

Pregão/Concorrência Eletrônica

■ Visualização de Recursos, Contrarrazões e Decisões

DECISÃO DO PREGOEIRO: NÃO PROCEDE

JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO EM LICITAÇÃO

PROCESSO nº: 10396/2021

REFERÊNCIA: Pregão Eletrônico nº 40/2022

OBJETO: Contratação de empresa para prestação de serviço continuado, de telecomunicação e serviços de locação de infraestrutura de telecomunicações

RECORRENTE: WIKI TELECOMUNICACOES EIRELI

RECORRIDA: OI S.A.

01. Trata-se de Recurso Administrativo interposto tempestivamente, via sítio Comprasnet (<https://www.gov.br/compras/pt-br/>), pela licitante WIKI TELECOMUNICACOES EIRELI, doravante RECORRENTE, devidamente qualificada na peça inicial, com fundamento no art. 44, do Decreto 10.024/19, por meio de seu representante legal, através dos meios regularmente previstos, em face da decisão do Pregoeiro do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão – TJMA, que classificou e habilitou a Empresa OI S.A., doravante RECORRIDA, referente ao Edital de Pregão Eletrônico nº 40/2022 – SRP.

02. Em tempo, informo que este Pregoeiro foi designado pelo Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão com base na PORTARIA-GP Nº 835, de 29 de agosto de 2022, publicada no DJE nº 158, de 1º de setembro de 2022, para condução de procedimento licitatório.

03. O presente julgamento será realizado considerando as regras do edital, os termos do recurso impetrado, as contrarrazões apresentadas, as normas e jurisprudências relativas à matéria em questão.

1 – DAS PRELIMINARES

1.1. Trata-se de Recurso Administrativo interposto pela licitante WIKI TELECOMUNICACOES EIRELI (CNPJ: 11.509.434/0001-38), em face da classificação e habilitação da empresa OI S.A. (CNPJ: 76.535.764/0001-43).

1.2. A RECORRENTE apresentou durante o certame licitatório sua manifestação de intenção de recurso, conforme transcrita a seguir:

“Registro de Intenção de Recurso. Fornecedor: WIKI TELECOMUNICACOES EIRELI, CNPJ/CPF: 11.509.434/0001-38. Motivo Intenção: A empresa OI S.A. não cumpriu as condições editalícias referentes aos itens 5.1.2, 5.1.2.1, 5.1.2.2, 5.1.2.3, 5.1.2.4, 5.1.2.5, 5.1.2.6, 5.2.3 "e" e "i", 5.2.5 "c" e "e", 10.4.2.2 (proposta com preços manifestamente inexequíveis e com valor zerado para os itens 1.2, 1.4, 1.6 e 1.8) com expressa vedação, sem exigência de exequibilidade, devendo ser aplicada a sua desclassificação e inabilitação, cuja razões recursais serão apresentadas pela Recorrente, conforme prazo previsto em edital.”

1.3. O PREGOEIRO aceitou a intenção de recurso apresentada pela empresa RECORRENTE, conforme consta em Ata de Sessão e trecho transcrito a seguir:

“Intenção de recurso aceita. Fornecedor: WIKI TELECOMUNICACOES EIRELI, CNPJ/CPF: 11509434000138. Motivo: Aceita. Cumpridos os requisitos de admissibilidade, conheço dos seguintes itens alegados: 5.1.2, 5.1.2.1, 5.1.2.2, 5.1.2.3, 5.1.2.4, 5.1.2.5, 5.1.2.6, 5.2.3 "e" e "i", 5.2.5 "c" e "e", 10.4.2.2. Informo que na apresentação das razões deverá haver pertinência material entre a motivação da intenção de recorrer e as razões escritas, ou seja, não se admitirá que elas inovem a matéria recursal e o pregoeiro não é obrigado a conhecê-las.”

1.4. Para a aceitabilidade do recurso, o caput do art. 44 do Decreto nº 10.024/2019 exige a manifestação imediata da intenção de recorrer tão logo seja declarado o vencedor do certame:

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

1.5. E com base no item 11.1 do Edital e subitens respectivos:

“11.1. Declarado o vencedor, o(a) PREGOEIRO(A) abrirá prazo de 30 (trinta) minutos, em campo próprio do SISTEMA, para manifestação de Recurso dos LICITANTES.”

1.6. Verificados os pressupostos recursais, quais sejam: sucumbência, tempestividade, legitimidade, interesse e motivação; passo a análise do pleito.

2 – DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

2.1. As razões apresentadas pela licitante RECORRENTE, podem ser visualizadas no Portal Comprasnet (<https://www.gov.br/compras/pt-br/>), bem como no sistema interno de processos administrativos, DIGIDOC, do TJMA (evento 116), dispensando sua transcrição integral neste julgamento.

3 – DAS CONTRARRAZÕES

3.1. A licitante RECORRIDA apresentou contrarrazões às alegações em exame, que também podem ser visualizadas no Portal Comprasnet (<https://www.gov.br/compras/pt-br/>), bem como no sistema interno de processos administrativos, evento 117, dispensando sua transcrição integral neste julgamento.

4 – DA ANÁLISE PELO PREGOEIRO

4.1. Cumpre dizer, desde logo, que as decisões tomadas no contexto deste processo licitatório, cujo instrumento convocatório é o Edital de Pregão Eletrônico (SRP) nº 40/2022 – TJMA, estão em perfeita consonância com o que manda a lei, tendo sido observada a submissão aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, conforme segue:

“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.”

4.2. Ressalte-se que tal disposição é corroborada pelo disposto no Decreto nº 10.024/19:

“Art. 2º O pregão, na forma eletrônica, é condicionado aos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, do desenvolvimento sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade e aos que lhes são correlatos.”

4.3. Partindo do entendimento de que a Administração deve atuar primando pela legalidade, bem como pela celeridade em todos os seus cometimentos, neles incluídos os processos licitatórios, o interesse público demanda a eficiência da Administração, a qual deve mostrar-se pronta, tanto para acudir as demandas da sociedade como para suprir as próprias necessidades.

4.4. Passando ao mérito e analisando os pontos percorridos na peça recursal da RECORRENTE, em confronto com a legislação e com os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais correlatos, exponho abaixo as medidas adotadas e as ponderações formuladas que estão a fundamentar a decisão final.

5. DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE

A. Da inobservância ao disposto nos itens 5.1.2, 5.1.2.1, 5.1.2.2, 5.1.2.3, 5.1.2.4, 5.1.2.5, 5.1.2.6

A RECORRENTE alega em suas razões do recurso que a empresa OI S.A. não apresentou em seus documentos de habilitação as declarações previstas no item 5.1.2, subitens 5.1.2.1 a 5.1.2.6 do edital de convocação. Segue abaixo trecho do edital que trata deste item sobredito:

"5.1.2. O LICITANTE, no ato de envio de sua proposta, deverá encaminhar, de forma virtual e IMPRESSA, utilizando a funcionalidade existente no sistema de pregão eletrônico, as seguintes declarações:

5.1.2.1. Inexistência de fato superveniente que o impeça de participar do certame;

5.1.2.2. Cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal;

5.1.2.3. Concordeância com as condições estabelecidas neste Edital e que atende aos requisitos de habilitação;

5.1.2.4. Atendimento aos requisitos do art. 3º da Lei Complementar nº 123/2006, no caso de microempresas e empresas de pequeno porte;

5.1.2.5. Elaboração independente de proposta;

5.1.2.6. Declaração de que não possui em sua cadeia produtiva, empregados executando trabalho degradante ou forçado, nos termos do inciso III e IV do art. 1º e no inciso III do art. 5º da Constituição Federal; (...)"

A alegação da empresa RECORRENTE é descabida, trata-se de formalismo exacerbado, pois a empresa OI S.A. apresentou, em campo próprio do sistema COMPRASNET, todas as declarações acima solicitadas.

O preenchimento de tais declarações no próprio sistema é obrigatório, conforme art. 25, §4º do Decreto nº 10.024/2019: "O licitante declarará, em campo próprio do sistema, o cumprimento dos requisitos para a habilitação e a conformidade de sua proposta com as exigências do edital".

O não preenchimento de tais declarações impede que o licitante participe dos certames, não sendo possível assim efetuar lances e anexar proposta e demais documentos no sistema.

As declarações alegadas pela RECORRENTE podem ser visualizadas no sistema, por meio do acesso livre do Portal Comprasnet (<http://comprasnet.gov.br/livre/pregao/ata0.asp>).

Assim, não se mostra condizente com o ordenamento jurídico pátrio e as normas atuais sobre o tema a desclassificação da empresa pela não apresentação das declarações alegadas, haja vista terem sido supridas por outros meios de preenchimento obrigatório no próprio sistema Comprasnet. Logo, não assiste razão a RECORRENTE em sua alegação.

B. Do não cumprimento das condições de habilitação técnica

B.1. Da não comprovação da legitimidade dos atestados apresentados

A realização de diligências de forma razoável representa importante instrumento concedido à comissão responsável pela licitação, neste caso o Pregoeiro, para o esclarecimento de dúvidas relacionadas ao processo licitatório. E tal procedimento encontra-se amparado legalmente, de acordo com o art. 43, §3º, da Lei de Licitações:

"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."

De qualquer modo, apesar de não compreender a existência de qualquer irregularidade, a RECORRENTE sinalizou que mesmo sendo mantido o entendimento do Pregoeiro, tal suposta irregularidade seria apenas uma formalidade plenamente sanável, não possuindo o condão de levar à inabilitação da OI.

Para contextualizar o caso em tela, mostra-se perfeitamente aplicável a lição de Hely Lopes Meirelles, em Direito Administrativo Brasileiro, p. 261-262, 27ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002:

"Procedimento formal, entretanto, não se confunde com 'formalismo', que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas, desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes".

No caso em análise não resta configurado qualquer prejuízo em decorrência do ato, de modo que o rigorismo extremado e uma interpretação excessivamente formalista acarretará grande prejuízo à Administração.

Ademais, as diligências concentram-se, notadamente, em momentos que antecedem decisões, já que sua principal finalidade é a de eliminar dúvidas, esclarecer pontos controversos e obscuros, possibilitando um julgamento correto, baseado em dados e fatos reais. É comum, portanto, que ocorram por ocasião da análise dos documentos relativos à habilitação e do julgamento das propostas. Não se afasta, no entanto, a possibilidade de ser realizada a qualquer tempo no curso do procedimento licitatório para, por exemplo, complementar a instrução do processo.

Sendo a diligência um procedimento administrativo prévio e necessário à prática de um ato decisório, por óbvio a sua instauração acarretará a suspensão do procedimento licitatório até que se promova a devida instrução e se apresentem as conclusões finais por parte dos agentes públicos encarregados.

Em diversas oportunidades, o TCU chega a indicar a obrigatoriedade da realização de diligências antes do estabelecimento do juízo pela desclassificação ou inabilitação do licitante:

"É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, §3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame." (Acórdão 1795/2015 – Plenário)

"É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo §3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993." (Acórdão 3615/2013 – Plenário)

A disciplina jurídica das licitações não fixou um prazo peremptório para a sua realização. Isso não significa que a Administração Pública disponha de ampla liberdade para promovê-la e instruí-la a qualquer tempo. Em virtude dos interesses envolvidos, a diligência deverá ser levada a cabo em prazo razoável, cabendo à autoridade competente, por ocasião da autorização para sua realização, fixá-lo desde logo, levando em consideração as especificidades de cada caso concreto.

B.2. Não apresentação de certidão negativa administrativa da ANATEL

A RECORRENTE alega também que a empresa OI S.A. não cumpriu o item 5.2.3, "i" do instrumento convocatório, o qual segue abaixo transcrito:

"5.2.3. A Qualificação Técnica dos licitantes deverá ser comprovada através de:

(...)

i) A Licitante deve apresentar ato de concessão ou autorização para a prestação de serviços de mesma natureza objeto desta licitação, expedido pelo Ministério das Comunicações ou pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, conforme RESOLUÇÃO Nº 614, DE 28 DE MAIO DE 2013. Certidão Negativa de Débitos de Receitas Administradas pela ANATEL;"

Ocorre que a empresa RECORRIDA possui decisão judicial proferida pela 7ª Vara Empresarial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que "A dispensa da apresentação de certidões negativas em qualquer circunstância relacionada às Recuperandas, inclusive para que exerçam suas atividades (incluindo certidão negativa de débitos referentes às receitas administradas pela ANATEL e certidão negativa de distribuição de pedidos de falência e recuperação judicial.)"

O pregoeiro não pode descumprir uma decisão judicial, exigindo da empresa OI S.A. documento que o Poder Judiciário já havia concedido a dispensa de apresentação das certidões negativas – arquivos "RJ_Decisões Judiciais.pdf" e "Decisão RJ _ prorrogação RJ 30.05.2022.pdf".

B.3. Da não apresentação de documentos complementares (item 5.2.5 "c" e "e")

A empresa RECORRENTE alega que a OI S.A. deixou de apresentar os documentos exigidos no item 5.2.5 "c" e "e" do edital de licitação:

"5.2.5. Os LICITANTES deverão apresentar a seguinte documentação complementar: (...)

c) Certidão Negativa de Condenações por Ato de Improbidade Administrativa dos sócios, emitida através do site do Conselho Nacional de Justiça (www.cnj.jus.br), para cumprimento da Meta 17, de 2015 do CNJ; (...)

e) Termo de Compromisso com a Segurança da Informação."

O edital no item 5.2.7 possibilita "a verificação em sítios oficiais de órgãos e entidades emissores de Certidões", esse trecho do instrumento convocatório permite que o pregoeiro possa realizar diligência para verificar a existência ou não de condenação por ato de improbidade administrativa no âmbito do CNJ. A consulta foi realizada, não sendo constatado a existência de condenação em desfavor da OI S.A.

Quanto à alínea "e" do item 5.2.5, "Termo de Compromisso com a Segurança da Informação", trata-se de um equívoco presente na redação do instrumento convocatório, um trecho que foi colocado no texto do edital de licitação, e que não deveria constar como documento complementar de habilitação, pois não existe tal exigência no Termo de Referência, bem como também não existe um anexo com modelo próprio para apresentação de tal termo de compromisso.

Cabe destacar que isso de forma alguma macula o certame ou prejudica a isonomia entre os licitantes, pois trata-se de um erro material, de fácil constatação, perceptível à primeira vista, e qualquer pessoa poderia verificar. Não carece de maior exame para detectar que há um flagrante desacordo entre a vontade e o que de fato foi expressado no documento.

C. Da não comprovação adequada de exequibilidade da proposta de preços e descumprimento ao item 10.4.2.2

A empresa RECORRENTE alega ainda em suas razões do recurso que a OI S.A. teria deixado de apresentar "comprovação adequada de exequibilidade da proposta de preços e descumprimento ao item 10.4.2.2", o que não merece prosperar, como será demonstrado a seguir.

A inexecuibilidade de preços nas licitações públicas implica na possibilidade de desclassificação de uma proposta cujo preço é manifestamente insuficiente para cobrir os custos de produção, portanto, comprovadamente, sem condições de ser cumprida.

Por outro lado, deve-se destacar que é perfeitamente possível que as licitantes apresentem redução de custo em suas propostas, inicialmente não vislumbradas pela Administração Pública. Para esta licitação em especial, a licitante aplicou descontos tanto sobre a cobrança de assinatura quanto de instalação.

Para o serviço de instalação fora aplicado desconto máximo, prática comumente adotada no mercado, onde o serviço é somente cobrado sobre a assinatura. Ou seja, a isenção de cobrança de instalação não é incompatível com valores de mercado, tendo sido adotada largamente em contratações públicas e privadas. Outrossim, o parágrafo 3º do Art. 44 da Lei nº 8666/93 excepciona a vedação da licitante em praticar cobrança de valores quando "se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração." Destaca-se que a empresa OI S.A. possui atualmente com o órgão o Contrato nº 45/2017 - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO CONTINUADO DE LINK DE INTERNET BANDA LARGA E GERÊNCIA PROATIVA, COM FORNECIMENTO DE INFRAESTRUTURA, justificando valores "zerados" para itens 1.1, 1.3, 1.5 e 1.7 da proposta de preços.

O caso em questão, trata-se exatamente de serviços de instalação, em que a licitante optou pela renúncia da sua cobrança (nos itens 1.2, 1.4, 1.6 e 1.8), uma vez que o serviço, objeto da contratação, já estaria sendo cobrado nos itens referentes às assinaturas dos serviços, como pode ser observado nos valores finais dos itens 1.1, 1.3, 1.5 e 1.7. Ou seja, esta licitação, cujo objeto descreve "a contratação de empresa para prestação de serviço continuado, de telecomunicação e serviços de locação de infraestrutura de telecomunicações para transmissão de dados" de forma alguma está sendo realizada por meio de valores irrisórios e com cobrança de valor zero, pois, como observado nos valores finais dos itens (1.1, 1.3, 1.5 e 1.7), referente às assinaturas, que são exatamente os serviços do tipo continuados, em que seus valores foram empregados e registrados conforme proposta final apresentada.

A exequibilidade do projeto não deve ser avaliada apenas com relação ao percentual de desconto ofertado pelas empresas participantes da licitação, mas aferida de forma holística, analisando principalmente o atendimento aos requisitos técnicos exigidos pelo instrumento convocatório.

Neste caso, resta dever da Administração Pública decidir pela proposta mais vantajosa, observando os limites estabelecidos da Lei nº 8.666/1993.

Outrossim, não possui qualquer amparo legal uma eventual desclassificação da licitante porque apresentou valores mais vantajosos para Administração Pública, visto que, conforme amplamente demonstrado, esta comprovou a exequibilidade de sua proposta. Diante disso, diz o ilustre professor Marçal Justen Filho, em sua obra "Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos":

"(...) A questão fundamental não reside no valor da proposta, por mais ínfimo que o seja – o problema é a impossibilidade de o licitante executar aquilo que ofertou. A formulação desse juízo envolve uma avaliação da capacidade patrimonial do licitante. Se ele dispuser de recursos suficientes e resolver incorrer em prejuízo, essa será uma decisão empresarial privada. (...)"

Importante ressaltar também que, o TCU já se manifestou diversas vezes acerca da definição da composição da

margem de lucro das empresas que participam de licitações, firmando o entendimento de que cabe aos proponentes estabelecerem seus próprios limites, por sua conta e risco, computando seus custos e a margem de lucro e não ao pregoeiro ou qualquer agente público (Acórdão 0399-14/2003 TCU).

Assim, não pairam dúvidas acerca do total descabimento quanto a alegação de inexecuibilidade da proposta apresentada pela RECORRENTE, sendo certo que serão utilizadas as melhores práticas disponíveis no mercado para o planejamento e implantação deste serviço a fim de garantir a maximização da eficiência da operação, como tem sido prática constante na prestação dos serviços pela e pelo Grupo OI.

5 - DA DECISÃO

Diante de todo o exposto e com fulcro no art. 17, inciso VII do Decreto nº 10.024/19, sem mais nada a evocar, o pregoeiro decide CONHECER as razões do RECURSO interposto pela WIKI TELECOMUNICACOES EIRELI, referente ao Edital de Pregão Eletrônico (SRP) nº 40/2022 - TJMA, e no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO quanto à desclassificação/inabilitação da empresa OI S.A., mantendo-a vencedora do certame, bem como a decisão de classificação e habilitação da referida empresa neste certame, remetendo-se o caso em tela para apreciação e posterior deliberação pela Autoridade Competente.

São Luís, 09 de janeiro de 2023.

André de Sousa Moreno
Pregoeiro TJMA

Fechar

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO MARANHÃO
Tribunal de Justiça
Gabinete da Presidência

DECISÃO-GP - 5212023

Código de validação: 7CCA80D403

(relativo ao Processo 103962021)

Trata-se de Recurso Administrativo interposto no Pregão Eletrônico 40/2022, que tem por objeto o Registro de Preços para contratação de empresa especializada no fornecimento de serviços de telecomunicação e serviços de locação de infraestrutura de telecomunicações para transmissão de dados, voz e imagem, serviço “lan-to-*lan*”, para atender aos prédios: Fórum Desembargador Sarney Costa, ESMAM e Almoxarifado Central, utilizando tecnologia de fibra ótica.

O Recurso foi interposto contra a classificação da proposta e habilitação da empresa OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Em suas razões, a Recorrente alega que a recorrida não cumpriu “*as condições editalícias referentes aos itens 5.1.2, 5.1.2.1, 5.1.2.2, 5.1.2.3, 5.1.2.4, 5.1.2.5, 5.1.2.6, 5.2.3 "e" e "i", 5.2.5 "c" e "e", 10.4.2.2 (proposta com preços manifestamente inexequíveis e com valor zerado para os itens 1.2, 1.4, 1.6 e 1.8) com expressa vedação, sem exigência de exequibilidade, devendo ser aplicada a sua desclassificação e inabilitação*” (evento nº 16).

Contrarrazões apresentadas (evento nº 117).

O Pregoeiro se manifestou pelo desprovimento do Recurso (evento nº 122).

A Assessoria Jurídica opinou pelo desprovimento do Recurso (PARECER-AJP – 1842023).

Ante o exposto, acolho o parecer da Assessoria Jurídica e decido pelo desprovimento do recurso interposto pela empresa e WIKI TELECOMUNICACOES EIRELI contra a classificação da proposta e habilitação da empresa OI S.A. - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

À Coordenadoria de Licitações para providências.

Desembargador PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA
Presidente do Tribunal de Justiça
Matrícula 126599

Documento assinado. SÃO LUÍS - TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 30/01/2023 18:01 (PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA)

