

PREGÃO ELETRÔNICO N° 001/2024

PROCESSO N° 001/20024

CONTRATANTE: CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL ALIANÇA PARA A SAÚDE

IMPUGNANTE: CLARO S.A.

DECISÃO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

CLARO S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 40.432.544/0001-47, localizada na rua Henri Dunant, nº 780, torres A e B, bairro Santo Amaro, São Paulo/SP, CEP 04.709-110, por meio de seu procurador, constituído, apresentou em 07/03/2024, **IMPUGNAÇÃO** ao Pregão Eletrônico nº 001/2024.

I – DA ADMISSIBILIDADE DA IMPUGNAÇÃO

A impugnação foi apresentada tempestivamente, no dia 7 de março de 2024, observando o formato legal e as previsões editalícias, tendo sido proposta por pessoa jurídica interessada, com representação.

Portanto, reconhece-se a admissibilidade do expediente e passa-se a analisá-lo, no mérito.

II – DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

II.I – DO LOTE EXCLUSIVO À MICROEMPRESA OU EMPRESA DE PEQUENO PORTE – ART. 47, DA LEI COMPLEMENTAR 123, DE 2006

Alude a impugnante que a disposição editalícia de participação exclusiva para beneficiários da Lei Complementar 123/2006 não merece prosperar em virtude de os serviços licitados serem oferecidos por prestadoras de serviços de telecomunicações, não se equiparando, deduz-se, na capacidade de fornecimento, em relação às microempresas e empresas de pequeno porte.

A impugnante Claro S.A. soma à assertiva de que “*são grandes grupos e não se equiparam às microempresas ou empresas de pequeno porte*” a de que “*será possível a oferta de propostas mais **agressivas e vantajosas** para a Administração*”

No entanto, de forma diametralmente oposta ao argumento apresentado pela impugnante, o intuito da LC 123/2006 é justamente promover o desenvolvimento econômico e social e incentivo à inovação tecnológica das ME e EPP, como é expresso no seu art. 47, vejamos:

LEI COMPLEMENTAR Nº 123, DE 2006

Art. 47. *Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido **tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.***

Parágrafo único. *No que diz respeito às compras públicas, enquanto não sobrevier legislação estadual, municipal ou regulamento específico de cada órgão mais favorável à microempresa e empresa de pequeno porte, aplica-se a legislação federal.*

Depreende-se da situação apresentada que a impugnante não se atentou ao fato de que o “**item 1**” do **descritivo dos itens**, encontrado no **anexo I do edital nº 001/2024**, não descreve a prestação de um serviço cabível somente às grandes empresas de telecomunicação, **descreve apenas as acerca de aparelhos telefônicos celulares que serão objeto de aquisição por este Consórcio.**

Nesse sentido, é de conhecimento geral que o fornecimento de aparelhos telefônicos celulares é uma demanda plenamente exequível por microempresas e empresas de pequeno porte e, uma vez que o produto (quantidade x preço médio unitário estimado) resulta numa contratação cujo

valor é **inferior a R\$80.000,00 (oitenta mil reais)**, impõe-se “o cumprimento do art. 47”, nos termos do art. 48, I, da LC 123/2006.

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública:

I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

Sendo assim, em detrimento da posição impugnante de que a Claro S.A. e as demais grandes empresas detêm maior experiência e qualificação para a prestação de serviço, convém ressaltar que este Consórcio recebeu **OITO orçamentos de microempresas e empresas de pequeno porte e apenas UM orçamento de empresa grande.**

Portanto, conclui-se que o tratamento diferenciado não será desvantajoso para a Administração ou sequer frustrará a licitação, além de ser uma exigência legal.

Desta forma, não se vislumbra procedência no pedido de reforma do item 1, mantendo-se o tratamento diferenciado para as microempresas e empresas de pequeno porte, nos termos dos **artigos 47 e 48, da LC 123/2006** e **art. 4º, caput, da Lei 14.133/2001.**

II.II - DA EXIGUIDADE DO PRAZO PARA INÍCIO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – DA AUSÊNCIA DE RISCO A EXEQUIBILIDADE DO SERVIÇO E DE RESTRIÇÃO A COMPETIÇÃO

Insurge a impugnante contra os termos do Termo de Referência e da minuta contratual. Em síntese, alega que o prazo para início da prestação de serviços é desproporcional e incomum, violando o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, se traduzindo em “*penosa exigência*”.

Pois bem.

Cumprе ressaltar que a fixação do prazo para entrega do objeto é uma discricionariedade da Administração, que o fará conforme suas necessidades, considerando a prática do mercado e visando sempre o interesse público, norte do processo licitatório.

Nesse sentido, os requisitos dos itens 16.1 e 16.2 do Termo de Referência e 3.2 da minuta contratual (que estabelecem os prazos) foram estabelecidos para garantir a continuidade da prestação dos serviços de urgência e emergência, em perfeita harmonia com o objeto social deste Consórcio.

Aqui, destacamos que o Consórcio Aliança para a Saúde possui personalidade jurídica de direito público com a finalidade de desenvolvimento de ações e serviços no âmbito do SUS, em especial o serviço de atendimento de serviço móvel de urgência (SAMU), tudo embasado nos princípios da continuidade do serviço público.

Esses princípios possuem contornos ainda mais elevados, considerando que o Consórcio Aliança executa serviços públicos contínuos e essenciais à saúde dos Municípios consorciados e não pode, jamais, sofrer nenhum tipo de interrupção.

Portanto, não resta dúvidas quanto ao caráter imprescindível do atendimento das necessidades da administração pública, principalmente no caso em questão, sendo este, inclusive, o entendimento jurisprudencial predominante em casos análogos, vejamos:

REPRESENTAÇÃO. EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL. REGISTRO DE PREÇOS. AQUISIÇÃO DE PNEUS NOVOS E CÂMARAS DE AR. EXIGÊNCIA DE PRODUTOS DE PRIMEIRA

LINHA. PRAZO EXÍGUO DE ENTREGA. IMPROCEDÊNCIA DAS IRREGULARIDADES APONTADAS. ARQUIVAMENTO.

1. O uso da expressão primeira linha no edital de licitação não viola o princípio do julgamento objetivo, uma vez que essa expressão é usualmente empregada no mercado de pneus.

2. O prazo estipulado para a entrega dos produtos deve ser analisado em conformidade com o objeto, com as justificativas técnicas apresentadas, as especificidades e o resultado da contratação. **A fixação do prazo de 05 (cinco) dias úteis contido no edital é justificado pela necessidade de assegurar a continuidade de serviços públicos imprescindíveis, que não podem ficar paralisados pela demora excessiva na entrega.**

(TCE-MG - TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS. REPRESENTAÇÃO: RP 102441)

Dessa forma, os prazos de início da execução dos serviços têm sido estabelecidos de acordo com as necessidades específicas da administração pública, notadamente quando se trata de serviços de urgência e emergência em saúde pública, que não podem sofrer qualquer tipo de interrupção.

Nesse contexto, convém evocar o art. 5º, da Lei 14.133/2021, que estabelece serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Portanto, entende-se que, para garantir o disposto nas normas supracitadas, deve-se estabelecer um prazo razoável para o atendimento das necessidades da administração pública e exequível para as licitantes com a finalidade de garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a

administração, o que foi devidamente observado pelo estabelecimento de 10 (dez) dias, conforme previsto no edital.

Em face do exposto, em atendimento às práticas de mercados atuais, não havendo qualquer crise de oferta de aparelhos telefônicos celulares ou dos serviços de telefonia móvel, não há o que se falar em aumento do prazo de entrega dos bens licitados, uma vez que o prazo fixado é adequado e razoável.

II.III – DO PRAZO DE PAGAMENTO

Doravante, o instrumento convocatório determina que o pagamento do serviço efetivamente realizado será realizado em até 30 (trinta) dias corridos da aceitação definitiva da Nota Fiscal ou documento equivalente, vejamos:

MINUTA DE CONTRATO

CLÁUSULA OITAVA – DO PAGAMENTO

8.1. O pagamento será realizado pela Coordenação Financeira e Contábil do Consórcio Intermunicipal Aliança para a Saúde, pelo serviço efetivamente realizado, em até 30 (trinta) dias corridos contados da aceitação definitiva da Nota Fiscal ou documento equivalente, devidamente atestada pelo servidor responsável pela fiscalização.

Afirma a licitante que *“o instrumento convocatório está em desacordo com as regras da Anatel, pois as operadoras possuem até 5 (cinco) dias úteis antes do prazo de pagamento para entregares as faturas”*.

Sem razão, no entanto.

Sob este aspecto, destacamos que a presença do Consórcio Aliança, pessoa jurídica de direito público, na relação contratual, traz como consequência a observância de diversas normas de direito público, dentre as quais se destacam as normas de contabilidade pública.

Assim, o prazo, ora impugnado, visa proporcionar o período mínimo necessário para o empenho, liquidação e pagamento da referida fatura, não havendo que se falar em qualquer mácula no prazo previsto, já que proporcional e razoável ao caso em questão.

Conclui-se, portanto, que todas as etapas demandam um tempo razoável, em especial quando se trata do momento da liquidação, quando o setor responsável terá que verificar a compatibilidade da nota fiscal enviada com a efetiva prestação do serviço, como condição para o pagamento da despesa.

Desta forma, não se faz necessária a retificação do edital para adequação do prazo de pagamento pela efetiva realização dos serviços, mantendo-se o determinado em edital, ou seja, 30 (trinta) dias corridos da aceitação definitiva da Nota Fiscal ou documento equivalente, devidamente atestada pelo servidor responsável pela fiscalização.

II.IV - DA SUGESTÃO DE INCLUSÃO DE ITENS ACERCA DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

A impugnante sugere a inclusão das seguintes cláusulas:

22.3. As Partes reconhecem e concordam que, no que diz respeito ao tratamento dos Dados Pessoais, cada Parte atua como um controlador em relação a tal tratamento.

22.4. Se uma das Partes receber uma requisição de, ou em nome de um titular de dados ou de autoridade reguladora em relação ao tratamento de Dados Pessoais compartilhados deverá, imediatamente e em qualquer caso, dentro de dois (2) dias úteis, notificar a outra Parte por escrito sobre tal solicitação.

22.5. Cada Parte implementará as medidas técnicas e organizacionais apropriadas para garantir a confidencialidade, disponibilidade e integridade dos Dados Pessoais.

22.6. Cada Parte se compromete a observar as regras previstas na LGPD, sempre que for realizada a transferência de Dados Pessoais para fora do território brasileiro.

22.7. Cada Parte notificará imediatamente a outra Parte por escrito sobre qualquer tratamento indevido dos Dados Pessoais ou violação das disposições desta Cláusula. No caso de uma notificação nos termos desta cláusula, as Partes atuarão em total cooperação e prestarão assistência mútua.

22.8. Cada uma das Partes será a única responsável, independentemente da necessidade de comprovação de culpa, por eventuais Incidentes de Segurança que venham a ocorrer em relação aos Dados Pessoais tratados sob sua responsabilidade, na medida em que comprovadamente concorreu para o Incidente.

22.9. Em caso de descumprimento de qualquer obrigação prevista nesta Cláusula ou em caso de Incidente de Vazamento que imponha o dever à Parte inocente de indenizar o titular dos Dados Pessoais ou quaisquer terceiros, deverá a Parte infratora responsabilizar-se por ressarcir a Parte Inocente pelas despesas incorridas pela Parte inocente.

22.10. Os Dados Pessoais coletados serão utilizados e mantidos durante o período de vigência do Contrato, ou em caso de necessidade de cumprimento de obrigação legal ou regulatória, pelos prazos necessários para o exercício de direitos em processos judiciais, administrativos e arbitrais.

Cabe esclarecer que este Consórcio, com base na LGPD, já garantiu a implementação de medidas necessárias para estar em conformidade com a lei e, em virtude disso, não será necessária a inclusão dos itens sugeridos pela impugnante. Vejamos:

CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA: DA PROTEÇÃO E TRANSMISSÃO DE INFORMAÇÃO, DADOS PESSOAIS E/OU BASE DE DADOS

17.1. *As partes deverão cumprir a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 (LGPD), quanto a todos os dados pessoais a que tenham acesso em razão do contrato administrativo que eventualmente venha a ser firmado, a partir da apresentação da proposta no procedimento de contratação, independentemente de declaração ou de aceitação expressa.*

17.2. *Os dados obtidos somente poderão ser utilizados para as finalidades que justificaram seu acesso e de acordo com a boa-fé e com os princípios do art. 6º da LGPD.*

17.3. *A CONTRATADA obriga-se ao dever de proteção, confidencialidade e sigilo de toda informação, dados pessoais e/ou base de dados a que tenha acesso, inclusive em razão de licenciamento ou da operação dos programas/sistemas, nos termos da Lei nº 13.709/209/2017 (LGPD), suas alterações e*

regulamentações posteriores, durante o cumprimento do objeto descrito no presente instrumento contratual.

17.4. A CONTRATADA obriga-se a implementar medidas técnicas e administrativas suficientes visando a segurança, a proteção, a confidencialidade e o sigilo de toda informação, dados pessoais e/ou base de dados a que tenha acesso a fim de evitar acessos não autorizados, acidentes, vazamentos acidentais ou ilícitos que causem destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer outra forma de tratamento não previstos.

17.5. A CONTRATADA deve assegurar-se de que todos os seus colaboradores, consultores e/ou prestadores de serviços que, no exercício das suas atividades, tenham acesso e/ou conhecimento da informação e/ou dos dados pessoais, respeitem o dever de proteção, confidencialidade e sigilo.

17.6. A CONTRATADA não poderá disponibilizar e/ou transmitir a terceiros, sem prévia autorização escrita, informação, dados pessoais e/ou base de dados a que tenha acesso em razão do cumprimento do objeto deste instrumento contratual.

17.7. A CONTRATADA obriga-se a fornecer informação, dados pessoais e/ou base de dados estritamente necessários caso quando da transmissão autorizada a terceiros durante o cumprimento do objeto descrito neste instrumento contratual.

17.8. A CONTRATADA fica obrigado a devolver todos os documentos, registros e cópias que contenham informação, dados pessoais e/ou base de dados a que tenha tido acesso durante a execução do cumprimento do objeto deste instrumento contratual no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da ocorrência de qualquer uma das hipóteses de extinção do contrato, restando autorizada a conservação apenas nas hipóteses legalmente previstas.

17.9. A CONTRATADA poderá deter cópias ou backups, informação, dados pessoais e/ou base de dados a que tenha tido acesso durante a execução do cumprimento do objeto deste instrumento contratual.

17.10. A CONTRATADA deverá eliminar os dados pessoais a que tiver conhecimento ou posse em razão do cumprimento do objeto deste instrumento contratual tão logo não haja necessidade de realizar seu tratamento.

17.11. O dever de sigilo e confidencialidade, e as demais obrigações descritas na presente cláusula, permanecerão em vigor após a extinção das relações entre a CONTRATADA e o CONTRATANTE, bem como, entre a CONTRATADA e os seus colaboradores, subcontratados, consultores e/ou prestadores de serviços sob pena das sanções previstas na Lei nº 13.709/2017, suas alterações e regulamentações posteriores, salvo decisão judicial contrária.

17.12. A CONTRATADA deverá notificar, imediatamente, o CONTRATANTE no caso de vazamento, perda parcial ou total de informação, dados pessoais e/ou base de dados.

17.13. A notificação não eximirá a CONTRATADA das obrigações e/ou sanções que possam incidir em razão da perda de informação, dados pessoais e/ou base de dados.

17.14. A CONTRATADA que descumprir nos termos da Lei nº 13.709/2017 suas alterações e regulamentações posteriores, durante ou após a execução do objeto descrito no presente instrumento contratual fica obrigado a assumir total responsabilidade e ao ressarcimento por todo e qualquer dano e/ou prejuízo sofrido, incluindo sanções aplicadas pela autoridade competente.

17.15. A CONTRATADA fica obrigado a manter preposto para comunicação com CONTRATANTE para os assuntos pertinentes à Lei nº 13.709/2017 suas alterações e regulamentações posteriores.

17.16. O não cumprimento de quaisquer das obrigações descritas nesta cláusula sujeitará a CONTRATADA a processo administrativo para apuração de responsabilidade e, consequente, sanção, sem prejuízo de outras cominações cíveis e penais.

Verifica-se, claramente, que o Consórcio realizou uma análise detalhada dos requisitos estabelecidos pela LGPD. Isso incluiu a compreensão dos princípios fundamentais da lei, como finalidade, adequação, necessidade, transparência, segurança, prevenção e responsabilidades.

Diante disso, ao considerar esses pontos, fica claro que o Consórcio adotou todas as medidas necessárias para garantir a conformidade com a LGPD e proteger os dados pessoais de acordo com os requisitos legais.

Portanto, é legítimo que o que foi determinado pelo Consórcio está em completa conformidade com a LGPD e é o necessário para a contratação em questão.

Dessa forma, não há como acolher a sugestão da impugnante.



III – DECISÃO DO PREGOEIRO

Em face do exposto, presente o requisito de forma, prescrito em lei, **CONHEÇO** da impugnada interposta e, no mérito, julgo **IMPROCEDENTE** os pedidos, nos termos da fundamentação supra.

Intime-se a impugnante.

Junte-se aos autos do processo de licitação.

Belo Horizonte/MG, 08 de março de 2024.

ALEXANDRE LIMA REAL

PREGOEIRO

Pregoeiro do Consórcio Intermunicipal Aliança para a Saúde - CIAS