

Juiz de Fora, 25 de outubro de 2022.

PARECER N.º 260/2022 - PRJ/CESAMA

Para: Diretor Presidente

Assunto: Análise de recurso contra aceitação proposta – P E n.º 043/22.

Referência: Processo Administrativo – Protocolo E-Prot. 223.273

EMENTA: Administrativo. Parecer Jurídico. Licitação. Pregão Eletrônico. Análise de recurso em face de decisão de Pregoeiro quanto habilitação.

I – Relatório

Veio para análise jurídica o julgamento do recurso administrativo quanto a decisão do Pregoeiro interposto pela empresa **TIM S.A.**, em face da decisão que **classificou a proposta da vencedora** a empresa **Grupo Federal Ltda.**

O processo foi encaminhado a esta PRJ pelo DELC em 20/10/2022, contendo 457 páginas devidamente numeradas, de onde se ressalta a existência de edital e anexos (fls. 171/242), parecer jurídico (fls. 125/138 e 243/247), aviso de licitação com publicação e divulgação (fls. 251/252), questionamentos realizados e respostas (fls.253/285), mensagens de diligências (fls. 286/290), SICAF (fls. 291/294), proposta comercial ajustada (fls. 295/296), atestado de capacidade técnica (fls. 295/300), declaração observância do art. 38, da Lei 13.303/2016 (fls.301), contrato de prestação de serviço móvel pessoal por meio de rede virtual (fls. 302/359), relatório SICAF (fls. 360), documentos de habilitação diversos (fls.361/408); ata com registro dos atos expedida pelo “comprasnet” (fls. 409/414), contendo o registro de intenção de recurso (fls. 412), resultado do pregão (fls. 415), razões do recurso apresentado (fls. 416/422), contrarrazões de recurso (fls.423/425), mensagens e análise da área técnica, com complementação de documentos (fls.426/434), mensagem da licitante com documento emitido pela ANATEL (fls. 435/438), decisão do pregoeiro (fls. 439/450), divulgação da decisão no sistema eletrônico (fls.451/455), encaminhamento do DELC à PRJ (fls. 456/457).

II – Análise

2.1 – Dos atos em análise

Em seu recurso (fls. 416/422) a recorrente alega, em síntese, que:

- descumprimento do item 6.1.1, ‘b’, relativamente à habilitação jurídica, sob alegação de que o contrato social da licitante vencedora, Grupo Federal, entre as atividades econômicas descritas não possui área de atuação compatível com a prestação do serviço licitado;
- teria sido descumprido, também, o item 6.1.1, da minuta de contrato, quanto ao “regimento” da contratada às regras da ANATEL;
- teria ocorrido sobrepreço em consideração aos preços de mercado;

O recurso apresenta outras argumentações abstratas, algumas não diretamente relacionadas à habilitação que se almeja impugnar, mas que foram objeto de detida análise quanto aos argumentos, para verificação de sua eventual pertinência, o que não se verificou, contudo, eis que não atacavam efetivamente a habilitação, as reproduzem conceitos e afirmativas.

Em suas contrarrazões a empresa Grupo Federal Ltda argumenta em resumo que:

- a recorrente não efetuou impugnação aos termos do edital de licitação, acatando as regras previstas para a licitação;
- a empresa Grupo Federal Ltda é homologada pela ANATEL para o serviço móvel pessoal – SMP por meio de Rede Virtual (cujo modelo de prestação é conhecido no mundo como *mobile virtual network operator* – MVNO, regulamentada no Brasil pela Resolução nº550, de 22/11/2010.
- a interpretação e aplicação das regras em edital deve se pautar em atender a finalidade do certame e evitar formalismos exagerados que não contribuem para o êxito da licitação.
- atendeu aos requisitos do edital para a habilitação.

Temos que fora colhida análise técnica, conforme mensagens de fls.426/434, de onde se colhe:

- Tecnicamente a empresa atende aos requisitos, pois disponibiliza chips das operadoras que estão regularizadas na ANATEL que por consequência respeitam as determinações da regulamentação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) como previsto no Termo de Referência. (Leonardo Knupp – fls. 430).

- Conforme apresentado abaixo, após reunião com a equipe de TI verificamos que devemos aceitar a proposta da empresa Grupo Federal visto que tecnicamente a mesma atende aos requisitos de exigência do edital que se limitavam a disponibilização do chips de operadoras que estão regularizadas na ANATEL e que respeitam as determinações da regulamentação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) ainda que por meio de rede virtual. (Marcelo Amaral – fls. 430).

O Sr. Pregoeiro apresentou manifestação com análise de ausência de cumprimento do item 10.2, alínea ‘b’ do edital, em razão da ausência de remessa das razões de recurso, todavia, efetivando sua análise para fins de eventual autotutela e demonstração da inexistência de vícios.

Analisando os fundamentos do recurso, concluiu pela improcedência das alegações recursais, mantendo a decisão de habilitação da empresa recorrida, na forma do que consta de fls. 439/450.

Em síntese estes são os atos relevantes à esta manifestação, em razão do que os autos do processo vieram para manifestação desta PRJ.

2.2 – Da análise

Como visto, o recurso apresentado não cumpriu o requisito contido no item 10.2, alínea ‘b’ do edital, que determina a observância, do requisito de envio, na forma seguinte:

b) ser remetido através de uma das seguintes formas: encaminhado digitalizado (escaneado) para o e-mail licita@cesama.com.br ou protocolizado na sala do Departamento de Licitações e Assessoria de Contratos;

O não cumprimento deste requisito formal leva ao não conhecimento do recurso, contudo, como já também salientado, a fim de afastar eventuais falhas e possibilitar eventuais correções no procedimento, é que se efetua a avaliação dos argumentos apresentados.

Entre os pontos suscitados pela recorrente, temos como primordial a alegação de irregularidade na habilitação da licitante classificada em primeiro lugar pelo critério de desempate previsto na Lei Complementar 123/2006.

O argumento do recurso é de que não houve cumprimento ao item 6.1.1, alínea ‘b’, que para habilitação jurídica exige:

b) Ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, compatível com o objeto a ser licitado, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais sendo que, no caso de sociedades por ações, deverá se fazer acompanhar da ata de eleição de seus administradores;

b.1) Se as alterações, em sua totalidade, tiverem sido consolidadas num só documento, devidamente registrado na Junta Comercial, bastará a apresentação do contrato social consolidado, documento que consubstancia a consolidação de todas as alterações realizadas. Do contrário, o licitante poderá apresentar a versão original acompanhada das alterações promovidas e registradas no órgão competente.

A questão, portanto, diz respeito a **ser compatível o contrato social com o objeto a ser licitado.**

No caso, o argumento da recorrente TIM S/A é de que na “*checagem da documentação de habilitação do Grupo Federal Ltda, conferiu-se que não consta no escopo do seu Contrato Social a prestação de Serviço Móvel Pessoal, objeto da presente contratação*”.(fls. 416), já que o item 6.1.1 ‘b’, exige que o objeto social seja **compatível** com a prestação do serviço licitado.

A exigência de compatibilidade constante do edital deve ser privilegiada, na forma das decisões do E. Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, de onde se colhe:

É obrigatória a compatibilidade entre a atividade empresarial do licitante e a pretensão contratual administrativa, com fundamento na proporcionalidade e na busca da proposta mais vantajosa, mas não é válida a exigência de exatidão na correspondência entre o objeto da licitação e o objeto social da empresa licitante, com fulcro na competitividade.

(TCE-MG - Denúncia nº 1047986/2021 – Primeira Câmara)

Entende-se que não há na Lei n. 8.666/1993 nem no ordenamento jurídico pátrio a exigência de que a descrição da atividade contida no ato constitutivo da empresa seja idêntica à descrita no edital de licitação e que, em prol do princípio da ampla concorrência, basta que haja uma compatibilidade, ainda que genérica, do ramo de atividade desenvolvido pela empresa com o objeto licitado, para seja atendida a exigência de habilitação jurídica prevista na Lei n. 8.666/1993.

(TCE-MG - Denúncia nº 1007909/2019. 1ª Câmara)

Inexiste a exigibilidade legal de que a atividade específica, objeto da licitação, esteja expressamente prevista no contrato social das licitantes, cabendo à Administração aferir se as atividades dispostas nos documentos constitutivos da empresa são compatíveis, de maneira geral, com os serviços licitados.

(TCE-MG - Denúncia nº 1088799/2021. 1ª Câmara)).

Portanto, a previsão contida no edital, na forma que é reconhecida pelo órgão de controle, é que **compatibilidade não se trata de exatidão.**

O contrato social acostado aos autos, em sua cláusula quarta (fls.389) estabelece o objeto social da empresa com descrição de várias atividades, com variada gama de serviços, entre os quais “... serviços de telefonia fixa comutada – STFC atividades de telecomunicações...”.

Apesar disto, chama atenção que a licitante vencedora apresentou em fls.298/300 um atestado parcial de capacidade técnica fornecido pela Companhia de Engenharia de Tráfego – CET, onde consta como objeto a:

“prestação de serviços de comunicação M2M (Machine-to-Machine) através de fornecimento de 1.500 SIM CARDS GSM/GPRS/EDGE, 4G, LTE ou superior, 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 sistemas de dados da contratante e sistema de gestão da planta de SIM CARDS ativos, para tráfego de dados de modo a atuar e gerir equipamentos CET.”

Em consulta à página da referida empresa estatal (<http://www.cetsp.com.br/consultas/aceso-a-informacao/contratos-e-convenios.aspx>) se verifica a existência de tal contratação, cujo objeto, pela descrição existente, em muito se assemelha à prestação de serviços objeto desta licitação.

As orientações do Tribunal de Contas da União, são para que a administração deva avaliar se o particular atua na área do objeto licitado, bem como se a existência de previsão no contrato social, ainda que genérica, seja compatível com a atividade licitada, sendo suficiente para atender os requisitos de habilitação jurídica impostos pela Lei de Licitações, que tem como um dos seus princípios basilares o da ampla concorrência.

O TCU deliberou que “só considera viável a inabilitação de licitante cujo objeto social seja incompatível com o da licitação”, conforme Acórdão nº 487/2015 - Plenário e Acórdão nº 1021/2007 – Plenário. Tendo no primeiro concluído:

23. Ao contrário do aduzido pela estatal, não há necessariamente incompatibilidade entre ser empresa de tecnologia e ser empresa de guarda e recuperação de arquivos, ainda mais porque o Estatuto Social da ATP lhe permite fazer “custódia e guarda de documentos” (peça 1, p. 23, art. 4º). Cumpre assinalar que, em casos sobre este tema, este Tribunal só considera viável a inabilitação de licitante cujo objeto social seja incompatível com o da licitação (Sumário do Acórdão 1021/2007-TCU-Plenário).

É fato que *"o objeto social da empresa delineado no contrato social devidamente registrado comprova não apenas o exercício da atividade empresarial requerida na licitação, mas também que a empresa o faz de forma regular"*. (TCU Acórdão nº 642/2014 – Plenário), o que encontra hoje inclusive assimilado pela legislação, conforme art. 66, da Lei n. 14.133/2021, já mencionado pelo Sr. Pregoeiro em sua decisão.

Disto resulta, que o argumento apresentado de que ‘não consta no escopo do seu Contrato Social a prestação de Serviço Móvel Pessoal, objeto da presente contratação’, não pode prevalecer, pois demonstrado que o objeto social é compatível com o objeto a ser licitado, bem como há demonstração de que a empresa presta regularmente o serviço, não havendo motivos para sua inabilitação por tal fundamento.

De outro lado, quanto a alegação de que a empresa Grupo Federal Ltda não tenha se submetido aos regramentos da ANATEL, temos que, diversamente do apresentado, a presente licitação não exige, na forma do que esclarecido tecnicamente que a prestadora dos serviços seja autorizada a prestar os serviços de telecomunicações, mas sim disponibilizar o acesso por meio de ‘chips’ que serão fornecidos pelas empresas prestadoras do serviço, estas homologadas pela referida agência.

Na forma da conclusão técnica de fls. 430, os *requisitos de exigência do edital que se limitavam a disponibilização do chips de operadoras que estão regularizadas na ANATEL e que respeitam as determinações da regulamentação do Serviço Móvel Pessoal (SMP) ainda que por meio de rede virtual.* (Marcelo Amaral – fls. 430).

Desta forma, não há necessidade de que a licitante seja homologada pela ANATEL para o serviço móvel pessoal – SMP, como alegado pela própria recorrida em suas contrarrazões, pois diversamente, **o que temos é que, na forma do exigido pelo edital, a exigência é de que ocorra a “disponibilização do chips”**, pela licitante.

O objeto é o fornecimento de “*solução para tráfego de dados M2M especial (Máquina a Máquina), utilizando-se das tecnologias General Packet Radio Service – GPRS, EDGE, 3G, LTE ou superior, e o fornecimento, de SIM cards associados a planos 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, sendo que estes que devam ser ofertados por operadoras autorizadas, cabendo à licitante vencedora e contratada, sua disponibilidade em cumprimento ao objeto.*

Por fim, o argumento de que teria havido ‘*sobrepreço*’, efetuado por simples afirmativa sem qualquer demonstração ou justificativa é absurdo, pois, como a licitação se efetiva pelo tipo **menor preço**, temos que o preço alcançado (R\$ 228.492,00) é consideravelmente inferior ao preço de estimativa (R\$ 314.208,00) e decorreu de intensa disputa, pela qual a própria recorrente ofertou reduções sucessivas nos preços propostos.

A evidência é que o argumento é de todo frágil e desarrazoado, não devendo ser considerado como efetiva oposição à habilitação ou validade da licitação.

III – Conclusão

Diante do exposto, esta Procuradoria Jurídica manifesta, conforme fundamentação acima, no sentido de recomendar à autoridade julgadora em julgar improcedente o recurso apresentado, mantendo-se a habilitação da empresa recorrida.

Ressaltamos, contudo, que a presente manifestação não possui caráter vinculante para autoridade superior, sendo unicamente da mesma a legitimidade e responsabilidade para proferir o julgamento.

Eis o parecer, que segue para análise e decisão.

Maximiliano Fernandes Lima
OAB/MG 61.671