

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS

DIRETORIA DE GESTÃO DE COMPRAS E LICITAÇÕES

PROCESSO ADMINISTRATIVO SEI: 19.16.2255.0011935/2019-14

PREGÃO ELETRÔNICO Nº: 73/2020

MODALIDADE E FORMA: Pregão Eletrônico

TIPO: Menor preço

AMERICAN TOWER DO BRASIL – COMUNICAÇÃO E MULTIMÍDIA LTDA. (“ATC Multimídia”), sociedade limitada inscrita no CNPJ sob o nº 30.552.887/0001-91, com endereço na Rua das Olimpíadas, nº 205, 8º andar-Conj. 84 – Sala 07, Vila Olímpia, São Paulo/SP, CEP 04.551-000, vem, respeitosamente, por meio da sua procurada, apresentar:

RECURSO ADMINISTRATIVO

Contra ato do pregoeiro que declarou habilitada e vencedora do lote 1 Do certame a empresa **OI MÓVEL S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL**, portadora do CNPJ 05.423.963/0001-11, com endereço no Setor Comercial Norte, Qd. 03, BL. A - Andar Térreo-Parte 2 ED.Estação Tel. Centro Norte - Brasília-DF - CEP 70.713-900, a fim de corrigir graves vícios que comprometem a regularidade do procedimento licitatório em tela, com base nos fatos e argumentos a seguir expostos,

1. DO CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, comprova-se o cabimento e a tempestividade do presente recurso, uma vez que há pleno cumprimento quanto ao prazo de até 3 (três) dias úteis para apresentação das razões do recurso, conforme indicado no item 11.1 do Edital¹, eis que aceita a intenção de recurso do dia 13.05.2020.

¹ 11.2 Caso a intenção de recurso seja aceita pelo Pregoeiro, será concedido ao recorrente o prazo **de 3 (três) dias úteis** para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados a apresentarem contrarrazões, em igual número de dias, a contar do término do prazo do recorrente, ficando assegurada vista imediata dos autos aos interessados. (Grifos Nossos)

2. DA VINCULAÇÃO DO PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS FORMULADO PELAS LICITANTES AO EDITAL

Uma vez lançado o Edital, este se torna o documento mais importante da licitação, ao qual todos os licitantes e a administração pública estão sujeitos. Todavia, no decorrer do procedimento, alterações ao edital podem ser incorporadas, tornando-se parte integrante do mesmo: Nesse sentido, é o que dispõe o ilustre doutrinador Marçal Justen Filho:

*“é prática usual, fomentada pelo próprio art. 40, inc. VIII, que a Administração forneça esclarecimentos sobre as regras editalícias. **A resposta formulada administrativamente apresenta cunho vinculante para todos os envolvidos, sendo impossível invocar o princípio da vinculação ao edital para negar eficácia à resposta apresentada pela própria Administração**” [...] **“a força vinculante da resposta ao pedido de esclarecimento envolve as hipóteses de interpretação do edital.** Ou seja, aplica-se quando há diversas interpretações possíveis em face do ato convocatório. **Se a Administração escolhe uma ou algumas dessas interpretações possíveis e exclui outras (ou todas as outras), haverá vinculação**” (Grifos Nossos) (‘Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos’. 11ª ed., São Paulo: Dialética, 2005, pp. 402/403).*

Ainda, a força vinculante dos esclarecimentos foi reconhecida pelo próprio STJ, no bojo da decisão do Recurso Especial nº 198665/RJ:

*ADMINISTRATIVO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONSULTA. **A resposta de consulta a respeito de cláusula de edital de concorrência pública é vinculante; desde que a regra assim explicitada tenha sido comunicada a todos os interessados, ela adere ao Edital.** [...]” (Grifos Nossos)*

Em que pese o efeito vinculante das modificações mediante resposta formulada administrativamente, a lei dispõe que em determinados casos **é necessária a republicação do edital, com reabertura do prazo inicialmente estabelecido**, a fim de que todos os licitantes possam adequar suas propostas para a nova realidade.

A única exceção legal² a esta regra são os casos em que não há prejuízo para formulação das propostas. Entretanto, como será demonstrado a seguir, no caso em questão foi feita uma alteração no Edital via pedido de esclarecimento que modificou de forma significativa o objeto contrato, sem que houvesse tempo hábil para reformulação adequada das propostas.

² Art. 21, §4º, Lei 8666/93. Qualquer **modificação** no edital exige divulgação **pela mesma forma** que se deu o texto original, **reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido**, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não **afetar a formulação n.**” (Grifos Nossos)

3. DA ALTERAÇÃO SIGNIFICATIVA DO OBJETO LICITADO VIA PEDIDO DE ESCLARECIMENTO

No caso concreto, as licitantes formularam tempestivamente os questionamentos ao Pregoeiro, que utilizou da plataforma COMPRAS MG (local em que posteriormente seria realizado o certame) para publicar as respostas³.

Nesse sentido, foi realizado questionamento a respeito da velocidade a ser contratada no item 02 do Lote 03 do Edital. A resposta encaminhada pelo pregoeiro continha a seguinte disposição:

*“Questionamento 5: Lote 3: **A velocidade total do item 2 do lote 3 será de 2Gb.** Deverá ser ofertado apenas essa velocidade total ou este circuito poderá ter velocidades inferiores? Resposta 5: **O item 2 do Lote 03 deverá ter velocidade inicial de 2Gbps**”*

Vejamos que o Pregoeiro foi taxativo ao mencionar **expressamente** que a velocidade para o item 02 do Lote 03 seria de **2 Gbps**. Todavia, ressalta-se que **tal orientação ocasionou inovação no Edital**, pois o instrumento convocatório determinava para o mesmo item a velocidade de **100 Mbps**.

Conforme é possível depreender da análise do item 6.3. do Termo de Referência, em nenhum momento do detalhamento do objeto é informado no Edital que o atendimento para o lote 3 seria de 2Gbps. Pela tabela apresentada na página 44 instrumento convocatório, é informada a quantidade e a velocidade dos itens a serem contratados, ou seja, circuitos com velocidade de 100 Mbps:

TABELA DO LOTE 3		
CARACTERÍSTICAS DO SERVIÇO: Prestação de serviço de <i>links</i> de acesso exclusivo, dedicado, simétrico, redundante, determinístico e gerenciado, por fibra óptica, incluindo equipamentos, serviços de instalação, manutenção e suporte técnico.		
Local: Belo Horizonte		
Item	Quantidade	Velocidade Contratada
1	21	100 Mbps

Em vários outros momentos, como nos itens 7.3. do Termo de Referência e item 2.2. do Edital, há menção repetida da velocidade fracionada de 100 Mbps.

A alteração em questão implica em mudança significativa no objeto.

³https://transparencia.mpmg.mp.br/licitacao/processos/2020?token=y09XUnxWhboUkej5m8WXfJZnL310QmlUZLDqLuY6&num_processo=73&ano=2020&modalidade=PREG%C3%83O+ELETR%C3%94NICO&objeto=interne
t

O atendimento para 100 Mbps pressupõe uma alocação de recursos de rede (banda, porta nos equipamentos, ocupação do backbone, etc) muito menor, considerando que a maioria das portas dos equipamentos é 10/100/1000, ou seja, limitada a 1 Gbps. Desta forma circuitos menores ou iguais a 1 Gbps podem ser atendidos com uma única porta, o que facilita possíveis upgrades, tendo a necessidade, quando houver, apenas da troca dos roteadores nas pontas.

Já o atendimento para um circuito de 2 Gbps exige o dobro da capacidade de portas comumente ofertada na rede. Neste caso, são necessários equipamentos muito mais potentes no backbone para atender a esta banda. Os equipamentos de backbone passam a ter agora a capacidades de 10 Gbps, pois **não existem mais equipamentos com porta de 2,5 Gbps** (equipamentos mais antigos).

Ou seja, a forma de rentabilizar o custo destes equipamentos em 100 Mbps é totalmente diferente da forma de rentabilizar circuitos de 2 Gbps. Isso implica obviamente em valores diferentes, na proporcionalidade de cada circuitos e naturalmente, a alteração de capacidade contratada tem impacto extremo nas propostas.

Um exemplo da diferença gritante entre os preços praticados, considerando valores mínimos mínimo:

Tabela comparativa - Mínimos - Lote 3			
Banda considerada	Valor unitário mínimo	Valor total mínimo	Valor/Mbps
1 x 100 Mbps	R\$ 1.640,00	R\$ 32.800,00	R\$ 16,40
1 x 2 Gbps	R\$ 11.983,00	R\$ 11.983,00	R\$ 5,99

Se considerarmos 20 circuitos de 100 Mbps, teríamos um valor mínimo acima dos R\$ 32.000,00, sendo totalmente fora do valor de uma concorrência de edital, isso devido a ocupação de várias portas de 1 Gbps que por ventura não estão disponíveis na rede. Mesmo uma placa de 10 Gbps sendo mais cara, 20 de 100 Mbps ultrapassa este valor de investimento.

Houve prejuízo na formulação das licitantes e na tentativa de dirimir a inconsistência entre o Edital e a resposta do pedido de esclarecimento, foi questionado via CHAT qual deveria ser a velocidade considerada, limitando-se o pregoeiro em informar que as respostas aos questionamentos já tinham sido encaminhadas em momento oportuno, mantendo assim a dúvida da Recorrente.

3. DA VIOLAÇÃO AO ART. 21, §4º, DA LEI 8666/93 – AUSÊNCIA DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL APÓS MODIFICAÇÃO

Conforme é possível comprovar através da análise do item 2 do presente Recurso, os esclarecimentos fornecidos pelo Pregoeiro alteraram de forma substancial os termos do objeto da licitação, o que automaticamente implica na necessidade de modificação na proposta.

Observa-se que uma mudança tecnicamente tão significativa impacta de forma incontestável a formulação da proposta, e conseqüentemente se encaixa perfeitamente na disposição contida no §4º do artigo 21 da Lei 8666/93.

A título de esclarecimento, cabe ressaltar que as disposições contidas na Lei 8666/93 aplicam-se subsidiariamente à modalidade Pregão, por força do art. 9º da lei 10.520/2002.

Frise-se que tal disposição é respeitada pelos decretos federais e estaduais que também são fundamentos legais para a licitação objeto deste recurso. Vejamos:

“Art. 20. Qualquer modificação no edital exige divulgação pelo mesmo instrumento de publicação em que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.” (Decreto Lei nº 5450/05)

“Art. 11, § 2º. Será designada nova data para a realização do certame quando:

I - for acolhida a impugnação contra o ato convocatório;

II - o pregoeiro não responder dentro do prazo estabelecido no § 1º; e

III - houver qualquer modificação no ato convocatório, exceto quando a alteração não afetar a formulação das propostas.

*§ 3º A designação de nova data **exige divulgação pelo mesmo instrumento em que se deu aquela do texto original.**”(Grifos Nossos) (Decreto Estadual nº 44786/08)*

Dessa forma, resta incontestável que a resposta ao pedido de esclarecimentos que modifica o Edital e que afeta a formulação das propostas implica na necessidade de republicação do Edital em prazo legalmente definido e pelo mesmo instrumento que se deu a publicação do texto original.

O posicionamento defendido pela Recorrente encontra respaldo na posição dos tribunais, conforme é possível depreender da análise jurisprudencial abaixo apresentada:

*APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA CONTRA O DEINFRA. LICITAÇÃO PARA "Reabilitação com a execução dos serviços de terraplanagem, pavimentação, drenagem, obras de arte corrente, sinalização, obras complementares, obras de contenção, serviços diversos e meio ambiente na rodovia JORGE LACERDA (SC-412), trecho BR-101 - GASPÁR, numa extensão de 25,400 km". EMPRESA LICITANTE INABILITADA POR NÃO APRESENTAR DOCUMENTOS EM SUA PROPOSTA. EDITAL QUE PREVIA APRESENTAÇÃO APÓS A DECLARAÇÃO DA VENCEDORA DA LICITAÇÃO. **NOVO***



AMERICAN TOWER
DO BRASIL

ENTENDIMENTO EXARADO EM 'PERGUNTAS E RESPOSTAS I' MANTIDO PELA ADMINISTRAÇÃO LICITANTE. MODIFICAÇÃO DO ENTENDIMENTO E DO REGRAMENTO DO EDITAL QUE OFENDE O § 4º DO ART. 21 DA LEI FEDERAL N. 8.666/1993. DEINFRA QUE JUSTIFICA O ATO ADUZINDO NÃO SER NECESSÁRIA NOVA PUBLICAÇÃO PELA SINGELEZA DA MODIFICAÇÃO E FACILIDADE DE ADAPTAÇÃO DA PROPOSTA. TESE RECHAÇADA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE PARA ANULAR O ATO ADMINISTRATIVO E DETERMINAR A MANUTENÇÃO DA AUTORA NO PROCESSO, DESDE QUE NÃO HAJA OUTROS IMPEDIMENTOS. SENTENÇA MANTIDA.” (Grifos Nossos) (TJ-SC - APL: 03123169820168240023 Capital 0312316-98.2016.8.24.0023, Relator: Jaime Ramos, Data de Julgamento: 02/10/2018, Terceira Câmara de Direito Público)

“REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO. FORNECIMENTO E INSTALAÇÃO DE CABEAMENTO ESTRUTURADO. AUSÊNCIA DE CERTIFICAÇÃO DA ANATEL. APROVAÇÃO DE SOLUÇÃO TECNOLÓGICA VEDADA NO EDITAL. CONHECIMENTO. AUDIÊNCIA. ACOLHIMENTO DAS RAZÕES DE JUSTIFICATIVA EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO PONTO. REJEIÇÃO DAS DEMAIS RAZÕES, SEM APLICAÇÃO DE MULTA. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA. **O esclarecimento, pela Administração, de dúvida suscitada por licitante que importe na aceitação de propostas com exigências distintas das previstas no edital não supre a necessidade de republicação do instrumento convocatório** (art. 21, § 4º, da Lei 8.666/1993).” (Grifos Nossos) ([Acórdão 548/2016-Plenário](#))

“ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ALTERAÇÃO DO EDITAL. INEXISTÊNCIA DE PUBLICAÇÃO. ANULAÇÃO DO ATO DE HOMOLOGAÇÃO. I - Como um dos princípios regentes do procedimento licitatório, **o princípio da vinculação ao edital obriga não só os licitantes como também a Administração, com a devida observância ao tratamento isonômico entre os licitantes**, devendo o julgamento das propostas pautar-se exclusivamente nos critérios objetivos definidos no edital. II - **A alteração das características do produto, objeto da licitação, a implicar a modificação do seu aspecto, prejudicando, assim, a elaboração das propostas, aliada à inexistência de publicação de novo edital com a respectiva alteração, implica violação ao artigo 21, parágrafo 4º, da Lei n. 8.666/93, cujo texto estabelece que: "qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas."** III - Necessidade de nova publicação do edital, com as novas especificações do objeto licitado, a fim de permitir a habilitação de outros fabricantes do mesmo produto. IV - Apelação e remessa oficial desprovidas.” (Grifos Nossos) (TRF-1 - AMS: 17797 DF 2000.01.00.017797-6, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA

PRUDENTE, Data de Julgamento: 22/04/2002, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 20/11/2002 DJ p.89)

Está claro que a decisão do pregoeiro de alterar o objeto licitado mediante pedido de esclarecimento, sem republicar o edital compromete não só o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, mas também o princípio da isonomia e a legalidade estrita, já que foram contrariados os dispositivos legais aqui já citados.

Inclusive, **é possível observar diferença substancial entre os valores iniciais apresentados nas propostas dos licitantes concorrentes**, o que comprava que a alteração do objeto licitado sem a devida republicação induziu as licitantes a erro na formulação dos preços.

DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, requer a Recorrente:

- (a) O recebimento do presente recurso;
- (b) A imediata a suspensão do processo licitatório nº 73/2020, com a consequente adoção de medidas para que não se efetue e a contratação da empresa supostamente vencedora, em razão da ilegalidade patente praticada;
- (c) A anulação do certame por ilegalidade, na forma do art. 49 da Lei 8666/93 e do item 16.7 do Edital;
- (d) A republicação do Edital corrigindo-se as características do objeto licitado, bem como reabrindo prazo para apresentação das propostas.

Termos em que,

Pede deferimento

Belo Horizonte, 18 de maio de 2020

DocuSigned by:
Aline Lucinda de Carvalho
Aline L. Carvalho
CB748A3F15EB4F2...

OAB MG 105.513

PROCURAÇÃO

Pelo presente instrumento particular de mandato, **AMERICAN TOWER DO BRASIL – COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA LTDA.**, sociedade limitada, com sede na Rua Olimpíadas, n. 205 – 8º andar, conjunto 84, sala 07, Vila Olímpia, Município de São Paulo, Estado de São Paulo, CEP 04551-000, inscrita no CNPJ/MF sob o n. 30.552.887/0001-91 (“Outorgante”), neste ato representada na forma de seu Contrato Social pelos seus Diretores, o Sr. **FLAVIO GALVÃO LOPES CARDOSO**, brasileiro, casado, engenheiro, portador da Cédula de Identidade RG n. 11.000.340-8 SSP-SP, inscrito no CPF/MF sob o n. 001.548.897-76 e Sra. **MARIA CECILIA CALZA FANTINELLI**, brasileira, casada, economista, portadora da Cédula de Identidade RG n. 13.038.753-8 SSP/SP e inscrita no CPF/MF sob o n. 050.887.348-75, ambos residentes e domiciliados no município de São Paulo, Estado de São Paulo, com escritório na Rua Olimpíadas, n. 205 – 8º andar, Vila Olímpia, CEP 04551-000, nomeia e constitui sua bastante procuradora a Sra. **ALINE LUCINDA DE CARVALHO**, brasileira, solteira, advogada, inscrita no CPF/MF sob o n. 054.308.786-77 e registrada na Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Minas Gerais sob o n. 105.513, residente e domiciliada na Rua Sergipe, n. 1440, Bairro Savassi, CEP 30130-174, Cidade de Belo Horizonte, Estado de Minas Gerais (“Outorgada”); a quem confere, nos termos da Cláusula 10ª, item “d” e Parágrafo Único, do Contrato Social da Outorgante, poderes especiais para, isoladamente, representá-la em processos licitatórios, podendo a Outorgada assinar documentos aplicáveis e/ou relacionados a editais de licitação e seus respectivos adendos, incluindo, sem limitação, solicitações de esclarecimento e impugnação, documentos de representação e/ou habilitação, declarações, garantias, anexos, instrumentos, autorizações, bem como interpor recursos, manifestar-se quanto à desistência no processo e praticar demais atos inerentes ao certame.

Este instrumento não poderá ser substabelecido e terá prazo de validade de 12 (doze) meses a contar da data de sua assinatura, podendo ser revogado a qualquer momento pela Outorgante, em especial, na hipótese de rescisão do contrato de trabalho entre a Outorgante e a Outorgada, independentemente de qualquer notificação judicial ou extrajudicial.

São Paulo, 01 de agosto de 2019.

AMERICAN TOWER DO BRASIL – COMUNICAÇÃO MULTIMÍDIA LTDA.



Flavio Galvão Lopes Cardoso
Diretor Executivo



Maria Cecilia Calza Fantinelli
CFO - Diretora de Finanças Sênior



 **14º Tabelião de Notas de São Paulo**
Rua Antônio Bicudo, 64 | Pinheiros | CEP: 05418-010 | São Paulo/SP
Fone: (11) 3065.4500 | www.vampre.com.br

Reconheço por Semelhança a(s) firma(s) de:
FLAVIO GALVÃO LOPES CARDOSO, MARIA CECILIA CALZA FANTINELLI*****

São Paulo, 02 de Agosto de 2019. L.Seg 29/02/14.08:49:16h

R\$12,50 SELD(S) 521047AA0754194

Válido somente com selo de autenticidade

