

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO
SEÇÃO DE LICITAÇÕES

PROCESSO Nº 19.034/2022.

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 90023/2024.

ASSUNTO: ANÁLISE DE RECURSO – Itens 1 e 2.

RECORRENTE: OPERADORA JRC TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

I. DO RELATÓRIO

A Empresa OPERADORA JRC TELECOMUNICAÇÕES LTDA, inscrita no CNPJ sob nº 29.597.360/0001-02, manifestou tempestivamente a intenção de interpor recurso contra a decisão do Pregoeiro que habilitou as empresas IP COM COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE TELEFONIA LTDA, CNPJ 06.163.889/0001-04 e VIAX TECNOLOGIA LTDA, CNPJ 33.380.846/0001-53, no Pregão Eletrônico nº 90023/2024.

II – DAS RAZÕES

A empresa JRC apresentou tempestivamente as razões ao recurso, relatadas em síntese a seguir:

"O Edital do Pregão Eletrônico nº. 90023/2024 é categórico ao vedar a subcontratação do objeto principal, permitindo-a apenas para recursos de DDR, até o limite de 30% do valor total da contratação, vejamos:

Tal restrição não se trata de mera interpretação subjetiva, mas sim de uma diretriz clara e deliberada, que visa garantir que a execução dos serviços essenciais seja realizada diretamente pela empresa contratada, em conformidade com os princípios da moralidade, eficiência e isonomia que regem os processos licitatórios, conforme previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Ao restringir a subcontratação apenas para recursos de DDR, até o limite de 30% do valor total da contratação, o Edital reforça a impossibilidade de delegação de qualquer componente crítico da solução – com destaque para o data center, elemento fundamental e indissociável do sistema PABX.

A norma imposta pelo Edital é objetiva e não admite interpretações que flexibilizem sua aplicação. A execução do núcleo do objeto contratado é intransferível, de modo que a tentativa de delegá-lo a terceiros configura uma violação direta às regras licitatórias. Contudo, as Licitantes IP COM COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE TELEFONIA LTDA e VIAX TECNOLOGIA LTDA. desconsideram essa exigência ao subcontratarem o data center, que, reiteramos, constitui parte essencial do sistema de PABX.

E requer a INABILITAÇÃO DAS EMPRESAS IP COM COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE TELEFONIA LTDA e VIAX TECNOLOGIA LTDA., por não atendimento aos subitens 9.4.1.3 e 10.2 do Termo de Referência."

As razões do recurso da empresa OPERADORA JRC TELECOMUNICAÇÕES LTDA encontram-se disponíveis no sistema eletrônico de compras do governo federal (www.gov.br/compras).

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO
SEÇÃO DE LICITAÇÕES

III - DAS CONTRARRAZÕES

As empresas IP COM (a) e VIAX (b) apresentaram tempestivamente as razões ao recurso, relatadas em síntese a seguir:

(a) IP COM COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE TELEFONIA LTDA

(...)

"A IPCOM mantém plena conformidade com as exigências do edital, operando sua solução corporativa de PABX em nuvem por meio da infraestrutura da Amazon Web Services (AWS), uma das líderes mundiais no segmento de computação em nuvem. Conforme demonstrado nas imagens anexas, utilizamos os serviços da AWS desde outubro de 2021, evidenciando nossa experiência consolidada e a continuidade na utilização dessa plataforma para garantir a excelência na prestação do serviço contratado.

O edital não exige que os licitantes sejam proprietários diretos da infraestrutura do data center, mas sim que demonstrem capacidade técnica e operacional para prestar o serviço contratado com segurança e eficiência.

A AWS, reconhecida globalmente, atende rigorosamente a todos os requisitos técnicos necessários à execução do objeto da licitação, proporcionando alto nível de disponibilidade, escalabilidade e segurança.

O uso de serviços de data center de terceiros, como a AWS, não se configura como subcontratação do objeto principal, pois a execução do serviço é integralmente gerenciada pela IPCOM, sem qualquer delegação de responsabilidade operacional para terceiros. A AWS fornece infraestrutura como serviço (IaaS), o que é prática comum e essencial para empresas que atuam no segmento de telecomunicações e tecnologia da informação.

O próprio mercado de PABX em nuvem é baseado na utilização de infraestrutura em nuvem de terceiros, sendo esta uma característica intrínseca ao serviço. Exigir que as empresas possuam data centers próprios inviabilizaria a participação de diversos fornecedores qualificados, restringindo a competitividade do certame.

A Lei nº 14.133/2021 estabelece que a subcontratação parcial de serviços pode ser admitida, desde que autorizada no edital e limitada conforme as diretrizes contratuais. Esse entendimento já foi confirmado pelo Tribunal de Contas da União (TCU) em diversas decisões, destacando que a subcontratação parcial é permitida quando não for viável, sob a ótica técnico-econômica, a execução integral do objeto pela contratada, desde que haja autorização formal do contratante.

(...)

O estudo "Desafios da contratação de serviços em nuvem no setor público", publicado pelo Senado Federal, destaca que a adoção de modelos de computação em nuvem tem se tornado uma solução estratégica para órgãos públicos, reduzindo custos e garantindo maior eficiência operacional, sem a necessidade de possuir data centers próprios.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO
SEÇÃO DE LICITAÇÕES

(...)

A AWS é uma das plataformas mais seguras do mundo, com certificações internacionais que garantem proteção de dados e conformidade com normativas internacionais. O uso dessa infraestrutura pela IPCOM garante ao Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região um serviço de altíssima qualidade, com uptime superior a 99,9%, redundância geográfica e protocolos de segurança avançados.

(b) VIAX TECNOLOGIA LTDA

"A impugnação alega, equivocadamente, que a utilização de data center de terceiros caracterizaria subcontratação, o que afrontaria as disposições do edital e da Lei nº 14.133/2021. No entanto, tal premissa não se sustenta, visto que a infraestrutura de data center alugado representa um meio para a execução do objeto contratual, e não uma delegação de responsabilidade a terceiros.

A Lei nº 14.133/2021, em seu artigo 72, dispõe que a subcontratação deve ser expressamente prevista no edital e no contrato, sendo permitida apenas quando envolver parte da execução do objeto e desde que observados os limites estabelecidos. No caso em questão, a empresa contratada continua sendo a responsável integral pela prestação do serviço, apenas utilizando infraestrutura de terceiros como meio para sua execução, o que não se configura como subcontratação.

Além disso, o artigo 6º, inciso L, define que a subcontratação ocorre quando há transferência da execução de uma parte do objeto para terceiros, o que não é o caso, uma vez que a gestão, controle e operacionalização dos serviços continuam sob responsabilidade direta da empresa contratada.

O artigo 92 da mesma lei reforça a necessidade de observância estrita às condições do edital. No entanto, o edital não veda expressamente o uso de infraestrutura de terceiros, apenas restringe a subcontratação do serviço essencial, o que não se aplica à presente situação.

(...)

A locação de data center equivale à contratação de infraestrutura, como energia elétrica, serviços de telecomunicações ou aluguel de imóveis, elementos essenciais para viabilizar a execução do contrato, mas que não transferem a responsabilidade da execução para terceiros.

A subcontratação ocorre quando a execução do objeto contratual é delegada a terceiros, o que não ocorre na presente situação, pois a gestão dos sistemas e a prestação dos serviços contratados são integralmente de responsabilidade da empresa contratada.

(...)

A empresa contratada mantém total controle sobre os serviços, atuando na gestão dos sistemas e na implementação das soluções contratadas.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO
SEÇÃO DE LICITAÇÕES

Os servidores, aplicativos e configurações permanecem sob administração da empresa contratada; Não há delegação de funções estratégicas a terceiros; A responsabilidade pelo cumprimento do contrato permanece integralmente com a empresa contratada, não havendo risco de prejuízo à Administração Pública.

Tais elementos evidenciam que o aluguel do data center não afeta a execução contratual, mas apenas viabiliza a prestação do serviço conforme exigido pelo edital.

Em relação à exigência editalícia, observa-se que não há proibição expressa quanto à utilização de infraestrutura de terceiros para a execução do objeto. Ademais, a própria Administração Pública, em várias licitações, permite a contratação de serviços em nuvem e hospedagem terceirizada, desde que a responsabilidade permaneça com a empresa contratada, como ocorre no presente caso.

As contrarrazões das empresas IP COM COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE TELEFONIA LTDA e VIAX TECNOLOGIA LTDA encontram-se disponíveis no sistema eletrônico de compras do governo federal (www.gov.br/compras).

IV - DA ANÁLISE

1 - DA ADMISSIBILIDADE

A manifestação de interpor recurso no Pregão Eletrônico deve ocorrer de forma imediata, em campo próprio do sistema, após o Pregoeiro declarar a aceitação da proposta ou habilitar a empresa detentora do menor preço. Conforme registrado no Termo de Julgamento (Ata de Realização do Pregão) a empresa recorrente manifestou-se pela apresentação de recurso em tempo oportuno

Dessa forma, eis que presentes os pressupostos legais de admissibilidade recursal e de tempestividade, de acordo com o art. 165, § 1º, inciso I da Lei nº 14.133/2021.

2 - DO MÉRITO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade de interposição de recurso, quais sejam legitimidade, possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir, tempestividade e inconformismo da empresa insurgente, este Pregoeiro tomou conhecimento, para à luz dos preceitos legais e das normas editalícias que regem a matéria analisar os fundamentos expendidos pela recorrente.

Importante ressaltar que o processo em questão foi devidamente remetido ao parecer jurídico deste Tribunal, que apreciou e aprovou a minuta do Edital (Estudos Técnicos Preliminares e Termo de Referência) em atendimento ao art. 53 da Lei 14.133/2021.

Assim, passa-se a discorrer acerca dos apontamentos levantados pela recorrente.

Alega a empresa recorrente, em síntese, que para efetiva prestação dos serviços, as empresas IP COM COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE TELEFONIA LTDA e VIAX TECNOLOGIA LTDA deverão subcontratar parcela essencial dos serviços, posto que não possuem *datacenter*, conforme exigido no item 3.1 do Anexo I do Termo de Referência.

Por conseguinte, correlacionamos a íntegra do dispositivo contido no Termo de Referência (anexo ao edital) elaborado pela área técnica requisitante dos serviços:

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

3.1. A CONTRATADA deve possuir pelo menos um datacenter localizado em território nacional, sem prejuízo de datacenters redundantes em outras localidades pelo mundo.

Inicialmente, mostra-se imperioso lembrar que o processo de contratação pública deve harmonizar diversos interesses, dentre os quais os princípios da isonomia e da ampla participação no certame. Logo, qualquer exigência superlativa ao objeto precisa se submeter aos princípios correlacionados.

Em sendo assim, é sabido que a Administração deve tratar a todos licitantes sem favoritismo, tampouco pode atribuir benefícios em detrimentos de alguns ou prestar aos interesses de outros ou de grupos de qualquer espécie.

De todo modo, a definição das exigências acerca do objeto a ser licitado constitui-se numa vontade discricionária do Administrador que comporá, segundo as suas necessidades, utilidades, qualidades, operacionalidade, funcionabilidade, economicidade, dentre outros, enfim identificará e escolherá as exigências que melhor atendam aos interesses e conveniência da Administração.

De outa parte, a escolha feita pela Administração Pública não pode ser arbitrária, ao contrário, deve ser motivada. Em suma, a licitação exige, necessariamente, algum tipo de restrição, pois, no momento em que se definem as exigências do Edital, afasta-se a possibilidade de participação daqueles que não as detêm. O que não se admite, e assim prevê tanto o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal como o art. 9º, inciso I da Lei nº 14.133/2021, é o estabelecimento de exigências que restrinjam o caráter competitivo das licitações em razão de circunstância impertinente ou irrelevante para a aquisição objeto do certame.

Deve-se avivar que um dos princípios mais importantes da Administração Pública é o da eficiência, e um dos meios para perfazer o mesmo é buscar proposta mais vantajosa por meio das contratações norteadas pela Lei Geral de Licitações, em regra, com economicidade, onde por vezes o uso da discricionariedade se faz necessário.

A respeito da economicidade e da discricionariedade por parte da Administração, Marçal Justen Filho ensina que: (FILHO, Marçal Justen. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Dialética, 2009, p. 63.)

"Economicidade significa o dever de eficiência. A economicidade impõe adoção da solução mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo-benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão-de-obra etc."

"Como regra, a seleção da alternativa far-se-á em face dos benefícios potenciais de natureza econômica e dos riscos envolvidos. Quanto maiores os benefícios econômicos que poderão advir de uma certa solução, tanto mais intenso será o dever de adotá-la."

"O legislador não se encontra em condições de definir, de antemão, a solução mais adequada em face da economicidade. Há escolhas que somente poderão ser adotadas no caso concreto, tendo em vista as circunstâncias específicas, variáveis em face das peculiaridades. Por isso, a lei remete a escolha ao administrador, atribuindo-lhe margem de liberdade que permita a satisfação do princípio da economicidade. Concede-se liberdade ao agente administrativo precisamente para assegurar que opte pela melhor solução possível, em face do caso concreto".

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO

SEÇÃO DE LICITAÇÕES

Vale salientar que um dos objetivos das licitações públicas é assegurar a todos os licitantes igualdade de condições, consolidando assim o princípio constitucional da isonomia. Porém, para consecução desse objetivo deve se observar que a finalidade da Licitação é selecionar proposta mais vantajosa para o interesse da Administração Pública, logo da coletividade, e se da coletividade, deve sobrepor aos interesses privados, pois se trata de bem comum, social, coletivo. Assim, o princípio da vantajosidade para a Administração Pública na licitação em tela deve prevalecer.

A licitação é o instrumento de seleção que a Administração Pública se utiliza, objetivando obter a proposta mais vantajosa aos seus interesses, é certo que o sentido de "vantajosa" não é sinônimo de mais econômica financeiramente, já que, a licitação busca selecionar o contratante e a proposta que apresentem as melhores condições para atender a reclamos do interesse coletivo.

O Administrador ao objetivar uma contratação, obriga-se como regra geral, a se submeter à Lei de Licitações e ao seu substrato legal de forma vinculativa no que for peculiar e enquadrável ao objeto licitado. Assim, a elaboração do instrumento convocatório extrairá da norma licitatória, as disposições que o regerão, adequando e adaptando ao objeto licitado, tendo a lei deixado espaço para que a Administração Pública utilize-se do Poder Discricionário à composição de seu objeto e exigências, consoante os princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade.

É o juízo discricionário do Administrador que determina as especificações das exigências, de modo a extrair as melhores condições de sua utilização para adequar-se as suas realidades, sempre pautadas na razoabilidade e proporcionalidade dos meios aos fins, pois quando a lei confere ao agente público competência discricionária, isso significa que atribuiu ao agente o dever/poder de escolher a melhor conduta, dentre um universo de condutas possíveis, para a plena satisfação do interesse público, sendo a busca deste interesse que pautou as exigências contidas no Edital e no Termo de Referência do certame em questão.

Dessa forma, para embasar o interesse público e a gestão dos recursos com responsabilidade e eficiência é que na fase preparatória do certame haviam sido observadas as condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a prestação dos serviços objeto do certame e o atendimento das necessidades da administração.

Destarte, a vinculação ao instrumento convocatório é um dos princípios explícitos trazidos na Lei nº 14.133/2021 e, conforme a brilhante lição do i. Professor José dos Santos Carvalho Filho: (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. - 32ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018, págs. 253/254)

"A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque a violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa.

Sabe-se que no tocante ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o edital é a lei interna da licitação, como ensina o ilustre doutrinador Hely Lopes Meireles:

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO
SEÇÃO DE LICITAÇÕES

"A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse o documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu".

Lado outro, se consideramos que a empresa recorrente não concorda com as disposições do edital, não é este o momento para discutir o regramento do instrumento convocatório, deveria ter entrado com pedido de impugnação do edital no devido tempo. Há que se ressaltar que não houve qualquer manifestação ou registro efetuado pela empresa recorrente com intuito de impugnar este Edital.

Além de disso tudo, as empresas interessadas em participar do certame que entendem existir qualquer irregularidade no instrumento convocatório devem fazer a impugnação ao edital no momento oportuno, pois aquela que participa de um processo licitatório adere ao edital de abertura em todos os seus termos, ou seja, se a recorrente não concorda com os termos do edital, deveria ter versado as questões na impugnação, porque agora ficaram preclusas.

Nesse sentido, assim decidiu o Tribunal Regional Federal da Primeira Região in Jacoby (2006, p.659):

"data vênia, a insatisfação deveria ter sido posta não quando a comissão permanente de licitação inabilitou a impetrante por não ter cumprido a alínea prefalada, mas, ao revés, deveria ter sido atacada a regra editalícia assim que o edital fora dado a conhecimento. Em se permitindo que uma vez vencido o estágio de impugnação do edital, pudesse o concorrente insurgir-se contra suas estipulações, em fases subseqüentes, por entender que o referido não estaria suficientemente a contento de seus interesses, acabar-se-ia por prolongar a análise de períodos estanques do procedimento licitatório, gerando insegurança jurídica e situações fáticas instáveis onde não se saberia com quem deveria contratar. O instituto da preclusão deve, na seara do concurso licitatório, pronunciar-se, de modo que impeça, como no caso vertente, que a Administração posicione-se em situação inconstante, sem uma certeza a quem adjudicar o objeto do certame." (TRF/1ª R. in JACOBY, Vade-Mécum de Licitações e Contratos, 2006, p. 659)".

De qualquer forma, não se pode ignorar que é vedado à Administração e aos licitantes o descumprimento das regras do instrumento convocatório, deixando de considerar o que nele se exige. Na hipótese de o licitante descumprir regra do edital, deve dar-se a sua desclassificação, como, de resto, impõe o art. 59, V, da NLLC.

Por todo o exposto, concluo que os argumentos trazidos pela RECORRENTE em sua peça recursal mostraram-se SUFICIENTES para reformar a decisão que habilitou as empresas IP COM COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE TELEFONIA LTDA, CNPJ 06.163.889/0001-04 e VIAX TECNOLOGIA LTDA, CNPJ 33.380.846/0001-53, vencedoras dos itens 1 e 2 do PE 90023/2024.

V - DA DECISÃO

Diante dos fatos apresentados e da análise realizada, este Pregoeiro, no uso de suas atribuições prescritas na Lei nº 14.133/2021, tem a informar a todos interessados que:

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24ª REGIÃO
SEÇÃO DE LICITAÇÕES

a) o recurso apresentado pela empresa OPERADORA JRC TELECOMUNICAÇÕES LTDA, CNPJ nº 29.597.360/0001-02, por atender os pressupostos de admissibilidade, merece ser conhecido;

b) no mérito, julgá-lo PROCEDENTE, promovendo a desclassificação das propostas das empresas IP COM COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS DE TELEFONIA LTDA, CNPJ 06.163.889/0001-04 e VIAX TECNOLOGIA LTDA, CNPJ 33.380.846/0001-53, pelos motivos acima expostos;

c) a sessão pública do Pregão Eletrônico nº 90023/2024, UASG 080026, retornará à fase de aceitabilidade de proposta, que fica marcada para o dia 24-2-2025 (segunda-feira), às 15h30min (horário de Brasília - DF).

Campo Grande - MS, 21 de fevereiro de 2025.

CARLOS ALBERTO BARLERA COUTINHO
PREGOEIRO