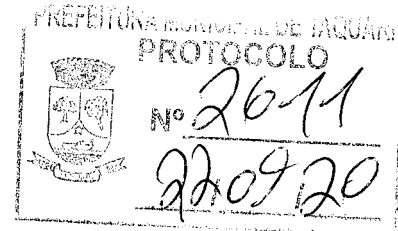


AO SR. PREFEITO MUNICIPAL DE TAQUARI



Ref. Pregão Presencial nº 018/2020

Objeto: Recurso hierárquico de decisão proferida pelo pregoeiro em julgamento de recurso

SEITEL SEIXAS TELECOMUNICAÇÕES EIRELI - EPP, inscrita no CNPJ sob o número 93.445.773/0001-62, já qualificada na presente licitação, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, por seu representante legal, no inciso I, do artigo 109, da Lei 8.666/93, interpor **RECURSO HIERÁRQUICO**, contra decisão de provimento parcial do recurso administrativo apresentado contra a classificação das propostas técnicas do certame, pelos fatos e fundamentos que adiante expõe, devendo o mesmo ser recebido e encaminhado para julgamento pela autoridade superior, na forma do artigo 109, inciso I, alínea "f" e § 4º da lei de licitações, aplicável subsidiariamente aos pregões.

DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA INTERPOSIÇÃO DO PRESENTE RECURSO

Segundo o artigo 109 da lei 8.666/93, parágrafo 4º é possível a interposição de recurso das decisões da comissão de licitações, sendo que esse recurso será dirigido à autoridade superior por intermédio de quem praticou o ato, o qual poderá reconsiderar a decisão ou encaminhar para a autoridade superior.

Cristalino o fato de que a Lei nº 8.666/93 possui aplicação subsidiária ao pregão, como disposto expressamente no art. 9º da Lei nº 10.520/02. Logo, a Lei Geral de Licitações será aplicável nos casos em que a lei do pregão for omissa.

No caso em tela, a decisão do pregoeiro no julgamento do recurso apresentado quanto ao julgamento da licitação foi de desprovimento, utilizando como fundamento um parecer do procurador do município que singelamente resume a questão afirmando que o pregoeiro analisou a documentação e que havia no recurso fundamentos que não foram manifestados na intenção de recorrer. Ocorre que, a decisão está equivocada e o interesse público está em risco, logo, essa decisão está sujeita a apreciação pela autoridade superior, sob pena de afronta ao duplo grau de jurisdição, a ampla defesa e ao contraditório.

Cabe lembrar que a decisão de julgamento dos recursos foi comunicada a recorrente em 18/09/2020, resta, portanto, tempestivo o presente recurso e seu julgamento é a única forma de se respeitar os direitos constitucionais da recorrente.

O cabimento do recurso para a autoridade superior decorre da estrutura da Administração Pública, que por sua natureza é hierarquicamente organizada e também do Estado Democrático de Direito instituído pela CF. Nesse sentido discorre Hely Lopes Meirelles¹:

Os recursos administrativos são um corolário do Estado de Direito e uma prerrogativa de todo o administrado ou servidor atingido por qualquer ato da Administração. Inconcebível é a decisão administrativa única e irrecorrível, porque isto contraria a índole democrática de todo julgamento que possa ferir direitos individuais e afronta o princípio constitucional da ampla defesa, que pressupõe mais de um grau de jurisdição.

Edmir Netto de Araújo² ressalta:

O recurso hierárquico é decorrente do direito de petição, garantido pelo art. 5º, XXXIV, a, da CF em vigor, por isso pode ser interposto contra decisões administrativas em geral, inclusive, mas não só, relacionadas a licitações e contratos.

Como o próprio nome o diz, o recurso hierárquico supõe a existência de autoridade superior, na escala de subordinação hierárquica, àquela que proferiu a decisão no procedimento administrativo, também em matéria geral ou nos casos específicos dos atos relacionados a licitações e contratos. Essa autoridade é dotada do poder de correção do ato administrativo impugnado.

¹Meirelles, Hely Lopes, Licitações e Contratos Administrativos, 12ª. edição, Malheiros Editores, p. 647

²ARAÚJO, Edmir Netto. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Pg. 687

Sobre a possibilidade de recorrer de decisão proferida em julgamento de recurso Marçal Justen Filho³ defende que o processo deverá subir se a parte prejudicada pela reforma da decisão assim o requerer no prazo de 5 dias, já Jessé Torres Pereira Júnior⁴ propõe que o processo seja remetido à autoridade superior, qualquer que seja a decisão da autoridade que praticou o ato, mas ambos concordam que não pode ser negado à licitante o duplo grau de jurisdição e a ampla defesa e o contraditório dele inerentes.

A orientação do TCU segue o mesmo rumo, apesar de utilizar como fundamento a celeridade processual, conforme acórdão 1.788/2003 plenário:

47. Vislumbro, então, que o único sentido deste novo recurso seria o de levar a matéria à análise da 2ª instância. Assim, entendo que o mais célere e coerente com o interesse público é que a Administração, ao reformar sua decisão, eleve de imediato a matéria à autoridade superior (como disciplina Jessé Torres), no caso de haver controvérsia, ou o faça após a requisição dos interessados (conforme doutrina de Marçal Justen Filho).

Com efeito, mesmo que no edital não tenha previsão para interposição de recurso hierárquico, esse deve ser aceito, recebido, encaminhado à autoridade superior e julgado, como forma de garantir aos concorrentes os direitos constitucionais de petição, ampla defesa e contraditório.

Feitas essas considerações passamos às questões que motivam o presente recurso.

DOS MOTIVOS PARA A REFORMA DA DECISÃO

O presente recurso está sendo interposto para que a autoridade superior reveja a decisão proferida no recurso julgado pelo pregoeiro, eis que esse, manteve integralmente o julgamento anterior, não obstante ter se demonstrado que em alguns itens o edital não foi atendido.

³JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 628

⁴PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública. 6. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 908.

Conforme destacado no recurso anteriormente apresentado, houve manifestação expressa do representante da recorrente, na sessão do pregão, discordando dos documentos apresentados pela concorrente Tknet Telecom Ltda, pois há documentos que não estão de acordo com o edital. Manifestou o representante da empresa que a concorrente recorrida não possuía três provedores de link, descumprindo, portanto, o item VIII.1.3 do edital.

O procurador do município, em seu parecer, destaca que os comprovantes dos links foram apresentados (posteriormente sendo apresentados contratos) e que outros fundamentos não deviam ser analisados porque não houve manifestação previa sobre os mesmos, aqui esta o primeiro equívoco, os demais fundamentos giram em torno da mesma questão, a empresa que apresenta os documentos na licitação, cuja razão social é Tknet Telecom Ltda não possui nenhum provedor de link e foi justamente isso que o representante da recorrente manifestou a intenção de recorrer.

Para demonstrar os fundamentos de sua arguição, a recorrente anexou ao seu recurso os comprovantes de que tratam-se de duas empresas, que podem até formar um grupo empresarial (sendo que grupo empresarial é vedado pelo edital) mas que aquela que o CNPJ foi apresentado para participar da licitação não é provedor de internet e por essa razão não possui provedores de link, descumprindo essa exigência o do edita.

A Tknet Telecom Ltda não possui ASN para permitir a pesquisa dos seus provedores de link, até porque, conforme está exposto mais abaixo, ela não tem em seu objeto social o CNAE de provedor de internet. Os documentos apresentados relativos aos links de provedor que constam nos autos do pregão se referem a empresa Tknet Serviços de Internet Ltda, que é outra empresa e outro CNPJ (32.316.129/0001-08) e QUE NÃO PARTICIPOU DA LICITAÇÃO, sendo assim, a Tknet Telecom Ltda que é a concorrente desse pregão não comprovou o item VIII.1.3 do edital, eis que não possui operadores de link de internet contratadas, até porque não é uma provedora de internet.

Os documentos anexados para comprovação do VIII.1.3, que traz as exigências de qualificação técnica, na letra "b" estabelece que deverão ser apresentadas no mínimo três operadoras de link de internet, que foram apresentados se referem a outra empresa, não a concorrente Tknet Telecom Ltda, essa não apresentou documento que comprove ter atendido essa exigência.

Quem possui os provedores de link apresentados no pregão é a Tknet Telecom Ltda, que não participou do pregão. A ASN AS28134 que consta nos documentos juntados é da empresa Tknet Serviços de Internet Ltda, não é a empresa que está participando da licitação.

No recurso foi argumentado e comprovado, ainda, que a Tknet Telecom Ltda (não é a empresa participante da licitação) também não comprovava possuir os 3 links exigidos no edital. O relatório que foi apresentado é obtido no site <https://radar.qrator.net>, porém, o gráfico que ali está representado não se refere aos links e sim ao caminho percorrido pelo prefixo, demonstra a origem (selecionável no campo PREFIXES) e destino final (editável no campo TARGETS) de determinados prefixos (blocos de endereço IP), logo não pode ser usado como documento comprobatório de saídas de link.

O relatório completo obtido no referido site no mesmo dia da licitação, que foi anexado ao recurso, comprova que a empresa é outra e que só possui 2 provedores de link de internet.

O item VIII.1.3, letra 'b' EXIGE um comprovante de possuir 3 operadoras ao tempo da licitação, não se trata de possibilitar comprovação futura mas de já ter disponível, o que não restou comprovado pela recorrida, pois apresentou documentos relativos a 2 provedores e de outra empresa, diferente daquela que apresenta o restante da documentação do pregão, descumprido a exigência do edital.

O procurador do município, em seu parecer, argumenta que o fato de uma empresa ser a detentora dos provedores de link e outra ser a licitante não seria problema porque o edital não veda a subcontratação. Com a devida vênia, contratar sob esse argumento é colocar em risco o interesse público e a própria lisura do procedimento. Não pode uma empresa participar da licitação apresentando documentos de outra!

A questão da subcontratação esta equivocadamente interpretada pelo nobre procurador, não se trata de não ser vedado e isso significa ser admitido, se trata de só ser admitido quando expressamente previsto, isso é o princípio da legalidade, básico na atuação da administração pública.

As contratações públicas decorrem de lei. O princípio da legalidade, expressamente previsto na Constituição Federal (artigo 37) estabelece para a administração o DEVER de agir conforme a lei, diferente do que é previsto para o cidadão comum que seria o poder agir se não houver impedimento legal.

Para a Administração, a subcontratação só pode ser admitida quando houver expressa disposição nesse sentido, conforme determina a lei 8.666/93 (lei geral de licitações):

Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração

*Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:
VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;*

Os contratos administrativos, em regra, são personalíssimos, isso significa que a execução do objeto licitado é obrigação da empresa contratada, permitindo a Lei nº 8.666/93 a possibilidade de subcontratação apenas nos moldes legalmente fixados, conforme a necessidade e a conveniência da Administração, as peculiaridades de cada contratação e respeitados os limites legais.⁵

No Acórdão TCU nº 2002/2005 (Brasil. Tribunal de Contas da União. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília, 2010, pág.: 799) o Ministro Relator consignou em seu voto que a subcontratação deve ser adotada unicamente quando necessária para garantir a execução do contrato e desde que não atente contra os princípios constitucionais inerentes ao processo licitatório e nem ofenda outros princípios relacionados às licitações, notadamente o da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º, Lei nº 8.666/93).

No mesmo sentido e ampliando um pouco mais a análise da questão, o TCU proferiu julgamento no sentido de que a subcontratação integral do objeto pactuado desnatura o certame licitatório e justifica a aplicação de penalidade ao agente que autorizo a subcontratação. No caso analisado, os julgadores n

⁵JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13ª edição, São Paulo: Dialética, 2009, Pág.: 791.

Tribunal de Contas entenderam que o gestor responsável por autorizar a subcontratação total do objeto da contratação merecia ser apenado com a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei nº 8.666/93, mesmo não havendo danos ao erário, conforme precedentes contidos nos Acórdãos 100/2004-TCU, 1748/2004-TCU e acórdão n.º 954/2012-Plenário.

Ademais, os princípios previstos no art. 3º da mesma lei conduzem à necessidade de previsão expressa, no edital e no contrato, de todas as regras da contratação, inclusive a que diz respeito aos limites da subcontratação.

Prevendo, ainda, que a subcontratação deve estar expressamente definida de limitada no edital, os julgados do TCU expressam:

“Nos termos do art. 72 da Lei nº 8.666/93, deve ser fixado, no edital, o percentual máximo para subcontratação, quando houver cláusula editalícia de permissividade, devendo essa cláusula existir, apenas, em hipóteses excepcionais, quando a subcontratação for estritamente necessária, devendo ser técnica e circunstancialmente justificados tanto a necessidade da subcontratação quanto o percentual máximo admitido.”⁶

“Assunto: SUBCONTRATAÇÃO. DOU de 19.07.2010, S. 1, p. 84. Ementa: alerta ao IBGE quanto à falta de clareza nas disposições editalícias a respeito da subcontratação, em descumprimento aos princípios da Administração Pública e ao disposto na Lei nº 8.666/1993, art. 72, especialmente quanto à: a) necessidade de motivação e presença do interesse público; b) necessidade de prévia autorização da contratante; c) especificação das razões, do serviço a ser subcontratado e do prazo desejado; d) especificação do percentual máximo que poderá ser subcontratado...”⁷

Desta forma, ao contrário do que argumento a procurador do Município, não houve no recurso da recorrente, argumentos que não tenham sido manifestados anteriormente, pois a empresa concorrente da licitação Tknet Telecom Ltda. não possui três provedores de link, quem pode até possuir é a Tknet Serviços de Internet Ltda., porém, são empresas distintas e a subcontratação não foi prevista nesse edital, logo, a Tknet Telecom não comprovou atender as exigências do edital e entender de maneira diferente é afrontar a Constituição Federal e colocar em risco

⁶Acórdão nº 1.748/2009, Plenário, processo nº 001.645/2004-2. Idem, pág.: 977.

⁷Acórdão nº 1.626/2010 – Plenário, Relação Nº 29/2010 – Plenário, Processo TC-025.230/2009-4. Disponível em: www.tcu.gov.br Acesso em 25 de abril de 2012.

o interesse público, que deve estar presente em todas as decisões de quem representa a Administração Pública.

É certo que a documentação exigida no Edital deve ser, necessariamente, da empresa que está participando da licitação e que os provedores de links devem ser da que vai fornecer a internet para a Prefeitura, posto que do contrário, teremos clara violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório de observância obrigatória e vinculante para os licitantes e para os agentes públicos responsáveis pela condução do certame, além de violação à legalidade, a amoralidade e a supremacia do interesse público.

Além disso, o próprio edital, no item VII.16 prevê que serão desclassificadas as propostas que: não atenderem às exigências contidas no objeto desta licitação e/ou que forem omissas em pontos essenciais, de modo a ensejar dúvidas.

No caso presente, houve exatamente o que o edital condena, omissão em relação a pontos essenciais da proposta, que geram dúvidas quanto ao atendimento das exigências do mesmo, devendo, nesse caso, ser desclassificada a proposta da recorrida.

Assim sendo, é evidente que o Pregoeiro e sua equipe possuem dever de estrita observância e vinculação ao regramento previsto no edital, sob pena de afronta a toda principiologia aqui invocada.

Conforme já suscitado é evidente que todos os licitantes devem obedecer às disposições contidas no edital, especialmente, apresentar os documentos exigidos para fins de habilitação, não havendo margem para interpretar que um documento de uma empresa possa substituir o que deveria ser de outra, ou que as empresas podem recolher documentos de várias outras e apresentar como se fossem seus.

Com efeito, nem se diga que trata-se do mesmo grupo empresarial que isso autorizara que uma empresa utilize documentos de outra, pois a utilização de grupo empresarial é vedada pelo edital e conforme se demonstrou no recurso, tratam-se de empresas distintas e com CNPJs distintos, ainda que possuam os mesmos sócios.

Esses fundamentos são suficientes para levar ao acolhimento do presente recurso hierárquico para imediatamente ser sanada irregularidade no julgamento do recurso promovido pelo pregoeiro, para inabilitar a proposta da recorrida por não atender as exigências do edital e afrontar os princípios mais básicos do agir da Administração Pública.

Cabendo ao Prefeito agir na defesa dos direitos dos cidadãos que residem na sua cidade, entendemos constitucionalmente razoável e proporcional pronta intervenção administrativa, em sede de recurso hierárquico, sobre o pregão para que a legalidade, moralidade e interesse público sejam preservados.

DIANTE DO EXPOSTO, pleiteia a Recorrente, seja recebido e provido o presente recurso para sanear a irregularidade grave encontrada no presente pregão e ser declarada inabilitada a proposta da recorrida que não possui os provedores de link exigidos no edital.

Nestes termos espera deferimento.
Taquari, 22 de setembro de 2020.

