

➤ PREGÃO ELETRÔNICO**▪ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões****RECURSO :**

A

ILMA. SR^a. IRENE SOARES DOS SANTOS, PREGOEIRA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO Nº 01/2018

A CLARO S/A, sociedade anônima constituída e existente de acordo com as leis do Brasil, inscrita no CNPJ sob o n.º 40.432.544/0001-47, com sede na Rua Henri Durant, nº 780 – Torres “A” e “B”, Santo Amaro, São Paulo/SP – CEP: 04709-110, vem por seu procurador, com fulcro no inciso XVIII, do artigo 4º, da Lei n.º 10.520/02, no artigo 26, do Decreto n.º 5.450/2005, bem como no subitem 11.2 do edital, tempestivamente, apresentar

RAZÕES DE RECURSO

em face da decisão da r. Pregoeira, que decidiu pela classificação/habilitação e declarou vencedor, de forma irregular, o consórcio formado pelas empresas TELEFÔNICA BRASIL S/A, OI MÓVEL S.A (Em Recuperação Judicial), OI S.A (Em Recuperação Judicial), TELEMAR NORTE LESTE S.A (Em Recuperação Judicial), liderado pela TELEFÔNICA BRASIL S/A, conforme restará demonstrado pelas razões de fato e de direito que passa a expor.

I – DOS FATOS

Preliminarmente, cumpre informar que participaram do certame licitatório as empresas CLARO e TELEFÔNICA.

Desta feita, quando foi recebida e analisada a proposta entregue pela TELEFÔNICA, a CLARO observou que a proposta atende apenas parcialmente as especificações exigidas para o APARELHO TIPO V – LOTE 1, vez que não é claro que o aparelho apresentado possui o acessório previsto no item 12, qual seja “Acessórios: fone de ouvido, carregador bivolt, manual de instruções de uso do aparelho em português (imprimido em papel ou online)”, motivo pelo qual a TELEFÔNICA deveria ter sido desclassificada do certame.

Se não bastasse o não atendimento as especificações do aparelho, a empresa TELEFÔNICA deixou de apresentar documento válido de habilitação, posto que o Instrumento Particular de Compromisso de Constituição de Consórcio apresentado foi assinado em 17/05/2018 (conforme anexo), mas tal fato não encontra comprovação idônea, uma vez que a data de autenticação do documento é 11/05/2018.

Contudo, a Ilma. Sra. Pregoeira, em contrariedade aos princípios da isonomia, impessoalidade, igualdade e vinculação ao instrumento convocatório, classificou a TELEFÔNICA e a declarou vencedora do certame – privilegiando esta operadora.

Assim, passamos a analisar os fatos ocorridos, para requerer que, após a reforma da decisão pugnada, seja a TELEFÔNICA desclassificada e inabilitada e a CLARO seja declarada vencedora, por ser medida de legalidade.

II – DO DIREITO

Inicialmente, cabe destacar que TELEFÔNICA foi classificada e declarada vencedora do LOTE 1 do referido certame de foi ilegal, pois não forneceu aparelho de acordo com as especificações previstas em edital, e como se não bastasse, o instrumento particular de formação de consórcio foi apresentado de forma irregular.

Durante a sessão do pregão a Pregoeira informa a TELEFÔNICA que o aparelho oferecido não atende as exigências previstas em edital :

Troca de mensagens no Comprasnet:

Pregoeiro 29/05/2018 16:21:21 Para TELEFONICA BRASIL S.A. - Senhores, ao analisar a especificação do item 12 - Aparelho TIPO V (SMP-TABLET) do Lote 1, não localizamos informação acerca do fone de ouvido, razão pela qual diligenciamos essa empresa a nos prestar essa informação. Concedemos o prazo até às 10h do dia 30/05/2018, amanhã, quando retomaremos a sessão.

02.558.157/0001-62 30/05/2018 10:05:44 Prezada Senhora Pregoeira, em atendimento ao item 12 – Aparelho TIPO V (SMP-TABLET) do Lote 1, informamos que todos os Acessórios solicitados no edital fazem parte da composição do Equipamento ofertado pela Vivo, salientamos que o Fone de Ouvido é parte integrante desse item.

Pregoeiro 30/05/2018 10:06:42 Para TELEFONICA BRASIL S.A. - Perfeito. Gentileza informar onde podemos localizar essa informação

02.558.157/0001-62 30/05/2018 10:09:42 Senhor Pregoeiro, abrir anexo para eu colocar o documento.

Sistema 30/05/2018 10:10:02 Senhor fornecedor TELEFONICA BRASIL S.A., CNPJ/CPF: 02.558.157/0001-62, solicito o envio do anexo referente ao grupo G1.

Pregoeiro 30/05/2018 10:10:40 Para TELEFONICA BRASIL S.A. - Informamos que o chat continua aberto

Sistema 30/05/2018 10:13:57 Senhor Pregoeiro, o fornecedor TELEFONICA BRASIL S.A., CNPJ/CPF: 02.558.157/0001-62, enviou o anexo para o grupo G1.

02.558.157/0001-62 30/05/2018 10:15:35 Segue link do catálogo do produto, para consulta: https://www.meupositivo.com.br/uploads/files/Setor_Publico/Ficha_Tecnica/Tablet/Ficha_Tecnica_Positivo_T1075.pdf

Após o esclarecimento solicitado pela pregoeira a cerca do fornecimento de fone de ouvido a TELEFÔNICA envio a ficha técnica do aparelho, no dia 28/05/2018 (FT T1075 V3) e posteriormente em 30/05/2018 (ficha técnica positivo T1075). (Todas as fichas segue anexas)

Observe que na primeira não é citado o fone de ouvido no item "acessórios inclusos" e na segunda, nesse mesmo item, ele cita que o fone de ouvido é opcional, ou seja, em nenhum momento ficou claro que o aparelho apresentado atende a exigência de fornecimento de fone de ouvido.

Assim, a proposta apresentada pela TELEFÔNICA ficou-se imprecisa e sem limpidez, não deixando claro o atendimento as exigências previstas em Edital, vez que em nenhum dos documentos apresentados esta expresso que o aparelho apresentado esta incluído o fone de ouvido.

Do mesmo modo, há irregularidades na habilitação da empresa TELEFÔNICA, dado que esta apresentou junto aos documentos de habilitação Instrumento Particular de Compromisso de Constituição de Consórcio de comprovação de idônea impraticável, uma vez que a data de autenticação do documento é anterior à assinatura do instrumento.

Cumpra esclarecer que o reconhecimento de firma declara a data e a autoria da assinatura lançada no documento, como bem leciona o professor Walter Ceneviva (CENEVIVA, Walter. Lei dos notários e registradores comentada (Lei n. 8.935/94). 4. ed. ver. Ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002).

Ora, a reconhecimento de firma de documento pós-datado leva contradição formal do documento, diante da não coincidência entre a data do documento e a data em que se praticou o ato notarial.

O artigo 73, da Portaria GC 206 da Corregedoria de Justiça do Distrito Federal e Territórios dispõe sobre a impossibilidade de se efetuar o ato de reconhecimento de firma em documento com data futura ou que contenha espaços em branco. In verbis:

"Art. 73. É vedado o reconhecimento de firma:

II - em documento com data futura ou seu espaço em branco;"

Assim, tal dispositivo vedar expressamente o reconhecimento de firma em documento com data futura, revelando de forma clara a sua preocupação com os aspectos formais do documento, vez que a atuação do serviço notarial possui importante papel de velar pela legalidade e segurança jurídica.

Ante a irregularidade do documento apresentado, somente podemos concluir que a TELEFÔNICA não atendeu as exigência do Edital, e, portanto deveria ter sido inabilitada.

Cabe esclarecer que a regra é que os licitantes apresentem todos os documentos capazes de demonstrar que cumpre com as exigências do estabelecidas em Edital pela Administração Pública, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, conforme art. 3º e 41 da Lei de Licitação (Lei 8.666/93), e no caso em tela a TELEFÔNICA não comprovou suas condições de habilitação.

Deste modo, quando o agente público permitir que qualquer licitante se habilite em processo licitatório com documento ilegal fere frontalmente o princípio da legalidade.

José dos Santos Carvalho Filho (2014, p. 246) assevera que, "no campo das licitações, o princípio da legalidade impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento", ou seja:

"É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos na lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais. (CARVALHO FILHO, 2014, p. 246)"

Neste caso é evidente que nem a proposta comercial apresentada, nem o documento de habilitação apresentado podem ser aceitos pela Administração Pública, sob risco de ser violados os princípios norteadores do processo licitatório.

Logo, vemos que a TELEFÔNICA não atende a todos os requisitos exigidos no instrumento convocatório e na legislação, violando-o, assim sua habilitação infringe o princípio da vinculação ao instrumento convocatório e os princípios da legalidade, igualdade e da isonomia.

Cumpra destacar que o procedimento licitatório deve garantir a observância da isonomia, legalidade, impessoalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, previstos expressamente na Lei n. 8.666/1993.

A vinculação da Administração ao edital que regulamenta o certame licitatório é a segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação.

Assim, claramente a apresentação de objeto em desacordo com as exigências editalícias e a apresentação de documento de habilitação inválido resultam na violação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que bem sabemos é Lei entre as partes em um processo licitatório. E, ainda, obviamente há a violação dos princípios da isonomia e igualdade, pois não se pode dar um benefício ou direito a um licitante e não dar para outros, que seguiram rigorosamente as determinações do edital.

Cabe, ainda, o brilhante raciocínio de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, acerca das infrações aos princípios da licitação: "Princípio da vinculação ao instrumento licitatório. Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. (...) O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos

licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite). (...) Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos, 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 o desrespeitou." (in Direito Administrativo, 11ª Edição, Editora Atlas, 1999, página 299 e 300). Nesse mesmo sentido, é a jurisprudência do STJ e deste Tribunal:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA. ÍNDICES MÍNIMOS APLICADOS. 1. No presente caso, o Município de Porto Alegre publicou edital para a realização de licitação, na modalidade de concorrência, para o registro de preços destinado a compra de material de consumo hospitalar e ambulatorial. 2. O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul anulou a decisão que inabilitou a empresa no certame, sob o fundamento de que os índices utilizados para aferir a capacidade econômica dos concorrentes, constantes da Ordem de Serviço 7/1999 (anexo III do edital), foram aplicados sem justificativa concreta no procedimento licitatório. 3. Editada a Ordem de Serviço 7/1999, que esclarece quais os índices contábeis mínimos a serem exigidos no processo de habilitação para a comprovação da capacidade econômico-financeira dos licitantes, e tendo a Administração municipal observado a referida norma, tal como expresso no edital, conclui-se que os índices exigidos já se encontram devidamente justificados, estando satisfeito o requisito do art. 31, § 5º, da Lei 8.666/1993. 4. Nessa fase do procedimento licitatório, o afastamento dos requisitos estabelecidos no edital privilegia a autora em detrimento dos demais interessados no certame, ferindo o princípio da isonomia dos concorrentes. 5. O princípio da vinculação ao edital restringe o próprio ato administrativo às regras editalícias, impondo a inabilitação da empresa que descumpriu as exigências estabelecidas no ato convocatório. 6. Recurso Especial provido. (REsp 595.079/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 15/12/2009) (grifei)

Destacamos, ainda, o entendimento do Tribunal de Contas da União, exarado nos Acórdãos transcritos abaixo, sobre a importância da vinculação ao instrumento convocatório de forma a não comprometer o andamento do certame:

"A violação de princípios básicos da razoabilidade, da economicidade, da legalidade e da moralidade administrativa, e a desobediência as diretrizes fundamentais da licitação pública, no caso, a isonomia entre licitantes, o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório, bem como o caráter competitivo do certame constituem vícios insanáveis que ensejam a fixação de prazo para exato cumprimento da lei, no sentido de declarar a nulidade do certame."

Acórdão 6198/2009 Primeira Câmara (Sumário)

"Observe o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, de acordo com as disposições exaradas especialmente no art. 3º da Lei 8.666/1993."

Acórdão 330/2010 Segunda Câmara

Por sua vez, a Lei nº 8.666/1993, também se reporta ao assunto da seguinte maneira: Art.

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. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

Por fim, com relação ao questionamento desta Recorrente, acerca da sua inabilitação, tendo em vista o envio de documentação complementar exigida para o certame fora do prazo previsto em Edital, mostra-se importante apresentar o entendimento do Tribunal de Contas da União, exarado no TC 015.239/2012-8/Acórdão nº 754/2015 – Plenário, transcrito abaixo:

(...)

45. De forma convergente, Jair Eduardo Santana (in Pregão presencial e eletrônico: manual de implantação, operacionalização e controle. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 342) assevera:

2) Deixar de entregar documentação exigida para o certame – a conduta omissiva demonstra desídia da parte do licitante, que não atentou para as exigências Editalícias, ou mesmo má-fé de sua parte, que, diante da impossibilidade de entregar o documento exigido para o certame, prefere 'correr risco' de não apresentá-lo e ainda assim conseguir contratar com a Administração Pública. Seja qual for o motivo que explique a omissão, ela demonstra descompromisso para com a solenidade do certame e merece ser punida.

46. Nesse passo, tem-se que o licitante que infringir as exigências de participação no certame, deixando de apresentar documentação requerida, sem um motivo escusável (elemento subjetivo objetivado na conduta externa), estará se comportando de forma reprovável e, portanto, ficará sujeito a punição."

Desta forma, não pode se admitir que se decida como foi feito, pela habilitação, já que O DOCUMENTO DE FORMAÇÃO DE CONSÓRCIO NÃO É VÁLIDO, DOCUMENTO ESTE IMPRESCINDÍVEL PARA A HABILITAÇÃO, ASSIM COMO O APARELHO OFERTADO NÃO ATENDE AS ESPECIFICAÇÕES DO EDITAL, sendo a manutenção da classificação da TELEFÔNICA a comprovação de tratamento diferenciado das licitantes, ato que contraria os princípios constitucionais, alicerces de um Estado Democrático de Direito.

Nesta esteira fica comprovado que buscamos aqui o total respeito aos princípios da vinculação ao instrumento licitatório, da legalidade, da igualdade e isonomia entre os participantes!

Desta foram, solicitamos a procedência deste Recurso.

Pelo exposto, requeremos a desclassificação e inabilitação da TELEFÔNICA, por ser medida de máxima isonomia e

justiça!

III – DO PEDIDO

Em face do exposto, vêm a CLARO BRASIL reiterar os termos acima expostos, bem como à normativa vigente acerca da legislação regulatória de telecomunicação e de licitação e pregão – Lei Federal nº 10.520/02, Decreto Federal nº 5.450/2005, Lei Federal nº 8.666/93, de forma que seja desclassificada e inabilitada a TELEFÔNICA no certame em comento, para posterior habilitação, classificação e consequente declaração de que a CLARO é a vencedora do certame, pois, agiu em estrita observância às orientações dessa Administração, bem como visando afastar a violação aos princípios licitatórios.

Termos em que
Pede deferimento.
Brasília, 05 de junho de 2018.

Voltar