

Pregão Eletrônico*** Visualização de Recursos, Contra-Razões e Decisões****RECURSO :**

Ilma. Pregoeira da Comissão Especial de Licitação

Sra. Divanilda Guedes de Farias

Assunto: Recurso Administrativo contra decisão de INABILITAÇÃO do Consórcio Classificado em 1º Lugar no PREGÃO ELETRÔNICO PROCESSO LICITATÓRIO Nº 139/2018-CPL/ARSER.

CPL/ARSER.

A TELEMAR NORTE LESTE S/A, em recuperação judicial ("Oi"), classificada em 1º lugar na disputa de lances para o PREGÃO ELETRÔNICO PROCESSO LICITATÓRIO Nº 139/2018-CPL/ARSER, tendo registrado tempestiva e motivadamente INTENÇÃO RECURSAL, vem apresentar, no prazo legal e editalício, RAZÕES RECURSAIS visando a reversão da decisão que a julgou inabilitada para o certame, consoante os fatos e fundamentos abaixo. Caso este r. Pregoeiro entenda por indeferir o presente recurso, requer a remessa deste à digna autoridade superior, na forma de RECURSO HIERÁRQUICO, conforme prevê o artigo 109, inciso III, § 4º, da Lei n.º 8.666/93, bem como com fundamento no princípio constitucional do Duplo Grau de Jurisdição

Nestes termos,
Pede deferimento.

I - Da tempestividade

O pregão eletrônico em curso é regido pelo DECRETO 5.450/05, que dispõe no art. 26, caput, o prazo recursal de 3 dias para apresentação das razões recursais, in verbis: "Art. 26. Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá, durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões de recurso, ficando os demais licitantes, desde logo, intimados para, querendo, apresentarem contra-razões em igual prazo, que começará a contar do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos elementos indispensáveis à defesa dos seus interesses."

O edital de licitação da REDE CORPORATIVA DE DADOS, em seus itens 21 e subitens, a seguir replicados, estabelecem o seguinte:

"21 DO RECURSO ADMINISTRATIVO

21.1 Declarado o(s) vencedor(es), o pregoeiro abrirá prazo mínimo de 30 MINUTOS, durante o qual qualquer licitante poderá, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, manifestar sua INTENÇÃO DE RECORRER com registro da síntese de suas razões, isto é, indicando contra qual(is) decisão(ões) pretende recorrer e por qual(is) motivo(s).

21.2 O recurso administrativo poderá atacar qualquer ato decisório ou procedimento adotado pelo Pregoeiro durante todo o certame, não sendo meio adequado para impugnar regras do edital e seus anexos.

21.3 Havendo registro de INTENÇÃO DE RECURSO, o Pregoeiro fará juízo de admissibilidade da intenção de recorrer manifestada, aceitando-a ou, motivadamente, rejeitando-a, em campo próprio do sistema, em razão da não observância dos pressupostos recursais de admissibilidade.

21.4 Será rejeitada a INTENÇÃO DE RECURSO de caráter protelatório que:

a) seja registrada por quem não tenha legítimo interesse;

b) seja intempestiva;

c) não ataque ato decisório ou procedimental praticado pelo Pregoeiro no certame; e/ou

d) fundamentada em mera insatisfação do licitante, sem alegação de qualquer fato prejudicial ou desconforme com o presente Edital e/ou com a legislação vigente.

21.5 A recorrente que tiver sua intenção de recurso aceita terá o prazo de 03 DIAS para apresentar as razões do recurso, por meio de registro no sistema, ficando as demais licitantes, desde logo, intimadas a apresentar contrarrazões, também via sistema, em igual prazo, que começará a correr do término do prazo da recorrente.

21.6 Para justificar sua intenção de recorrer e fundamentar suas razões ou contrarrazões de recurso, o licitante interessado poderá solicitar vistas dos autos ou consultar as informações do certame disponíveis no próprio sistema COMPRASNET.

21.7 Decorridos os prazos de apresentação de razões e contrarrazões, o pregoeiro deverá analisar fundamentadamente os fatos e fundamentos arguidos pelo(s) recorrente(s), podendo, em sede de juízo de retratação:

a) reconsiderar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, reformando-a; ou,

b) manter inalterada a decisão recorrida.

21.8 Em qualquer das situações contidas no item 21.7, o processo deverá ser submetido, depois de devidamente instruído pelo Pregoeiro, à análise hierárquica superior para fins de decisão final, podendo a autoridade competente:

a) decidir de pronto o mérito do recurso, segundo os documentos e informações contidas nos autos, como também os fundamentos da decisão do Pregoeiro.

b) determinar prévia emissão de pareceres da área técnica interessada e/ou parecer jurídico para fins de decisão.

21.9 Não é imprescindível haver total correspondência entre os fatos e fundamentos indicados na intenção de recurso e as razões escritas do respectivo recurso.

21.10 A não apresentação das razões referente à intenção de recurso registrada no sistema importa preclusão do direito e julgamento do recurso, segundo os fatos e fundamentos indicados na própria intenção.

21.11 Não cabe recurso adesivo por ocasião do exercício do direito de contrarrazões.

21.12 Na análise e julgamento do recurso, poderá o pregoeiro baixar em diligência os autos para fins de pronunciamento da unidade técnica responsável pela especificação do objeto, bem como para Assessoria Jurídica e/ou Assessoria Contábil.

21.13 O acolhimento do recurso importará na invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento, sendo reaberta a Sessão Pública para fins de prosseguimento do certame (item 22).

21.14 No caso de licitações com julgamento POR ITEM/POR GRUPO, a aceitação de intenção de recurso apenas suspenderá a tramitação do processo licitatório em relação ao(s) item(ns)/grupo(s) recorrido(s), inclusive quanto ao prazo de validade da proposta, o qual somente recomençará a contar quando da decisão final da autoridade competente, sendo realizado o encerramento da sessão e adjudicação do objeto pelo Pregoeiro em face dos demais itens/grupos do objeto da licitação".

Assim, demonstrado o efetivo cumprimento da lei e dos requisitos editalícios, demonstra-se que o presente recurso está apto a ser recebido, processado e julgado na forma da Lei e do curso administrativo devido, seguindo-se as razões para a devida análise.

II - Dos Fatos

O objeto do presente certame consiste na contratação de serviços de telecomunicações bidirecionais rede corporativa de dados doravante denominado RDC.

Assim, aberta a sessão no dia 23/01/2019, foram registradas as propostas das Empresas participantes. Ocasão em que a TELEMAR NORTE LESTE S/A, em recuperação judicial, foi declarada inabilitada por, em tese, estar em desconformidade com o exigido pelo Edital.

Ocorre que da análise dos procedimentos adotados, não houve observância do procedimento descrito em Lei e no Edital, bem como nas respostas das impugnações, de forma que, na inabilitação, encontra-se irregular, por não seguir integralmente as respostas das impugnações realizadas.

III - MÉRITO**III.1. DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Acudindo ao chamamento deste I. Órgão para o certame em comento, a Recorrente veio dele participar com a mais estrita observância das exigências editalícias e normativas legais.

No entanto, a doutra Comissão de Licitação julgou a Recorrente Inabilitada, fundamentando que não apresentou documentação solicitada no edital, mesmo tendo apresentado o melhor preço e apresentado todos os documentos de acordo com o Edital. Em razão disto, a Oi se vê obrigada a esclarecer os fatos e assim solicitar a revisão da decisão em comento para que a Recorrente possa prosseguir no certame, com vistas únicas a poder seguir as prerrogativas legais e zelando pelo melhor interesse da Administração Pública.

Inquestionável se mostra a busca da proposta mais vantajosa pela Administração, bem como a aplicação do formalismo moderado nos certames licitatórios ponderado com o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Dessa forma, não se pode olvidar que a inabilitação da recorrente pela comissão de licitações deste I. Órgão encontra-se carregada de vício, quando na realidade o Administrador Público, ao realizar um pregão, deve procurar sempre selecionar a proposta mais favorável para a Administração, escudado nos princípios legais, principalmente o princípio da proposta mais vantajosa.

Ademais, também não resta dúvidas de que a Oi apresentou o melhor preço, R\$ 2.439.730,0400 (dois milhões, quatrocentos e trinta e nove mil, setecentos e trinta reais e quatro centavos) ainda com possibilidades de redução na fase de negociação, tanto que o fez, passando ao valor de R\$ 2.287.641,24 (dois milhões, duzentos e oitenta e sete mil, seiscentos e quarenta e um reais e vinte e quatro centavos), enquanto a proposta da segunda colocada, FSF tecnologia S.A foi no valor de R\$ 2.451.990,0000 (dois milhões, quatrocentos e cinquenta e um mil, e novecentos e noventa reais), valor este, durante a etapa de lances 6,70% menos vantajoso a Administração.

Ora, deve-se ter em mente que a busca de maior ganho ou proveito na licitação (para a satisfação do interesse público mediante a execução do contrato) pressupõe, necessariamente, buscar uma proposta mais vantajosa para a Administração.

Assim é o entendimento sedimentado das Cortes Superiores, vide:

"Ementa: REEXAME NECESSÁRIO/APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - BHTRANS - LICITAÇÃO - CONCORRÊNCIA PÚBLICA - EXCESSO DE FORMALISMO - ATO ILEGAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECONHECIMENTO - SENTENÇA MANTIDA. - Revela-se ilegal e abusivo o ato de exclusão de licitante em concorrência pública, fundamentado em formalismo exacerbado, consistente na exigência de autenticação de documento de autoria da própria gestora do certame, impondo-se reconhecer a existência de direito líquido e certo à reintegração do impetrante ao processo licitatório, sob pena de ofensa ao princípio da razoabilidade e de prejuízo ao próprio interesse público envolvido, haja vista o objetivo de avaliação da melhor proposta apresentada. (grifo nosso)

Importante ressaltar o que diz o caput do artigo 3º e seu § 1º, Inciso I, da Lei 8.666/93, abaixo transcritos:

"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.(grifo nosso)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;"(grifo nosso)

Nas lições de José dos Santos Carvalho Filho, o "princípio do formalismo procedimental" 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. OCORRE QUE, NÃO SE PODE, POR UM JULGAMENTO OBJETIVO, SEM A ANÁLISE DAS RESPOSTAS DE IMPUGNAÇÃO, EXCLUIR A RECORRENTE E DESCARTAR PROPOSTA QUE, POTENCIALMENTE, REPRESENTOU O MELHOR CONTRATO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Nesses casos, em que se verifica violação ao interesse público primário e ao direito dos licitantes, tais as questões submetidas em juízo encontram-se guardada no entendimento dos Tribunais, em especial, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, pelo repúdio ao formalismo exacerbado e a descon sideração da proposta mais vantajosa, senão, vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. OMISSÃO AFASTADA. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE OXIGENOTERAPIA. AUTORIZAÇÃO DE FUNCIONAMENTO ANVISA. EDITAL. NÃO-EXIGÊNCIA. 1. Não há violação do art. 535 do CPC quando o Tribunal a quo resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente. 2. O acórdão recorrido conduziu que tanto o objeto - contratação de serviços de oxigenoterapia domiciliar -, quanto o edital do certame dispensavam Licença de Funcionamento expedida pela Anvisa, porquanto a licitação não objetivava a "comercialização de equipamentos" que exigiria a autorização do órgão de vigilância, nos termos da lei. 3. Não se deve exigir excesso de formalidades capazes de afastar a real finalidade da licitação, ou seja, a escolha da melhor proposta para a Administração em prol dos administrados. 4. Recurso especial não provido. (grifo nosso) (STJ - Resp. 1190793 SC 2010/0076190-0, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 24/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2010)".

Isto posto, prevalece aqui a finalidade precípua da Administração Pública, qual seja, a de proteger o interesse público, de forma que tal "equivoco" não afeta a legitimidade do processo licitatório quando o vencedor é o concorrente que de fato apresentou a proposta mais vantajosa para a Administração.

Por fim, é imperioso dizer que o Grupo Oi já participou de diversos processos licitatórios, inclusive promovidos por este I. Órgão, sempre atendendo a todas exigências editalícias.

Assim, resta claro que a declaração apresentada, supre todas as exigências editalícias, bem como possui aderência a resposta das impugnações, não podendo resultar em ônus ou prejuízos aos cofres públicos, uma vez que durante a etapa de lances, a Oi foi vencedora.

Diante disso, a inabilitação da Recorrente deve ser reformada.

III.2. Da equívoca inabilitação da Oi

O Edital nos itens 4.1.5 e seus subitens além do 4.2 e seus subitens sinalizam quais as comprovações devem ser apresentadas e em que momento deve ser apresentado, conforme trecho do Edital relacionado nos itens abaixo:

4.1.5. Visto a grande complexidade e o alto grau de criticidade do ambiente e tecnologias envolvidas, com o objetivo de garantir a perfeita execução dos serviços requeridos neste termo de referência, a CONTRATADA, para efeito de comprovação da capacitação técnica, deverá entregar no envelope de habilitação documentação que comprove possuir equipe técnica composta pela quantidade de profissionais certificados e/ou documentação que comprove o compromisso de contratação de profissionais com a certificação e na quantidade especificada. Neste caso devem ser apresentados:

4.1.5.1. O currículo do profissional;

4.1.5.2. Certificação obrigatória com data de validade com no mínimo 30 dias após a data de abertura do certame licitatório;

4.1.5.3. Declaração assinada, com firma reconhecida pelo profissional indicado, declarando estar ciente de sua indicação pela CONTRATADA para a prestação dos serviços, comprometendo-se a compor a equipe da CONTRATADA, caso esta venha a ser a vencedora.

4.2. PROFISSIONAIS CERTIFICADOS:

4.2.1. Apresentar no ato de assinatura do contrato uma carta de comprometimento de contratação para 01 (um) profissional certificado em ITIL V3 Expert que credita ao profissional o entendimento fundamental do conjunto de boas práticas a serem aplicadas na Prestação de serviços em tecnologia da informação (TI). A ITIL (Information Technology Infrastructure Library) busca promover a gestão com foco no cliente e na qualidade dos serviços de tecnologia da informação (TI), fomentando a maturidade dos serviços prestados;

4.2.2. Apresentar no momento da assinatura do contrato a comprovação de que possui ao menos 01 (um) profissional certificado em cabeamento estruturado, fibra ótica, protocolos de rede e roteamento TCP/IP podendo o seu vínculo com a empresa ser trabalhista, contratual ou societário. Podendo ser mais de 01(um) profissional para efeitos de comprovação.

No intuito de sanar quaisquer dúvidas sobre o tema, a Oi apresentou a seguinte impugnação conforme abaixo:

Item 11 do documento de impugnação:

11. DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Os subitens do Termo de Referência do Edital, transcritos abaixo, tratam da qualificação técnica.

"4.1.5. Visto a grande complexidade e o alto grau de criticidade do ambiente e tecnologias envolvidas, com o objetivo de garantir a perfeita execução dos serviços requeridos neste termo de referência, a CONTRATADA, para efeito de comprovação da capacitação técnica, deverá entregar no envelope de habilitação documentação que comprove possuir equipe técnica composta pela quantidade de profissionais certificados e/ou documentação que comprove o compromisso de contratação de profissionais com a certificação e na quantidade especificada. Neste caso devem ser apresentados:

4.1.5.1. O currículo do profissional;

4.1.5.2. Certificação obrigatória com data de validade com no mínimo 30 dias após a data de abertura do certame licitatório;

4.1.5.3. Declaração assinada, com firma reconhecida pelo profissional indicado, declarando estar ciente de sua indicação pela CONTRATADA para a prestação dos serviços, comprometendo-se a compor a equipe da CONTRATADA, caso esta venha a ser a vencedora.4.2. PROFISSIONAIS CERTIFICADOS:

4.2.1. Apresentar no ato de assinatura do contrato uma carta de comprometimento de contratação para 01 (um) profissional certificado em ITIL V3 Expert que credita ao profissional o entendimento fundamental do conjunto de boas práticas a serem aplicadas na Prestação de serviços em tecnologia da informação (TI). A ITIL (Information Technology Infrastructure Library) busca promover a gestão com foco no cliente e na qualidade dos serviços de tecnologia da informação (TI), fomentando a maturidade dos serviços prestados;

4.2.2. Apresentar no momento da assinatura do contrato a comprovação de que possui ao menos 01 (um) profissional certificado em cabeamento estruturado, fibra ótica, protocolos de rede e roteamento TCP/IP podendo o seu vínculo com a empresa ser trabalhista, contratual ou societário. Podendo ser mais de 01(um) profissional para efeitos de comprovação."

Como podemos observar o item 4.1.5 trata de equipe técnica da CONTRATADA, que deverá ser comprovada mediante documentação que possua e/ou compromisso de contratação de profissionais com certificação e quantidade especificada. Complementar a isso, os subitens 4.2.1 e 4.2.2 determinam que sejam apresentados os documentos do profissional no ato de assinatura do contrato.

Inicialmente, cabe alertar quanto à divergência na apresentação da qualificação técnica. Se os documentos dos profissionais serão objeto de apresentação no momento da assinatura, não cabe a exigência de comprovação na habilitação de equipe técnica existente, apenas declaração de compromisso da PROPONENTE em possuir, no ato da assinatura do contrato, a equipe ali exigida. Entendimento correto?

Complementar a isso, no seu subitem 4.2.1, exige-se profissional certificado em ITIL V3 Expert. Por trata-se de certificação destinada à gestão de projetos de tecnologia da informação, entendemos que está fora do escopo do objeto de contratação do presente certame.

Desta forma, requeremos que a exigência do item seja desconsiderada do presente edital.

A solicitação será acatada?

Em resposta a impugnação acima, datada de 17/12/2018, a comissão de licitação, informou categoricamente que a apresentação poderia se dar no momento da assinatura do contrato mas que na apresentação da proposta deveria incluir uma declaração de compromisso de contratação de profissional qualificado, conforme cópia da resposta listada abaixo:

11. Da qualificação técnica

Resposta Oi: Sim, o entendimento está correto, Poderá ser apresentado documentação que comprove o compromisso de contratação de profissionais.

Desta forma, resta comprovada que a inabilitação se deu de forma equivocada, uma vez que a Recorrente apresentou a declaração de comprometimento de contratação de profissional com certificação e na quantidade especificada no referido Edital e Anexos, conforme pode ser observado na cópia da declaração apresentada abaixo:

DECLARAÇÃO

A Empresa TELEMAR NORTE LESTE S.A – em Recuperação Judicial, sediada na Rua do Lavradio, 71, 2º andar, Centro, Rio de Janeiro – RJ, CEP 20.230-070, inscrita no CNPJ/MF n.º 33.000.118/0001-79, por intermédio de seus representantes legais infra-assinados, conforme subitem 4.1.6. do ANEXO 1 – Termo de Referência do Edital supracitado, para efeito de comprovação da capacitação técnica, DECLARA, para os devidos fins, que se compromete com a contratação de profissionais com a certificação e na quantidade especificada no referido Edital e Anexos.

Maceió/AL, 23 de janeiro de 2019.

JACQUELYNE BIA ARAUJO SOUZA WANDA BATISTA DE ALMEIDA NEVES

DOS PEDIDOS FINAIS

PEDIDOS FINAIS: Pelas razões expostas, que demonstram cabalmente o atendimento as exigências editalícias, no que tange aos itens 4.1.5 e seus subitens além do 4.2 e seus subitens, a Oi requer seja a decisão que a inabilitou reformada, para que seja declarada a sua imediata habilitação e classificação.

Recife – PE, 11 de fevereiro de 2019.

Facções