

Ao(À) Sr.(a) Pregoeiro(a) da Fundação Hospital Santa LYDIA - FHSL

PREGÃO PRESENCIAL Nº 031/2018

TELEFÔNICA BRASIL S/A, Companhia Aberta, com sede na Avenida Engenheiro Luiz Carlos Berrini, nº. 1376, Bairro Cidade Monções, São Paulo/SP, CEP 04.571-000, inscrita no CNPJ sob o nº. 02.558.157/0001-62, NIRE nº. 35.3.001.5881-4, vem, por seus representantes que abaixo subscrevem, com fundamento no inciso XVIII do artigo 4º, da Lei 10.520 de 17 de julho de 2002, apresentar

CONTRARRAZÕES
AO RECURSO ADMINISTRATIVO

formulado por **E.R. SOLUÇÕES INFORMÁTICA LTDA.**, em face dos atos que declararam a Telefônica vencedora do pregão, pelos seguintes fundamentos:

I – TEMPESTIVIDADE.

Inicialmente, comprova-se a tempestividade das contrarrazões. Em sintonia com o artigo 4º, inciso XVIII, da lei 10.520/2002 e o item 8.2 do edital, a recorrente manifestou intenção de recorrer na sessão de 16/01/2019, esgotando-se o prazo de 3 dias em 21/01/2019.

Assim, o prazo para contrarrazões iniciou-se em 22/01/2019 e **esgota-se em 24/01/2019.**

II – IMPROCEDÊNCIA DAS ALEGAÇÕES DA RECORRENTE.

Após a declaração da vencedora, a E.R. SOLUÇÕES INFORMÁTICA LTDA. registrou intenção de recorrer *“frente a licitante declarada vencedora por ter ofertado equipamento descontinuado, com certificados baixados e/ou suspensos, processadores fora de linha e por não concordar com a habilitação da licitante devido aos atestados de capacidade técnica”*.

Nas suas razões, aduz que *“empresa TELEFÔNICA não apresentou proposta em conformidade com a cláusula 5.1, item C”,* fabricando uma série de desdobramentos que aduz decorrerem das regras de classificação e julgamento das propostas.

No entanto, o referido dispositivo estabeleceu como elemento obrigatório da proposta apenas a *“descrição do objeto da presente licitação com a indicação dos serviços prestados, em conformidade com as especificações do folheto descritivo – Anexo I deste Edital”*.

A descrição do objeto é um elemento formal de aceitação da proposta, mas não é um critério de classificação e julgamento, como deixam expressos a letra ‘g’ do preâmbulo e o item 7.5 do edital. Serve, evidentemente, para relacionar o preço ofertado (este sim, um critério objetivo de classificação e julgamento) ao objeto licitado e não para permitir uma escolha, subjetiva ou objetiva, da melhor descrição, bastando que o preço se baseie nas especificações mínimas do edital.

Por tal razão, presume-se, o edital não exigiu detalhamento completo na proposta, definindo requisitos de indicação obrigatória (como garantia, certificações, etc.), mas apenas uma “**INDICAÇÃO** dos serviços prestados, em conformidade com as especificações do folheto descritivo”. Afinal, o julgamento das propostas não é um teste de capacidade de adivinhação dos licitantes, como crê a recorrente.

A recorrente pretende, com efeito, impor supervenientemente critérios de julgamento que não foram expressos no ato convocatório, como determina os artigos 44 e 45 da Lei 8.666/1993:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

(...)

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Quando as razões de recurso sutilmente “*trocam*” o texto do item do ato convocatório referente à formatação da proposta, que pede “*indicação dos serviços*”, por uma suposta obrigatoriedade de informações e comprovações não exigidas no envelope de proposta, a recorrente está a inventar critério de julgamento “*secreto, subjetivo ou reservado*” e não “*previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos*”.

O Anexo I – Termo de Referência detalha as características mínimas de um contrato que deverá ser executado, no futuro, o que não significa que cada item da especificação deva ser comprovado ainda na proposta

Especialmente nas licitações tipo menor preço, as questões de ordem técnica são objeto da fase de habilitação, para a qual o edital, em sintonia com a lei, exigiu a apresentação de atestado de qualificação técnica.

E mediante a oferta de proposta, as licitantes assumem o compromisso de cumprir as obrigações do futuro contrato, caso sejam contratadas. Quando de extrema relevância no caso concreto, à luz do inc. XXI do art. 37 da Constituição da República e do art. 3º da Lei 8.666/1993, uma determinada comprovação pode até ser apresentada junto da proposta, desde que seja expressamente exigida.

E quaisquer informações ou documentos ainda podem ser obtidos mediante a mais simples diligência *“destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo”*, nos termos do §3º do art. 43 da Lei 8.666/1993, uma vez que, não tendo sido exigidos expressamente, não se qualificam como *“documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta”*.

A interpretação artificiosa da recorrente se combate com um mínimo de bom senso. Se essa estratégia tivesse condições de vingar, a própria segunda colocada ficaria sujeita à exigência supostamente implícita de ter que comprovar antecipadamente todos e cada um dos requisitos da futura execução do objeto já no seu envelope de proposta e seria igualmente desclassificada.

De qualquer modo, por eventualidade, passa-se aos pontos de argumentação da recorrente.

- **Descrição do objeto ofertado.**

A proposta da Telefônica elencou todos os itens que o equipamento deveria possuir, contidos no Termo de Referência. Com isso, a ofertante se comprometeu com a entrega dos itens exigidos no edital, em caso de adjudicação do objeto e formalização do contrato administrativo.

As razões argumentam que a proposta teria deixado de *“fornecer informações relevantes sobre o equipamento ofertado e seus componentes, como, por exemplo, sobre o modelo específico do AIO a ser entregue, bem como do processador”*.

Mas qual é o item que exige objetivamente, expressamente e previamente essas específicas características na proposta de preços? Obviamente, item algum do edital especifica que deveria ser indicada MARCA ou MODELO de equipamento.

- **Garantia de manutenção.**

A recorrente também idealiza que deveriam ter sido apresentadas garantias de manutenção e número de 0800 para atendimento, no envelope de proposta, apesar de isto não estar definido nos itens do edital que se referem à forma e ao conteúdo da proposta.

É evidente que, se o edital não exige a identificação prévia do número tipo 0800 antes do início da execução do contrato, a identificação no envelope da proposta não é obrigatória!

- **Certificações de conformidade**

A recorrente alega que *“a TELEFÔNICA também não apresentou nenhuma das certificações de conformidade exigidas pelo edital”*.

Mais uma vez: o edital não exigiu a apresentação de certificações junto da proposta de preços. O termo de referência prescreve apenas a obrigação futura de “Possuir” certificados (não “apresentar”, nem “na proposta”). Ainda assim, a Telefônica apresentou alguns certificados, o que não altera o caráter de **não obrigatoriedade** para fins de classificação.

Quando o Termo de Referência estipula um dever de “Apresentar”, se refere a *“catálogos, folha de dados, datasheet (exclusivo do fabricante do equipamento), folder ou cópia de página da internet”*, ainda sem mencionar o momento ou fase da licitação ou da execução do contrato. Por segurança, a Telefônica apresentou documentos dessa natureza na proposta, embora seja razoável asseverar que essa obrigação dependa de solicitação do contratante.

- **Produto descontinuado:**

Por fim, a recorrente busca simular a obrigatoriedade de apresentação de *“declaração da fabricante comprovando que o produto ofertado é novo e a sua linha de produção contínua, bem como não comprovou ser uma revenda autorizada”* no envelope de proposta de preços.

Novamente, conforme Termo de Referência, o licitante deveria apenas “Possuir” a declaração, e não há qualquer regra que disponha sobre a apresentação destas declarações durante a licitação.

Naturalmente, a Telefônica possui uma declaração da Dell, informando que os produtos ofertados são novos e não são remanufaturados, bem como uma outra declaração, em que consta que a Telefônica está autorizada a comercializar seus produtos, podendo apresentá-las quando solicitado, no edital ou pela autoridade competente, durante licitação ou durante a execução do contrato.

A Família All in One Optiplex 3000 não foi descontinuada, segue sendo produzida normalmente com outros modelos, de acordo com a estratégia comercial da marca. Houve, na verdade, apenas atualização de modelos.

A Telefônica tem os equipamentos em estoque para o amplo atendimento inclusive do objeto deste contrato, já prevendo substituições de máquinas, caso seja necessário, durante toda a vigência contratual. Todas as máquinas são novas e sem uso, advindas de um lote já atualizado pela fabricante.

Vale ressaltar, já que foi contestada a qualidade do produto ofertado pela recorrida, com a aparente finalidade de se estabelecer uma disputa de qualidade e desempenho dos equipamentos, que a recorrente ofereceu equipamentos da linha Vostro, do mesmo fabricante, mas inferior e voltada ao uso residencial.

Ora, os princípios da legalidade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório se aplicam diretamente ao caso. Neste ponto, vale reiterar que os artigos 44 e 45 da Lei 8.666/1993 vinculam o julgamento aos critérios objetivos e explícitos estabelecidos previamente no ato convocatório, vedada a utilização de elemento, critério ou fator secreto (implícito) ou subjetivo, como propõe a recorrente.

E, nos termos do art. 41 da Lei 8666/1993 *“A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”*.

O professor CARLOS PINTO COELHO MOTTA assinala que “O artigo em questão constitui um alerta, tanto para o administrador público como para o Licitante, conferindo a este último a certeza da efetividade dos seus direitos”¹. A jurisprudência do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA sinaliza exatamente a indicação de que o edital constitui a lei do procedimento licitatório:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE REGRA PREVISTA NO EDITAL LICITATÓRIO. ART. 41, CAPUT, DA LEI Nº 8.666/93. VIOLAÇÃO. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO EDITAL.

I - Cuida-se, originariamente, de Mandado de Segurança impetrado por SOL COMUNICAÇÃO E MARKETING LTDA, contra ato do Senhor Presidente da Comissão Especial de Licitação da Secretaria de Serviços de Radiodifusão do Ministério das Comunicações, que a excluiu da fase de habilitação por ter entregue a documentação exigida para essa finalidade com 10 (dez) minutos de atraso.

II - O art. 41 da Lei nº 8.666/93 determina que: "Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada."

III - Supondo que na Lei não existam palavras inúteis, ou destituídas de significação deontológica, verifica-se que o legislador impôs, com apoio no Princípio da Legalidade, a interpretação restritiva do preceito, de modo a resguardar a atuação do Administrador Público, posto que este atua como gestor da res pública. Outra não seria a necessidade do vocábulo "estritamente" no aludido preceito infraconstitucional.

IV - "Ao submeter a Administração ao princípio da vinculação ao ato convocatório, a Lei nº 8.666 impõe o dever de exatidão da discricionariedade por ocasião de sua elaboração. Não teria cabimento determinar a estrita vinculação ao edital e, simultaneamente, autorizar a atribuição de competência discricionária para a Comissão indicar, por ocasião do julgamento de alguma das fases, os critérios de julgamento. Todos os critérios e todas as exigências deverão constar, de modo expresso e exaustivo, no corpo do edital."(in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Dialética, 9ª Edição, pág. 385)

V - Em resumo: o Poder Discricionário da Administração esgota-se com a elaboração do Edital de Licitação. A partir daí, nos termos do vocábulo constante da própria Lei, a Administração Pública vincula-se "estritamente" a ele.

VI - Recurso Especial provido. (grifos nossos) ²

E cabe reiterar que qualquer elemento que não tenha sido expressamente exigido no edital, mas que se revele importante, até mesmo por provocação da recorrente, não deve gerar a desclassificação, podendo ser obtido mediante a mais simples diligência “destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo”, nos termos do §3º do art. 43 da Lei 8.666/1993.

¹ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas Licitações e Contratos. 9ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 363.

² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 421946 – DF. Relator Min. Francisco Falcão. Primeira Turma. Julg. 07.02.2006, Publ. DJ 06.03.2006, p. 163. RSTJ vol. 203. P. 135.

III - REQUERIMENTO

Por todos estes motivos, a **TELEFÔNICA BRASIL S/A** requer ao Pregoeiro (ou a qualquer outra autoridade competente) que **negue provimento ao recurso apresentado por E.R. SOLUÇÕES INFORMÁTICA LTDA., mantendo-se integralmente a decisão proferida na sessão pública do Pregão.**

Pelo que **PEDE DEFERIMENTO,**

De São Paulo para Ribeirão Preto, 24 de janeiro de 2019.

TELEFÔNICA BRASIL S/A

Nome do Procurador: *Amanda Silva Oliveira*
CPF: *225.439.988-88*
RG: *32.853.980-6*

02.558.157/0001-62
TELEFONICA BRASIL S/A
Av. Engº Luiz Carlos Berrini, 1376
Cidade Monções-CEP: 04571-936
São Paulo/SP