

### ▪ Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões

#### **RECURSO :**

Ilustríssimo Senhor Pregoeiro da Companhia de Saneamento Municipal de Juiz de Fora - Cesama

Ref.: Edital nº 042/18

TIM CELULAR S.A. ("TIM"), sociedade anônima com sede na Av. Giovanni Gronchi, 7.143, São Paulo, SP, inscrita no CNPJ/MF sob o n.º 04.206.050/0001-80, neste ato representada consoante instrumento de mandato anexo, vem, tempestivamente, com fulcro no artigo 4º, XVIII da Lei nº 10.520/2002, bem como à alínea "a", do inciso I, do art. 109, da Lei nº 8.666/93, à presença de Vossa Excelência, a fim de interpor

#### RECURSO ADMINISTRATIVO

Em face à decisão dessa digna Administração que habilitou a Empresa Telefônica Brasil S/A para a licitação em referência, pelas razões de fato e fundamentos a seguir narrados

#### I- DOS FATOS

A Companhia de Saneamento Municipal de Juiz de Fora – Cesama convocou a licitação na modalidade Pregão eletrônico, cujo objeto foi Contratação de empresa para a prestação de serviços de Telefonia Móvel, SMP (Serviço Móvel Pessoal), para uso dos servidores da CESAMA, com o fornecimento de chips novos, de acesso móvel pós pagos, e de aparelhos pelo período de 12 (doze) meses conforme especificações nos anexos do edital (LOTE 1), e contratação de duas empresas fornecedoras de solução para tráfego de dados M2M especial (Máquina a Máquina), utilizando-se da tecnologias General Packet Radio Service GPRS, EDGE, 3G, LTE ou superior, sendo alguns com redundância de outra operadora e o fornecimento, de SIM cards associados a plano pós pagos de serviços, respeitando as determinações da regulamentação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) com fornecimento de APN (Access Point Name) dedicada e privada, a sua conectividade com os sistemas e dados da CESAMA e sistema de gestão da planta de SIM cards ativos (LOTE 2) e (LOTE3).

A sessão pública do pregão iniciou-se às nove horas do dia 27 de Abril de 2018. O Pregoeiro abriu a Sessão Pública em atendimento às disposições contidas no edital, divulgando as propostas recebidas. Abriu-se em seguida a fase de lances para classificação dos licitantes relativamente aos lances ofertados. Participaram da fase competitiva as empresas Telefônica Brasil S.A e Tim Celular S.A e Oi Móvel S.A. Ocorrida a apuração e decorrida a etapa de lances a TIM Celular S.A foi desclassificada da licitação em referência.

#### I-DOS FUNDAMENTOS

A princípio, vale elucidar que a licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei com o objetivo de selecionar a melhor proposta, por meio de critérios objetivos e impessoais, para a celebração de contratos.

Outrossim, vale frisar que a sessão pública foi iniciada em total respeito à Lei Federal nº 8.666/1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, à Lei nº 10.520/2002, que regulamenta o pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, assim, garantida a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e devidamente pautada nos 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.

#### II- DA DESCLASSIFICAÇÃO DA RECORRENTE

O art. 48, inc. I da Lei 8.666/93 estabelece que as propostas que não atendam as especificações contidas no ato convocatório da licitação, devem ser desclassificadas.

Todavia o rigor na apreciação das propostas na fase de julgamento das licitações, vêm sendo mitigado, com fulcro em outros princípios, quais sejam, da proporcionalidade e razoabilidade, que também devem reger a prática de toda atividade administrativa.

As Normas que norteiam os certames licitatórios devem, sempre que possível, serem interpretadas em favor da disputa entre os interessados.

Desta forma, citamos o entendimento de alguns doutrinadores:

Nas lições, sempre atuais, do Mestre Hely Lopes Meirelles:

"A desconformidade ensejadora da desclassificação da proposta deve ser substancial e lesiva à Administração ou aos outros licitantes, pois um simples lapso de redação, ou uma falha inócua na interpretação do edital, não deve propiciar a rejeição sumária da oferta. Aplica-se, aqui, a regra universal do *utile per inutile non vitiatur*, que o Direito francês resumiu no *pas de nullité sans grief*. Melhor que se aprecie uma proposta sofrível na apresentação, mas vantajosa no conteúdo, do que desclassificá-la por um rigorismo formal e inconstitucional com o caráter competitivo da licitação" (cf. Licitação e Contrato Administrativo, 11ª ed., Malheiros, 1997, p. 124).

Nesta mesma assertiva, pondera o Professor Diogenes Gasparini:

"Não obstante esse rigoroso procedimento, há que se compreender que só a inobservância do edital ou carta-convite no que for essencial ou a omissão da proposta no que for substancial ou no que trazer prejuízos à entidade licitante, ou aos proponentes, enseja a desclassificação. De sorte que erros de soma, inversão de colunas, número de vias, imperfeição de linguagem, forma das cópias (xerox em lugar da certidão) e outros dessa natureza não devem servir de motivo para tanto" ( Direito Administrativo, 8ª ed., Saraiva, 2003, p. 502/503).

O próprio Tribunal de Contas da União assim já decidiu:

"(...) conhecer da presente representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente, sem que a falha

identificada, entretanto, de natureza formal, tenha invalidado o procedimento licitatório questionado neste processo" (Decisão n.º 757/97).

Por sua vez, a 3ª Turma Cível do TJDF, no Processo n.º 50.433/98, por unanimidade de votos, proferiu a seguinte decisão:

"Direito Administrativo. Licitação. Tomada de preços. Erro material na proposta. Irrelevância. O erro material constante da proposta mais vantajosa para a Administração, facilmente constatável, não é óbice à classificação da mesma. Inexistência de ofensa ao disposto no art. 48 da Lei n.º 8.666/93. Apelação improvida".

Assim, ocorreu um erro material na Proposta onde a capacidade de cartão de memória solicitada era de 256GB e foi informado 128 GB, portanto verifica-se que a gravidade do vício não é suficientemente séria, especialmente em face da dimensão do interesse público. Admite-se, afinal, a aplicação do princípio na interpretação da lei e do edital que pode conduzir à extrema injustiça ou ao comprometimento da satisfação do interesse público.

Desta feita, a recorrente reconhece que, no momento de redigir sua proposta, foi acometido por um erro material, Esse entendimento parece ser correto e coerente, uma vez que a recorrente inclui em sua proposta técnica todas as demais exigências e premissas requeridas no Edital.

Ora, o posicionamento exarado pela doutrina e jurisprudência, deveria ser obrigatoriamente observado pela Comissão de Licitação na condução do certame. Desta forma, ao desabilitar a recorrente por um simples erro formal, sem ao menos proceder as diligências necessárias, adota, a douda Comissão, uma conduta arbitrária, preterindo o excesso de formalidade em razão da competitividade.

Isto posto, é de se concluir que não prospera a decisão da douda Comissão em desabilitar a recorrente com fundamento em um erro meramente material, podendo ser sanado para garantir ao certame mais competitividade e afastar do procedimento licitatório qualquer formalidade excessiva que macule o interesse maior que é a obtenção da melhor proposta. Por isso, requer a recorrente sua habilitação no presente certame.

## II- DA INEXEQUIBILIDADE E DA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS QUE REGEM ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS

A Legislação que se aplica às licitações públicas exige que o processo licitatório seja realizado em consonância com diversos princípios, dentre eles podemos destacar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da competitividade e do julgamento objetivo.

Neste contexto, cabe ressaltar que a habilitação da Telefônica Brasil S/A licitação deu-se em desconformidade com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, consagrado pela Lei 8.666/93, que rege as Licitações Públicas, vejamos:

"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." - Lei 8.666/93 (grifos nossos)

Posteriormente, em 2002, foi criada a Lei 10.520 para normatizar as licitações na modalidade de Pregão. O diploma legal voltou a ratificar o que já havia sido determinado pela nossa Constituição e pela Lei 8.666/93: que os princípios aplicáveis à Administração Pública devem ser observados não só quando da elaboração do instrumento convocatório, mas também quando do julgamento das licitações.

"Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade." (grifos nossos)

No mesmo sentido, também citamos o Decreto 3.555/2000 que se aplica à licitações na modalidade de pregão:

"Art. 4º A licitação na modalidade de pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objetiva das propostas". (grifos nossos)

"Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

(...)

XII - declarada encerrada a etapa competitiva e ordenadas as propostas, o pregoeiro examinará a aceitabilidade da primeira classificada, quanto ao objeto e valor, decidindo motivadamente a respeito;"

Pela leitura atenta dos dispositivos legais acima transcritos, podemos afirmar que, ao conduzir um certame, o Pregoeiro deve agir de acordo com a Lei e com o Instrumento Convocatório. Não foi o que ocorreu durante a licitação em referência, uma vez que quando a Srª Pregoeira aceitou o lance de 0,1000% ofertado pela empresa licitante Telefônica Móvel no Lote 1 como válido, valor com desconto: R\$ 237.829,9320) e com desconto negociado a 2,0000 % (valor com desconto: R\$ 233.306,6400) . Presume-se que este valor foi negociado no pregão devendo ser considerado na Proposta apresentada pela Telefônica Brasil S/A, sob pena de desqualificação Conforme esposado no artigo 48, § 3º da Lei de licitações, vejamos:

"Pregoeiro 08/05/2018

09:15:36

A proposta da empresa TELEFONICA BRASIL S.A. foi analisada e aceita pela área técnica da CESAMA (Sérgio Queiroz de Almeida/GATE). Portanto iremos aceitar o item. O desconto de 2% (dois por cento) foi negociado neste chat.

Pregoeiro 08/05/2018

09:16:28

O critério de julgamento foi o de menor preço, apurado através do MAIOR

PERCENTUAL DE DESCONTO POR ITEM/LOTE, que incidirá linearmente sobre os itens da planilha de orçamento da CESAMA. Não dependendo de planilha enviada pelo licitante.

Pregoeiro 08/05/2018

09:16:50

A própria pregoeira ajustará os valores unitários conforme item 5.3, em virtude dos valores totais ofertados para os itens/lotos. Portanto, a planilha enviada pela TELEFONICA BRASIL S.A. será desconsiderada.”

Assim sendo, a proposta da empresa classificada deve ser desclassificada, pois não está claro que a mesma atendeu as exigências estabelecidas no Edital uma vez que não apresentou em sua proposta desconto linear por item, conforme previsto em Edital..

Sobre a importância e a aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a jurisprudência e a doutrina são pacíficas. Neste sentido, é Julgado do STF:

“Agravo Regimental. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Administrativo. Licitação. Edital. Impossibilidade de Ampliação do Sentido de suas Cláusulas. Art. 37,XXI, da CB/88 e arts. 3º, 41 e 4, V da Lei nº 8.666/93. Certidão Eleitoral. Prazo de Validade. Classificação do Recorrente e das empresas Liticonsortes Passivas. Inexistência de Violação a Direito Líquido e Cert. 1. A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do Edital (...) sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas...” (RMS-AgR nº24.555/DF, 1ª T., rel. Min. Eros Grau, j. Em 21.02.2006)

Colabora com o mesmo entendimento o Professor José dos Dantos Carvalho Filho:

“O Princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E, se evita, finalmente, qualquer brecha, que provoque a violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. (...) Vedado à Administração e aos licitantes é o descumprimento das regras de convocação, deixando de considerar o que nele se exige...” (Manual de Direito Administrativo, 12ª ed., p.232)

Desta feita, de acordo com os fatos acima narrados e com o posicionamento doutrinário e jurisprudencial supra citados, a recorrente requer que a essa d. Comissão de Licitação verifique a desconformidade da proposta da empresa Telefônica Brasil S/A com as condições estabelecidas Edital e, reconsidere sua decisão, desclassificando a empresa Telefônica Brasil S/A para o certame em questão.

Desta feita, não prospera a decisão dessa Comissão de Licitação que habilitou essa empresa para o certame, devendo, portanto, reconsiderar sua decisão para inabilitar a Telefônica Brasil S/A  
Diante de todo o exposto, claro está que a documentação da Telefônica Brasil S/A não atende as descrições e exigências dispostas no instrumento convocatório e por isso deve ser inabilitado.

I. DO PEDIDO

Diante das razões ora apresentadas, esta recorrente requer que a d. Comissão de Licitação reconsidere sua decisão e inabilite a empresa Telefônica Brasil S.A. Caso contrário, em conformidade com a Lei submeta este recurso a apreciação da Autoridade Superior.

Nestes Termos

P. Deferimento

Sao Paulo, 11 de Maio de 2018.

Marcondes Domingos Pereira

TIM CELULAR S.A.

**Fechar**