante ressaltar que a aplicação do princípio da legalidade às contrarrazões ao recurso administrativo, não está apenas na sua previsão em lei ou princípio, mas em razão deste princípio, a autoridade ou órgão administrativo imbuído da competência para conhecer e julgar o recurso, ao proferir uma decisão deve pautar-se na lei, ou em atendimento ao princípio da legalidade, no caso, ao instrumento editalício.

Sobre o assunto, igual orientação pode ser encontrada no Supremo Tribunal Federal (STF) e no Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) e no Tribunal de Contas da União, como será a seguir demonstrado.

O STF (RMS 23640/DF) tratou da questão em decisão assim ementada:

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência do documento. 2. Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso.

Surpreendentemente causou estranheza à TIM, as razões invocadas pela Claro em sede de Recurso Administrativo, uma vez que os mesmos se mostram irrelevantes e infundados ao processo e de cunho meramente procrastinatório. No presente contexto, importante destacar, com base no princípio formal, que está consubstanciado no parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 8.666/1993, contudo sempre se pairando da razoabilidade processual.

No entanto, o contido nos princípios basilares da Administração Pública, nas lições dos doutrinadores e nos julgamentos acima apontados, conclui-se que não há razão à Recorrente.

Evidentemente não há argumentos e sequer comprovações de qualquer infringência por parte da TIM aos critérios editalícios estabelecidos no instrumento convocatório publicado pelo Ministério, sendo claramente a decisão desta r. Administração pautada na legalidade, interesse público, de economicidade e eficiência.

Ainda, há de se evidenciar que a desconsideração do citado recurso, com a manutenção da classificação e habilitação da TIM está baseada também nos princípios da eficiência, da eficácia e da economicidade.

No âmbito do princípio da eficiência, pretendida pelo texto constitucional (art. 37, caput) não se esgota na adoção pelo Ministério da Economia de procedimentos formalmente corretos. Há ainda a aspiração que o Ministério adote os métodos mais apropriados, dentro de avançados padrões técnicos. O que se registra na manutenção da TIM como vencedora do certame no Grupo 2, é que o Ministério trabalhe com qualidade, opere de forma a colocar à disposição os avanços tecnológicos próprios da modernidade, esteja voltada para o atendimento satisfatório das necessidades do todo coletivo, fator determinante na obtenção dos melhores resultados.

*No que tange à comparação entre eficiência e eficácia, com caráter especialmente desburocratizante, a doutrina nos ensina que “esta última é a concretização dos objetivos desejados por determinada ação do Estado, não sendo levados em consideração os meios e os mecanismos utilizados para tanto. Assim, o Estado pode ser eficaz em resolver o problema do analfabetismo no Brasil, mas pode estar fazendo isso com mais recursos do que necessaria. Na eficiência, por sua vez, há clara preocupação com os mecanismos que foram usados para a obtenção do êxito na atividade do Estado. Assim, procura-se buscar os meios mais econômicos e viáveis, para maximizar os resultados e minimizar os custos. Em síntese: é atingir o objetivo com o menor custo e os melhores resultados possíveis” (TORRES, Marcelo Douglas de Figueiredo. *Estado, democracia e administração pública no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004. p. 175).*

*A eficiência, assim, caracterizar-se-ia em “um conceito econômico, que introduz, no mundo jurídico, parâmetros relativos de aproveitamento ótimo de recursos escassos disponíveis para a realização máxima de resultados desejados. Não se cuida apenas de exigir que o Estado alcance resultados com os meios que lhe são colocados à disposição pela sociedade (eficácia), mas de que os efetue o melhor possível (eficiência), tendo, assim, uma dimensão qualitativa. [...] A eficiência diz respeito ao cumprimento das finalidades do serviço público, de molde a satisfazer necessidades dos usuários, do modo menos oneroso possível, extraíndo-se dos recursos empregados a maior qualidade na sua prestação” (GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 298-299).*

Outrossim, resta claro que a contratação da proposta da TIM atende plenamente a necessária economicidade na contratação, sendo certo que uma arbitrária desconsideração da proposta da TIM, envolveria em uma desclassificação irregular que direcionaria à uma contratação de aproximadamente 21 milhões de reais mais caros ao Ministério, causando absurdo prejuízo ao erário na presente contratação, além de inobservar toda a fundamentação ora proposta nestas Contrarrazões.

Diante de todo o acima exposto, é patente a violação pela empresa Claro S.A. nas alegações dispostas no recurso interposto, sendo certo que a decisão deste r. Pregoeiro de declarar a proposta da TIM como classificada e vencedora do certame está eivada em fundamentos legais e doutrinários, sendo necessária sua imediata manutenção, confirmando a validação já minuciosamente aprovada pela Comissão mediante a habilitação da TIM no certame.”

3.2.

Em suas contrarrazões, a Recorrida apresenta o seguinte pedido:

"III. DOS PEDIDOS

Diante das razões ora aduzidas, a TIM requer: Em que preze o zelo e o empenho deste digníssimo Pregoeiro e sua Equipe de Apoio, em guardar o caráter isonômico

do procedimento, respeitando principalmente o Princípio da Economicidade, bem como diversos outros princípios atinentes ao certame, tais como o da transparência, da igualdade, da impessoalidade, da publicidade, da moralidade, da probidade administrativa e do julgamento objetivo, entendemos, com toda vénia, que SEJA MANTIDA a classificação da TIM S.A. no certame, sendo, no recurso proposto pela Claro S.A., no mérito improvido. E, diante de todo o exposto requer a V. Sas. o conhecimento da presente peça de defesa, para julgá-la totalmente procedente, dando, assim, continuidade ao procedimento, seguindo à adjudicação do contrato à empresa, respeitando os princípios supramencionados, dando seguimento ao processo licitatório."

4. DA ANÁLISE

4.1. Vencidas as fases de admissibilidade, razões e requerimento do recurso, assim como das contrarrazões apresentadas pela Recorrida, passa-se à análise da peça recursal interposta pela Recorrente.

4.2. A finalidade da licitação é de satisfazer o interesse público, buscar a proposta mais vantajosa, desde que esta cumpra às exigências estabelecidas no instrumento convocatório, que se faz lei entre as partes, como também respeitar os princípios constitucionais e administrativos.

4.3. Os atos praticados pela Pregoeira e Equipe de Apoio foram revestidos de clareza, coerência, objetividade e transparência, bem como observância ao princípio vinculatório ao Ato Convocatório.

4.4. A apresentação de recurso em uma licitação pública é o momento em que a licitante discorda de um ato praticado pela equipe responsável pela condução da licitação.

4.5. Passando à análise da peça recursal da Recorrente, registramos que o assunto foi submetido à área técnica para exame e manifestação.

4.6. Nessa toada, apresentamos a manifestação da área técnica (SEI 12682255), quanto às alegações da Recorrente:

"A exigência de que se trata o item 2.3.1.2– 1 (1. Aparelho Smartphone novo com sistema operacional Android ou IOS, VERSÃO ATUALIZADA) por si só já é bastante clara. O aparelho smartphone deverá ser novo e com sistema operacional em versão atualizada. Em nenhum momento exige-se a versão MAIS ATUALIZADA.

Entende-se por versão atualizada aquela em que a maioria dos aparelhos smartphones em território brasileiro encontram-se, que na data do certame era a versão Android 9.0.

Ressalta-se ainda o registro da empresa TIM, apresentado em sede das contrarrazões, de que o fabricante dos aparelhos smartphones ofertados pela TIM para atendimento ao pregão, a empresa LG, fornecerá os aparelhos com o Android 10."

4.7. Pelo exposto pela área técnica, resta evidente que não procede a alegação da Recorrente de que a proposta da Recorrida estaria em desacordo com o estipulado no termo de Referência.

4.8. Desta forma, por se tratar de questão essencialmente técnica, visto que se refere às especificações tecnológicas dos aparelhos *smartphones* a serem fornecidos pela contratada, e considerando que as alegações foram rechaçadas pela área técnica demandante, assim como pela Recorrida, entende este Pregoeiro que **não assiste razão à Recorrente**.

DA CONCLUSÃO

4.9. Por todo o exposto, conclui-se que a Recorrente carece de razão em suas alegações, uma vez que elas foram devidamente rechaçadas pela área técnica, pela Recorrida e por este Pregoeiro, e ainda que a análise em questão observou as condições estabelecidas no Edital e Anexos.

4.10. Desta forma, o recurso interposto é conhecido pela sua tempestividade. Contudo, seus argumentos não suscitam viabilidade de reconsideração deste Pregoeiro, razão pela qual se mantém a decisão que declarou vencedora do Grupo 2 do Pregão Eletrônico SRP nº 6/2020 a empresa TIM S.A.

4.11. Assim, encaminhe-se os autos à autoridade superior para análise, consideração e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

Brasília/DF, dezembro de 2020.

[Documento assinado eletronicamente]

ABDIAS DA SILVA OLIVEIRA

Pregoeiro

De acordo. Encaminhe-se os autos à Diretora da Central de Compras para ciência e decisão do Recurso Administrativo em pauta.

Brasília/DF, dezembro de 2020.

[Documento assinado eletronicamente]

VALNEI BATISTA ALVES

Coordenador-Geral



Documento assinado eletronicamente por **Valnei Batista Alves, Coordenador(a)-Geral**, em 31/12/2020, às 14:32, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Abdias da Silva Oliveira, Analista**, em 31/12/2020, às 14:35, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.economia.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **12682299** e o código CRC **5329AB96**.

Referência: Processo nº 19973.104892/2019-66.

SEI nº 12682299