



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



03-04-13

SEB

=====
Processo: TC-0000214.989.13-9
Representante: Hello Brazil Telecomunicações Ltda.
Representado: Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo
Assunto: Exame prévio de edital do pregão presencial nº 31/12, que tem por finalidade a *“contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de telecomunicações - autorizada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) - por meio de transmissão de voz e de outros sinais, visando à prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), mensal e continuado, contemplando as ligações do tipo Fixo-Fixo e Fixo-Móvel: Local, de Longa Distância Nacional Intra-Regional, de longa Distância Nacional Inter-Regional e de Longa Distância Internacional por meio de acessos digitais bidirecionais, Feixe EI - 2M13, a partir da central privada de PABX, com 1450 (um mil, quatrocentos e cinquenta) ramais DDR - para as chamadas originadas nas dependências do Palácio 9 de Julho, sob o regime de empreitada por preço unitário, consoante especificações e condições estabelecidas no Memorial Descritivo (Anexo III), na minuta de Proposta Comercial (Anexo IV) e na minuta de Instrumento de Contrato (Anexo V), que integram o presente Edital”*.
Subscritor do edital: Luis Henrique Simão Godeghesi (Pregoeiro Suplente)
Advogado: não há advogado cadastrado no e-TCESP
=====

1. RELATÓRIO

1.1 Trata-se do **exame prévio do edital** do pregão presencial nº 31/12, elaborado pela **ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, que tem por finalidade a *“contratação de empresa especializada para a prestação de serviços de telecomunicações - autorizada pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) - por meio de transmissão de voz e de outros sinais, visando à prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), mensal e continuado, contemplando as ligações do tipo Fixo-Fixo e Fixo-Móvel: Local, de Longa Distância Nacional*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



Intra-Regional, de longa Distância Nacional Inter-Regional e de Longa Distância Internacional por meio de acessos digitais bidirecionais, Feixe El - 2M13, a partir da central privada de PABX, com 1450 (um mil, quatrocentos e cinquenta) ramais DDR - para as chamadas originadas nas dependências do Palácio 9 de Julho, sob o regime de empreitada por preço unitário, consoante especificações e condições estabelecidas no Memorial Descritivo (Anexo III), na minuta de Proposta Comercial (Anexo IV) e na minuta de Instrumento de Contrato (Anexo V), que integram o presente Edital”.

1.2 A análise circunscreve-se à queixa apresentada pela **HELLO BRAZIL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, segundo a qual, em síntese, o *item 4.4 do Anexo III – Memorial Descritivo* prevê que, para os serviços relativos ao 0800772-5377 – C.A.C Central de Atendimento ao Cidadão, a “*última milha*¹ *deverá ser da própria Contratada ou do mesmo grupo da Contratada em fibra óptica*”, o que limitaria a livre concorrência e privilegiaria um número diminuto de licitantes, posto que somente as Concessionárias possuem “*o aporte e a estrutura do meio físico*” necessários para o atendimento deste quesito.

Segundo alegou, se a Administração tem a pretensão de contratar empresa de telefonia que possua a licença STFC junto à Anatel, para que possa receber e efetuar as chamadas do tipo FIXO-FIXO e FIXO-MÓVEL, ela própria conta com gabarito e *know-how* suficientes para participar do certame, tanto é assim que é a atual prestadora de serviços de telefonia junto à Assembleia desde agosto/12, cujo contrato vem sendo cumprido a contento; por sinal, o presente certame engloba alguns serviços idênticos aos que já constam do contrato ainda vigente, conforme demonstrou documento anexado.

Destacou, ademais, que as previsões do item 4.4² e dos itens 4.5³ e 4.8.1⁴ do referido Anexo, ao exigir que a “*última milha*” seja da

¹ Segundo esclarecimentos da própria Administração, refere-se à “distância a ser percorrida pelo cabeamento para sair da empresa prestadora do serviço de telefonia até o PABX da contratante”.

² 4.4. - A última milha deverá ser da própria Contratada ou do mesmo grupo da Contratada e em fibra óptica;

³ 4.5 - Admitir-se-á que a CONTRATADA instale e realize equipamentos através de empresas terceirizadas.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



própria Contratada para, em seguida, permitir a sua instalação e manutenção por terceiros, é, no mínimo, contraditório.

Informou, por fim, que, diante das contradições e restrições ilegais indicadas, impugnou o edital junto à própria Assembleia no dia 27-02-13, não obtendo, no entanto, qualquer resposta.

1.3 Por vislumbrar indícios concretos de restrição à ampla participação de interessados, determinei, com fundamento no artigo 113, § 2º, da Lei nº 8.666/93, a paralisação do certame, despacho este já **referendado** em sessão Plenária de 06-03-13.

Na oportunidade da concessão da medida liminar, entendi oportuno que a Administração também esclarecesse o fato de o ato convocatório —instrumento de expressão da vontade da Administração na perseguição de determinado interesse público— ter sido **subscrito pelo próprio pregoeiro**, considerando que as suas atribuições limitam-se, à luz da lei de regência, ao âmbito da fase externa da licitação.

1.4 Em **razões de defesa**, a Administração esclareceu, primeiramente, que tem a pretensão de aglutinar, parcialmente, no objeto do pregão presencial nº 31/12, ora impugnado, os serviços de telefonia da ALESP, considerando serem correlacionados e de natureza continuada.

A Representante é uma das 3 (três) atuais prestadoras dos serviços de telefonia, cujo contrato diz respeito única e especificamente às *“ligações de fixo para móvel, ou seja, às ligações do tipo VC1”*, cujo contrato foi firmado em 16-08-10, e prorrogado por 6 meses, com cláusula resolutiva, em decorrência da impossibilidade de seu objeto ser absorvido por quaisquer dos 2 outros contratos de telefonia vigentes, que dizem respeito, respectivamente, às (i) linhas diretas e (ii) ao tronco-chave, por conta da limitação do art. 65, §1º, da Lei nº 8.666/93, uma vez que

⁴ 4.8 - A Contratada deverá, obrigatoriamente, fornecer o detalhamento por ramal de todas as ligações efetuadas (bilhetagem, descontos, serviços) sob a forma eletrônica, permitindo sua fácil exportação para sistemas informatizados (banco de dados e/ou planilhas eletrônicas). Em caso de fornecimento do detalhamento em arquivos no formato "txt", este deve ser, preferencialmente, no padrão FEBRABAN - layout de conta única, 2007, devendo a versão (3 ou mais atualizada) estar devidamente identificada quando da entrega.

4.8.1 - A Contratada poderá terceirizar os serviços de gestão de tarifação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



implicaria em acréscimo em patamar superior a 25% do valor dessas avenças.

Frisou, portanto, que a prorrogação contratual *“decorreu do propósito de permitir o equacionamento/interligação dos prazos de execução de todos os contratos de telefonia objetivando inseri-los em escopo único de uma futura licitação, ora materializada na licitação em análise, que engloba o objeto (i) do contrato com a empresa Representante, (ii) do tronco-chave da ALESP e (iii) do contrato das linhas diretas (parcial), com inquestionáveis ganhos de escala e de otimização (maior efetividade) na fiscalização dos referidos serviços”*.

Informou, ademais, que durante a execução contratual foram emitidos 6 (seis) relatórios de ocorrência, em razão da inadequação da qualidade dos serviços prestados pela Representante, o que ensejou a expedição de 8 (oito) ofícios, consoante relacionado, bem como a aplicação da pena de advertência, nos termos da publicação feita no DOE de 14-07-11.

Por fim, esclareceu não ter havido tempo hábil para responder a impugnação no âmbito administrativo, haja vista ter sido protocolada praticamente em concomitância com a representação interposta junto a este Tribunal.

Quanto ao aspecto técnico, explicou que a Representante presta, atualmente, o serviço por meio de uma *“interface celular”*, modalidade esta que não mais será permitida, em razão da grande melhoria dos índices de qualidade visados, bem como da expressiva redução de custos que se pretende obter com a prestação dos serviços por meio de cabos de fibra ótica⁵.

Some-se a isto o fato de que a *“exigência da última milha vinculada à própria empresa contratada - inovação introduzida na presente licitação - proporcionará maior garantia de atendimento às*

⁵ • Não sofrem com as interferências elétricas nem magnéticas, além de dificultar um possível grampeamento;

- A comunicação é mais confiável, pois tem menores probabilidades de apresentarem falhas;
- Ao contrário dos fios metálicos, os fios de vidro não enferrujam, não oxidam e não sofrem com a ação de agentes químicos;
- Tem maior capacidade para transportar informações;
- A matéria prima para a sua fabricação, a sílica, é muito mais abundante que os metais e possui baixo custo de produção.

Fonte: <http://www.brasi1escola.com/fisica/fibra-optica.htm>, por Marco Aurélio da Silva, com modificações.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



metas de nível de serviço (os chamados ANS - Acordos de Nível de Serviço ou, do inglês, SLA - Service Level Agreement)”, protocolos estes que buscam reduzir o tempo de resposta a eventuais ocorrências que interfiram na qualidade da prestação dos serviços.

De fato, “a abertura de chamado técnico junto ao prestador de serviços de telefonia pode gerar, por sua vez - quando a última milha não for própria -, a abertura de outro chamado dirigido ao fornecedor desta conexão, e que se mostra estranho à relação contratual anterior. Os tempos de atendimento se somam, por vezes dobrando ou triplicando até a solução. Quando a última milha é oferecida pela contratada por meio de empresa por ela terceirizada, ou seja, quarterizada em relação à tomada final do serviço (a ALESP) (modelo atual), verifica-se, na prática, além da menor qualidade da prestação do serviço, uma limitação ao poder fiscalizatório da Administração, posto que os níveis de serviço acordados são rotineiramente descumpridos, em razão de supostas falhas imputadas a terceiros (entenda-se, quarterizados), que não fazem parte da relação contratual”.

No novo modelo visado, “a própria empresa ofertante do serviço garantirá todo o percurso em que trafegará as ligações, do PABX da ALESP à Central Pública, o que se afigura perfeitamente lógico, na medida em que tal escopo encerra a essência e a PRÓPRIA ATIVIDADE-FIM da empresa atuante nesta área”.

Informou, ademais, que 4 (quatro) empresas se interessaram em participar da disputa —OI, TELEFÔNICA, EMBRATEL E INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA., sendo que esta última nem mesmo é Concessionária.

Demonstrou, ademais, que os subitens 4.4, 4.5 e 4.8.1 tratam de serviços de natureza completamente distintos entre si, posto que o primeiro diz respeito à atividade-fim da contratada e os dois últimos, a serviços secundários, relativos à atividade-meio, não havendo óbice, portanto, que sejam quarterizados.

Por fim, indicou que a subscrição do edital pelo pregoeiro conta com o amparo do “art. 8º, I do Regulamento Interno do pregão presencial da Assembleia Legislativa, aprovado por meio do Ato nº 02/2004, da Egrégia Mesa, com as alterações do Ato nº 20/2005, o que não afasta ou mitiga a atribuição da E. Mesa Diretora”.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



1.5 A DD. **Procuradoria da Fazenda do Estado**, acolhendo *in totum* as justificativas apresentadas pela Administração, opinou pela improcedência dos aspectos suscitados na Representação.

1.6 Foi esta a conclusão a que também chegou o DD. **Ministério Público de Contas**, valendo-se, para tanto, da análise técnica previamente promovida pela **Unidade de Engenharia da Assessoria Técnica**, corroborada pela sua I. Chefia, sem prejuízo, no entanto, de sugerir que se promova análise *“mais detalhada da matéria em momento futuro, por ocasião da fiscalização ordinária deste Tribunal, caso eventualmente seja celebrado o respectivo contrato, razão pela qual se recomenda à Origem que, se assim entender, que reavalie a real necessidade de que a última milha deva ser da própria Contratada ou do mesmo grupo da Contratada, de modo a preservar a competitividade do certame e vantajosidade da contratação”*.

Acolheu, no mais, a exemplo da ATJ, o fundamento indicado para que o edital seja subscrito pelo pregoeiro.

1.7 Não dissentiu deste posicionamento a D. **Secretaria Diretoria Geral**, para quem ficou explicada tanto a necessidade de adoção de solução tecnológica diversa da que é hoje utilizada, não lhe parecendo, por isto, manifestamente restritiva, bem como a ausência de conflito entre as previsões indicadas nos itens 4.5 e 4.8.1, mesmo porque apenas autorizam a terceirização de alguns serviços, ampliando a possibilidade de participação; no mais, acolheu a justificativa apresentada quanto à subscrição do edital pelo próprio pregoeiro.

2. VOTO

2.1 A Administração, tendo em vista a contratação de empresa especializada na prestação de Serviço Telefônico Fixo Comutado (STFC), contemplando as ligações do tipo FIXO-FIXO e FIXO-MÓVEL, a partir de uma central privada de PABX, fixou no edital que a *“última milha”* (ou seja, o meio físico, o ponto de conexão entre a Administração e a rede externa), obrigatoriamente em fibra ótica, deve ser da própria contratada ou do mesmo grupo, o que, segundo queixa do representante, alijaria do



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



certame empresas especializadas no ramo de telefonia regularmente licenciadas junto à ANATEL, mas que não possuem tal estrutura física, de propriedade somente das Concessionárias.

2.2 É importante registrar, preliminarmente, que o foco da discussão não recaiu sobre o exercício da competência discricionária da Administração quanto à adoção de solução tecnológica que, segundo crê, motivadamente, melhor deverá atender o interesse público almejado.

O que se buscou averiguar, em sede de exame prévio do edital, foi a possível existência de aspecto potencialmente restritivo à ampla participação de interessados, ainda que aptos, estariam injustificadamente aliados da corrida licitatória.

No caso, a Administração logrou bem justificar, sob o aspecto técnico, as razões pelas quais reclamou, na disputa que pretende realizar, que a prestação dos serviços pretendidos seja feita por meio de cabos de fibra ótica, em que a “última milha” seja da própria contratada.

Também informou sobre a existência de potenciais interessadas aptas, em tese, a atender as condições mínimas fixadas no edital, dando notícia até mesmo sobre o interesse em participar da disputa de ao menos 4 (quatro) licitantes existentes do mercado de telecomunicações —OI, TELEFÔNICA, EMBRATEL e INTELIG TELECOMUNICAÇÕES LTDA.

2.3 Por fim, também eu considero que ficou esclarecido que a prescrição do item 4.4 — de que a última milha deverá ser da própria Contratada ou do mesmo grupo da Contratada e em fibra ótica, atividade-fim que se pretende contratar— não se confunde com o disposto nos itens 4.5 e 4.8.1, que tratam, respectivamente, da possibilidade de terceirização de serviços secundários (instalação de equipamentos e serviços de gestão de tarifação).

2.4 Quanto à questão da subscrição do edital pelo pregoeiro, acompanho as reiteradas decisões prolatadas por este E. Plenário, a exemplo do TC-038482/026/10⁶, bem como os TCs-0001077/007/10,

⁶ Sessão Plenária de 24-11-10, Relator o E. Conselheiro ANTONIO ROQUE CITADINI.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



1595/010/10 e TC-000250.989.12-6⁷, abaixo transcrito, de que tal comportamento não conta com o amparo da norma legal incidente (Lei nº 10.520/02), bem como vai de encontro ao próprio princípio da segregação de funções, não havendo, portanto, como acolhê-lo por conta da alegada previsão contida em regimento interno.

A subscrição do edital pelo próprio pregoeiro merece crítica, porque em descompasso com a lei de regência, refletida na jurisprudência pacífica deste Tribunal, de que é exemplo o decidido nos autos dos TCs-1077/007/10 e 1595/010/10, de minha relatoria, na sessão deste Plenário de 08-12-2010.

Acolho, no mais, o parecer da digna SDG, no que toca à limitação das responsabilidades conferidas ao pregoeiro, à luz da Lei n. 10.520/02.

A ele é reservada a tarefa de bem conduzir a sessão pública, submetendo-se, para tanto, aos princípios e normas legais, bem como aos termos e condições estipuladas no ato convocatório — expressão máxima da vontade da Administração, consoante o interesse público visado.

Por isso que a subscrição do edital compete à autoridade superior e não ao pregoeiro; é a ela, por força do comando do artigo 3º, I, da Lei n. 10.520/02, que cabe justificar a necessidade da contratação, definir o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato.

Pelo mesmo motivo compete-lhe responder a eventuais pedidos de esclarecimento e impugnações, já que toda e qualquer resposta ou decisão vincula as partes envolvidas no certame.

Ao pregoeiro — servidor indicado pela própria autoridade superior — cabe a condução da sessão pública, cuja atuação inclui, “dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor”, caso não haja manifestação quanto à interposição de recurso.

Isto não impede, a toda evidência, que o pregoeiro venha a promover necessárias diligências após o término da sessão pública, por conta da ocorrência de fato superveniente, ou que se manifeste nos autos por conta de eventual interposição de recursos, previamente à análise da autoridade competente.

*O entendimento quanto à impropriedade de o pregoeiro responsabilizar-se pela análise e julgamento de impugnações, por afronta à lei de regência, foi acolhido pelo E. Plenário, em sessão de 24-11-10, nos autos do TC-038.483/026/10, de relatoria do E. **CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI:***

CONQUANTO ISTO, RESSALTOU MUITO BEM A SDG, HAVER IMPROPRIEDADE NO EDITAL QUANDO ATRIBUI AO

⁷ Sessões Plenárias de 08-12-10 e de 28-03-12, respectivamente, Relator o E. Conselheiro CLÁUDIO FERRAZ DE ALVARENGA



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo



PREGOEIRO A ANÁLISE E JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÕES, PORQUE ISTO AFRONTA DISPOSITIVO DA LEI DO PREGÃO – A LEI FEDERAL Nº 10.520/02. COMO A ERRÔNEA DISPOSIÇÃO EDITALÍCIA TEM RESPALDO EM DECRETO MUNICIPAL, IMPÕE, ESTE FATO, QUE O SENHOR PREFEITO ADOTE PROVIDÊNCIAS NÃO SÓ PARA RETIFICAR O EDITAL, MAS TAMBÉM PARA MODIFICAR O DECRETO MUNICIPAL Nº 7.370/05, DE MODO A COMPATIBILIZÁ-LO COM OS DISPOSITIVOS DA LEI FEDERAL INSTITUIDORA DO PREGÃO, A LEI Nº 10.520/02.

2.5 Posto isto, circunscrito estritamente às questões analisadas, considero improcedentes as impugnações ora suscitadas.

Casso a liminar concedida e libero a Administração para, querendo, dar seguimento ao certame, sem prejuízo da advertência —a exemplo do decidido nos autos do TC-000620.989.12-9, Sessão Plenária de 27-06-12— de que, doravante, cuide de observar atentamente os limites delineados pela Lei nº 10.520/02 e a jurisprudência pacífica desta Corte de Contas, segundo as quais o ato convocatório deve ser subscrito pela autoridade competente e não pelo pregoeiro, devendo o Regimento Interno se conformar à norma legal incidente.

2.6 Por fim, concluídas as anotações de estilo, com inserção na jurisprudência inclusive, encaminhem-se os autos à Unidade da Fiscalização competente para subsidiar a instrução de eventual ajuste que venha a ser formalizado ou quando da fiscalização ordinária, retornando após as providências de mister.

Transitada em julgado a decisão, arquivem-se os autos eletronicamente.

Sala das Sessões, 3 de abril de 2013.

SIDNEY ESTANISLAU BERALDO
CONSELHEIRO