Av. Eng. Domingos Ferreira, 2010
Boa Viagem | Recife - PE, CEP: 51111-020
Fone: (81) 3419-8525 | 0800 081 0500

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Ref. PROCESSO LICITATÓRIO Nº 20/2022
EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO N° 15/2022
REGISTRO DE PREÇOS

A2M TECNOLOGIA EM INTERNET LTDA, inscrita no CNPJ sob o nº 11.678.913/0001-88, estabelecida na Avenida Engenheiro Domingos Ferreira, nº 2010, bairro Boa Viagem, na cidade de Recife, Estado de Pernambuco, aqui denominada **IMPUGNANTE**, vem mui respeitosamente, perante este Ilustre Pregoeiro, por intermédio do seu representante legal, Sr. Aresk Charles de Medeiros Melo, brasileiro, casado, empresário, residente e domiciliado na Av. Rosa e Silva n° 707, apartamento 1802, bairro dos Aflitos, Recife, Pernambuco, portador da Carteira de Identidade RG n° 5.079.317 e CPF n° 024.282.004-29 in fine firmado, com fundamento no item 2.0 do instrumento convocatório da referida licitação, bem como nos Princípios da Legalidade, da Publicidade e Isonomia, impetrar a devida IMPUGNAÇÃO.

DO DIREITO PLENO A IMPUGNAÇÃO E SUA TEMPESTIVIDADE

De acordo com a narrativa do Edital, o certame do Pregão Eletrônico, terá sua sessão pública aberta no dia 26.05.2022 em horário não estabelecido no edital.

A Lei 8.666/93 que rege as licitações no *seu art. 41, §§ 1º, 2º e 3 enuncia que:*

> *1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113*
>
> *2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.*

3º A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente.

O Decreto nº 10.024, que regulamenta o pregão em sua forma eletrônica, e o uso da dispensa eletrônica no âmbito da administração pública federal, promoveu inovações em diversos aspectos do processamento do pregão eletrônico, dentre os quais, o prazo de impugnação ao edital, que passa a ser de até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública, nos termos do que dispõe o seu art. 24:

Art. 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

§ 1º A impugnação não possui efeito suspensivo e caberá ao pregoeiro, auxiliado pelos responsáveis pela elaboração do edital e dos anexos, decidir sobre a impugnação no prazo de dois dias úteis, contado da data de recebimento da impugnação.

§ 2º A concessão de efeito suspensivo à impugnação é medida excepcional e deverá ser motivada pelo pregoeiro, nos autos do processo de licitação.

§ 3º Acolhida a impugnação contra o edital, será definida e publicada nova data para realização do certame.

Outrossim, destacamos a legislação do Governo do Estado de Pernambuco, cujo próprio instrumento convocatório faz menção expressa, conforme podemos observar a seguir:

DECRETO Nº 32.539, DE 24 DE OUTUBRO DE 2008

Art. 19. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação, devendo protocolar o pedido, eletronicamente, em até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura da sessão pública, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis.

Art. 20. Decairá do direito de impugnar o edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer, na forma eletrônica, até o 3º (terceiro) dia útil que anteceder a data fixada para abertura da sessão pública. (Redação alterada pelo art. 1º do Decreto nº 47.485, de 27 de maio de 2019.)

REFERENTE A PUBLICAÇÃO DO EDITAL

1. Afrontando o Princípio da Publicidade o edital, até a data de hoje, não está publicado no site oficial da Defensoria Pública do Estado de Pernambuco. Fato que afasta possíveis interessados no certame ocasionando a redução competitiva e consequente, redução dos preços ofertados.

Av. Eng. Domingos Ferreira, 2010
Boa Viagem | Recife - PE, CEP: 51111-020
Fone: (81) 3419-8525 | 0800 081 0500

2. O edital foi publicado apenas no site adotado para o recebimento das propostas contrariando a prática usual dos Órgão e Secretarias de Estado que adotam o portal de compras da Secretaria de Administração de Pernambuco ou o do Governo Federal (compras.gov.br). O referido edital está publicado no www.redeempresas.com.br, na aba *"Balcão de Negócios", "Oportunidades de Compras e Vendas Eletrônicas"*.

3. O edital informa que o *"RECEBIMENTO DAS PROPOSTAS"* será no dia *"26.05.2022 às xxh00 (Horário de Brasília)"*. Em seguida informa que o *"INÍCIO DA SESSÃO DE DISPUTA DE PREÇOS" será no dia "26.05.2022 às xxh00"*. No Edital não consta o horário tanto do recebimento das propostas como do inicio da disputa, fato que inviabiliza tanto a anexação da proposta no site bem como a informação crucial do início da disputa.

DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICAS

> ***4.*** *DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA*
>
> ***4.4*** *Declaração de que possui aparelhamento técnico adequado para a execução do objeto, discriminando as suas instalações, apresentando a relação do pessoal técnico especializado incumbido da execução dos serviços, com a indicação da qualificação profissional dos principais membros da sua equipe técnica;*
>
> ***4.5*** *Declaração do fabricante da solução de Next Generation Firewall e da solução Anti-DdoS, comprovando que a LICITANTE está apta para fornecer, instalar, prestar suporte e garantia a seus produtos;*
>
> *Grifo nosso*

Percebe-se que ao exigir tais comprovações como critério para participação do certame licitatório o edital exige que as empresas que não possuem tais qualificações realizem despesas antecipadas de contratação de funcionários e licenças para um processo em que não tem a certeza da sua contratação. Tal ilegalidade afasta do processo diversas empresas interessadas em contratar com a Administração.

Neste sentido, o Tribunal de Contas da União (TCU) decidiu no Acórdão 365/2017 Plenário, que teve como relator o Ministro José Múcio Monteiro, que a exigência de comprovação de propriedade ou de compromisso de cessão, locação/leasing ou venda das máquinas e dos equipamentos considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação contraria o art. 30, § 6º, da Lei 8.666/93. Vejamos o caso:

> *"Trata-se de processo para apuração de possíveis irregularidades ocorridas em uma Concorrência realizada pela Prefeitura Municipal de Caaporã, na Paraíba, tendo por objeto a contratação de empresa para a execução de obras e serviços de engenharia para implantação do sistema de esgotamento sanitário naquele município."*

Foram apontadas pelo TCU diversas irregularidades que contribuíram para frustrar a competitividade do certame, que contou com a participação de apenas uma empresa. Dentre as irregularidades apontadas constam o não julgamento do pedido de impugnação do edital apresentado por uma das empresas concorrentes e o fato de não ter sido dada a devida publicidade sobre alteração da data de abertura da licitação, "concessão de apenas um dia entre a divulgação, feita no Diário Oficial do Estado da Paraíba e da data de abertura das propostas e a sua realização", e ainda a "exigência de comprovação de propriedade ou de compromisso de cessão, locação/leasing ou venda das máquinas e equipamentos considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação e de infraestrutura predial (subitem 5.1.1.3, 'v', do edital)";

A Lei Federal nº 8666/93, em seu artigo 30, § 6º estabelece que:

> *"Art. 30, § 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia".*

A análise realizada pelo Plenário do TCU entendeu que ***"as exigências constantes no item 5.1.1.3, v são desarrazoadas e ilegais"***, *uma vez que a Lei de Licitações veda* ***"exigências de propriedade e de locação prévia apenas para participar da licitação, o que restringe sobremaneira a competitividade do certame licitatório".*** *E acrescenta ainda que* ***"a comprovação exigida poderia ser feita quando da assinatura do contrato,*** *uma vez não ser razoável cobrar que a licitante mantenha esse acervo estrutural,* ***com todos os custos decorrentes, apenas para participar de licitações públicas"***. (Grifo nosso)

Assim, na conclusão do Acórdão, os Ministros da Corte de Contas entenderam que houve grave infração à Lei de Licitações e, por isso, aplicação multas aos agentes públicos, conforme previsto nos termos artigo 58, II do Lei Federal nº 8.443/92.

A 2ª Câmara do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais (TCE-MG), também já se manifestou sobre o assunto caso semelhante que foi objeto da Denúncia n. 942.180, relatada pelo Conselheiro José Viana, em 05/03/2015. Os conselheiros entenderam que a exigência de propriedade de bens ou equipamentos a serem utilizados durante a prestação do serviço não poderia ser um pré-requisito para a comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes.

Tais exigências somente serão possíveis a partir da determinação do vencedor do certame, no momento da assinatura do contrato.

O Relator entendeu que *"não faz sentido demandar que a licitante formalize contrato de compromisso de cessão ou locação apenas para participar da licitação, o que resulta no mesmo que exigir a propriedade".* ***E que "tal exigência pode ser feita apenas da licitante***

vencedora, quando da assinatura do contrato, com vistas a não onerar as demais licitantes, e, assim, comprometer a competitividade do certame". (Grifo nosso)

Ademais, percebe-se que a decisão do TCE-MG está em consonância com outros Acórdãos do TCU como também presente na Súmula 272 do mesmo Tribunal:

> *"Súmula nº 272/2012 TCU: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato".*

Neste sentido, as jurisprudências comentadas foram razoáveis e corretas, uma vez que permitem o equilíbrio de forças e a preservação da igualdade entre os licitantes. **Exigir que as empresas concorrentes façam vultuosos investimentos previamente ao certame, é desproporcional e restritivo de competitividade.**

Entende-se que os julgamentos das Cortes de Contas da União e de Minas Gerais trazem segurança jurídica aos licitantes, pois assim não serão impelidos a se endividarem como condição prévia de participação em certames. Acórdãos 648/2004; 608/2008; 2915/2013 e 3056/2013, todos do Plenário.

Ainda quanto às exigências da qualificação técnica é exigido que a licitante declare:

> ***4.7*** *Declaração de que a empresa a ser CONTRATADA tem rede própria em pelo menos 50% das cidades requeridas no processo.*
>
> ***4.8*** *Declaração de que a empresa a ser CONTRATADA tem rede própria e PoPs (ponto de Presença) em pelo menos 50% das cidades requeridas no processo contendo o endereço de cada um dos PoPs; (grifo nosso).*

Aqui observamos, tal qual o caso acima exemplificado para os itens 4.4 e 4.5, a mesma ilegalidade de exigência cujo atendimento levaria os licitantes a incorrer em investimentos, sem a certeza de ser a empresa vitoriosa, e cujos custos se darão anteriormente à celebração do contrato.

Mais uma vez citamos a decisão do TCE-MG, que em sintonia com outros Acórdão do TCU e Súmula 272 do mesmo Tribunal diz:

> *"Súmula nº 272/2012 TCU: No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato".*

Av. Eng. Domingos Ferreira, 2010
Boa Viagem | Recife - PE, CEP: 51111-020
Fone: (81) 3419-8525 | 0800 081 0500

DO OBJETO

DO ASPECTO LEGAL

Toda e qualquer licitação se destina a investigar para a Administração a melhor proposta para a efetivação de seus interesses, com a qualidade necessária e o menor custo possível, balizando-se por normas fundadas sobre princípios que assegurem a competitividade e justo preço. Para isto tome-se um dos dispositivos da Lei nº 8.666/93 que espelha esse comando. Vejamos:

> *Art. 23 (...)*
>
> *§ 1° As obras, **serviços** e compras efetuadas pela administração **serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade,** sem perda da economia de escala. (Redação dada pela Lei n° 8.883, de 08.06.1994.)*
>
> *§2° Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)*
> *(Grifo nosso).*

Resta claro, portanto, que as licitações relativas a objetos de natureza divisível devem ocorrer de forma parcelada, de modo a viabilizar a participação do maior número de interessados possível e que não teria condições de competir se a contratação ocorresse pela totalidade deles. Afora isso, é factível que se obtenha preços mais baixos, tendo em vista a disputa acirrada que se instala com a presença de mais participantes.

Diz o eminente Professor Marçal que: *"a **Administração deve ser eficiente,** promovendo uma licitação perquiridora, **obtendo diversas propostas para itens diversos,** de cuja totalização se obtenha o **menor valor global, contrariamente à licitação "global",** na qual o licitante pode formar seu preço global com enormes vantagens em diversos itens de maior valor ou de maior quantidade." (grifo nosso).*

> *"Assim, por exemplo, é inválido estabelecer que o licitante deverá preencher os requisitos de habilitação para o conjunto global dos objetos licitados (eis que o julgamento se faz em relação a cada item). Isso corresponderia a exigir habilitação superior ao mínimo necessário à contratação. Afinal, se o particular poderá ser contratado para executar apenas um certo item, não é cabível dele exigir-se nada além do que a habilitação correspondente ao dito item."*

Outra imposição defeituosa seria a obrigatoriedade de formulação de propostas para o conjunto dos diferentes itens. Isso desfigura a licitação por itens. Haverá, então, um objeto único e complexo: define-se a extensão do certame em face da abrangência que se prevê para as propostas. Estando previsto como obrigatório um único vencedor da licitação (tomando-se em conta, por exemplo, o preço global resultante do somatório dos preços oferecidos para cada tópico), não haverá licitação por item.

Para fortalecer e ilustrar o que aqui foi dito, transcrevemos abaixo a **Súmula nº 247 do TCU**, que exige, nas licitações de objetos divisíveis, que o julgamento seja feito por item, e não por preço global.

> ***"É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não por preço global, nos editais das licitações para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, cujo objeto seja divisível,*** *desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo ou perda de economia de escala,* ***tendo em vista o objetivo de propiciar a ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam fazê-lo com relação a itens ou unidades autônomas,*** *devendo as exigências de habilitação adequar-se a essa divisibilidade."* (grifo nosso).
>
> *Fundamento Legal: Constituição Federal, art. 37, incisos XXI, Lei nº 8443, de 16-7-1992, art. 4º, Lei nº 8.666, de 21-6-1993, art. 3º, § 1º, inc. I; art. 15, inc. IV; art. 23, §§ 1º e 2º, Súmula nº 222 da Jurisprudência do TCU, in DOU de 3-1-1995, Precedentes, - Proc. 007.759/1994-0, Sessão de 15-06-1994, Plenário, Ata nº 27, Decisão nº 393, in DOU de 29-06-1994, páginas 9622/9636*

DO ASPECTO TECNOLÓGICO

Observamos que a obrigatoriedade da Contratada possuir rede própria em pelo menos 50% das cidades requeridas no processo vai de encontro a uma tendencia mundial em que cada vez mais empresas estão se utilizando das chamadas Redes Neutras.

Redes Neutras são infraestruturas já existentes de outras empresas (detentoras das redes físicas) e que alugam esta estrutura a outras empresas sem que estas últimas precisem montar enlaces ópticos. Com o aluguel de uma infraestrutura já pronta o investimento na operação reduz-se bastante. A consequência é a obtenção preços mais competitivos.

O fato é que as grandes operadoras precisam de fibra e a demanda por internet fixa é crescente no Brasil. Dados da Anatel de agosto de 2020 mostram que o país possuía 34,3 milhões de acessos de banda larga. No mesmo período do ano anterior, eram 32,9 milhões de modens e em 2018 tínhamos 30,8 milhões de contratos.

Os acessos cresceram consideravelmente graças aos pequenos provedores, que desempenharam um papel importantíssimo para a popularização de fibra óptica no Brasil.

Em 2018, 18,6% de todas as conexões no país utilizavam o formato FTTH; em 2019, o número saltou para 31,5%, e agora a fibra óptica já atinge 41,3%.

Só que as grandes operadoras ainda não conseguiram atingir o mesmo patamar de fibra: em 2018, Claro, Oi, TIM, Vivo e Algar tinham apenas 10,9% de acessos com fibra; em 2019, o número saltou para 19,2%, enquanto em agosto de 2020 são 27,5% de conexões FTTH.

Além do aspecto econômico, o aumento do uso de redes neutras poderia solucionar alguns problemas urbanos, como o grande congestionamento de cabos nos postos de energia. Com várias operadoras dividindo os mesmos cabos de fibra óptica, seria possível remover diversos fios dos postes de energia. Por sinal, essa é a sugestão da Superintendência de Competição da Anatel, que sugere um operador neutro para lidar com ocupação desses postes. Caso contrário, a agência estima um custo de R$ 20 bilhões para reordenar os cabos de telecomunicações em 1,4 mil cidades do Brasil.

Visto o acima exposto a adoção do modelo acima trará um número maior de competidores a apresentar propostas e, consequentemente, preços mais vantajosos para a Administração sem prejuízo de qualidade ou segurança.

DA GARANTIA CONTRATUAL

Observamos que o edital é omisso quanto a exigência de garantia contratual, principalmente pelo vulto do serviço a ser contratado. A garantia contratual tem por finalidade assegurar indenização ao ente contratante no caso de prejuízos causados pelo inadimplemento do particular contratado, incluindo, ainda, valores devidos em razão da aplicação de multas e do não cumprimento de outras obrigações previstas em legislação específica, conforme o caso.

O professor e jurista Diogenes Gasparini define a garantia como *"toda reserva de bem ou de responsabilidade pessoal com vistas a assegurar a execução do contrato e, conforme o caso, utilizável pelo Poder Público contratante para ressarcir-se de prejuízos causados pelo contratado ou pagar-se de multa que lhe fora aplicada e não satisfeita."* (grifo nosso)

A respeito, dispõe a Lei nº 8.666/93:

> *"Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.*
>
> *§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)*
>
> *I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)*

Av. Eng. Domingos Ferreira, 2010
Boa Viagem | Recife - PE, CEP: 51111-020
Fone: (81) 3419-8525 | 0800 081 0500

II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3o deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens."

É como sinaliza o Tribunal de Contas da União:

"É facultado à Administração exigir prestação de garantia nas contratações de bens, obras e serviços, de modo a assegurar plena execução do contrato e a evitar prejuízos ao patrimônio público. Antes de estabelecer no edital exigência de garantia, deve a Administração, diante da complexidade do objeto, avaliar se realmente é necessária ou se servirá apenas para encarecer o objeto."

GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. *13 ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 711.*

Tribunal de Contas da União. Licitações e contratos: *orientações e jurisprudência do TCU. 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010, p. 738.*

Av. Eng. Domingos Ferreira, 2010
Boa Viagem | Recife - PE, CEP: 51111-020
Fone: (81) 3419-8525 | 0800 081 0500

DA OPÇÃO POR REGISTRO DE PREÇOS

Nosso entendimento é de que não há, para este caso específico, justificativa legal para a adoção da Formação de Registro de Preços para a contratação dos serviços objeto desta licitação.

Nesse sentido, Justen Filho destaca que por ser um cadastro, o Sistema de Registro de Preços tem dois principais pontos negativos, quais sejam a obsolescência e a incompletude. Aspectos cruciais para o serviço a ser licitado.

A primeira pode ser caracterizada como a defasagem entre a realidade do mercado e os dados registrados, visto que diariamente surgem novos produtos e serviços, e dessa forma, os preços podem sofrer grandes variações. Por isso, a Administração tem o dever de verificar, antes de cada aquisição, se os preços registrados são compatíveis com os de mercado.

A segunda, por sua vez, é consequência da padronização imposta pelo SRP, ou seja, quando o Administrador promove a licitação e posteriormente organiza o registro, acaba por estabelecer categorias gerais de produtos, pois muitas vezes o registro abarca produtos com especificações ou qualidades genéricas, que não atendem as reais necessidades da Administração.

Para Fernandes, existem ainda as seguintes desvantagens: "*a necessidade de alocar recursos humanos para atualizar tabelas; a impossibilidade de prever todos os itens a serem adquiridos; a facilidade na formação de cartéis.*"

É necessário, portanto, que a Administração disponibilize um setor especializado especificamente em Sistema de Registro de Preços, que fique responsável por sua adoção, controle e manutenção, bem como para acompanhar periodicamente os preços praticados no mercado nas mesmas condições registradas, com o fim de convocar os fornecedores para uma possível renegociação caso haja disparidade entre os preços atuais e os registrados em ata.

É importante destacar ainda, que raramente é possível aferir eventual economia em uma contratação. Quando a Administração faz uma Licitação objetivando o Registro de Preços, deve demonstrar o quantitativo do objeto pretendido, e ao apresentar a proposta, o licitante não leva em conta as "caronas", calculando o custo apenas em relação à quantidade inicial determinada pelo Administrador, caso levasse em conta o total incluindo as "caronas", existe grande possibilidade de que o preço unitário do produto ofertado pelo licitante fosse menor, visto que a quantidade seria maior. Sendo assim, a economia obtida com a não realização de um procedimento licitatório próprio, se esvai no pagamento de um custo mais alto pelos objetos adquiridos em outra Licitação.

Outrossim, Meirelles, indica ainda a afronta a outro Princípio, qual seja, o da Proporcionalidade, e confirma isso através do exemplo em que os Municípios do Rio Grande

Av. Eng. Domingos Ferreira, 2010
Boa Viagem | Recife - PE, CEP: 51111-020
Fone: (81) 3419-8525 | 0800 081 0500

do Sul, Paraná e São Paulo, pegam "carona" na Ata oriunda de uma Licitação realizada por um pequeno Município, localizado no outro extremo do país que possui território continental.

Através da análise é perfeitamente possível a configuração de uma outra figura, recorrente na rotina das "caronas", qual seja, a do "traficante de atas", sujeito que, visando os interesses da empresa vencedora da licitação, percorre diversos territórios com o intuito de vender a ata de registro de preços.

A esse respeito, o advogado, e consultor jurídico do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, Edgar Guimarães, descreve e demonstra com precisão como funciona esse "tráfico":

> *"Esta prática, que não tem vedação ou limite estabelecido na lei, acabou favorecendo, por caminhos indiretos, a dispensa da licitação. E trouxe benefícios econômicos indevidos a algumas empresas, que veem seus lucros aumentarem com a proliferação desenfreada de adesões às atas de registro. Não bastasse isto, algumas empresas têm se aproveitado da condição de vencedoras dos certames para aumentar sua participação no mercado, de maneira irregular, por meio do uso de representantes que comercializam as respectivas atas. Criou-se uma figura que se denomina 'traficante de ata', que representa os interesses da empresa e sai vendendo atas de registros de preços. Além deste expediente, há companhias que montam mailings de potenciais clientes no setor público. Declaradas vencedoras, enviam-lhes mensagens onde oferecem os produtos e serviços licitados e as respectivas atas".*

O Tribunal de Contas da União, percebendo a adoção desse sistema de forma excessiva e sem limites, reconhece que se tornou fato a existência de um mercado paralelo de aquisições de bens e serviços contratados sem Licitações, porém, não modificou o entendimento de que é um procedimento válido. Dessa forma, manifestou-se acerca deste tema no Acórdão 1.487/2007. Entretanto, este Órgão apenas limitou o uso da "carona", solicitando ao Poder Executivo uma solução direcionada a limitar as contratações realizadas através desse instituto, como a criação de Leis, por exemplo.

A respeito dessa decisão proferida pelo TCU, Justen Filho assevera que:

> *"O TCU incorporou razões jurídicas que devem ser tomadas em conta quando se pretender adotar a prática da carona. O Acórdão 1.487/07 demonstra que a contratação adicional, não prevista originalmente, é potencialmente danosa aos cofres públicos. Daí se segue que a sua adoção envolve a assunção do administrador público do risco de produzir uma contratação equivocada. A comprovação de que a prática do carona produziu enriquecimento injusto e indevido para o fornecedor privado deve conduzir à severa responsabilização dos agentes estatais que a adotaram".*

PRINCÍPIO DA COMPETIÇÃO OU COMPETITIVIDADE

Diante de todos os fatos acima relacionados fica claro a não observância do PRINCÍPIO DA COMPETIÇÃO, que nas palavras do Professor Luciano Dalvi Norbim:

> *"O Princípio da Competição visa a proposta mais vantajosa para a Administração Pública ao exigir apenas regras que não limitem competição.* ***Sem competição é ainda mais difícil alcançar o melhor contrato para a Administração. Por isso, a ampliação razoável do acesso ao processo licitatório facilita a obtenção da melhor proposta para a Administração Pública****."* (grifo nosso).

O artigo 3° § 1° da Lei de Licitações consignam as vedações dos agentes públicos no processo de licitação. Vejamos:

> *Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)*
>
> *§ 1º É vedado aos agentes públicos:*
>
> *I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)*
>
> *II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.*

O Manual de Licitações do Tribunal de Contas da União consigna:

> *"Princípio da Competição. Nos certames de licitação, esse princípio conduz o gestor a buscar sempre o maior número de competidores interessados no objeto da licitação. Nesse sentido, a Lei de Licitações veda estabelecer, nos atos convocatórios, exigências que possam, de alguma forma, admitir, prever ou tolerar, condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o*

caráter competitivo da licitação. Além desses princípios, a Administração Pública deve obediência ainda, dentre outros, aos Princípios da Finalidade, Motivação, Razoabilidade, Proporcionalidade, Ampla Defesa, Contraditório, Segurança Jurídica, Interesse Público e Eficiência"

Outras deliberações do Tribunal de Contas da União:

"É inconstitucional e ilegal o estabelecimento de exigências que restrinjam o caráter competitivo dos certames". Acórdão 539/2007 Plenário (Sumário).

"Devem ser evitadas exigências que comprometam o caráter competitivo da licitação. A licitação deve ser processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos". Acórdão 112/2007 Plenário (Sumário).

DO REAJUSTE

O anexo VIII, Minuta do Contrato, Cláusula Quinta, é omisso não estabelecendo qual índice será utilizado quando do reajuste do contrato.

5. CLÁUSULA QUINTA – DO REAJUSTE E REVISÃO.

5.1. Os preços registrados são fixos e irreajustáveis durante a vigência do Registro de Preço.

5.2. A revisão dos preços poderá ocorrer quando da incidência das situações previstas na alínea "d" do inciso II e do §5º do art. 65 da Lei Nº 8.666/93.

5.3. Os preços poderão ser revistos em decorrência de eventual redução daqueles praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos bens registrados, devendo ser promovidas negociações com os fornecedores.

5.4. Quando o preço inicialmente registrado, por motivo superveniente, tornar-se superior ao preço praticado no mercado, o fornecedor será convocado, a fim de negociar a redução de seu preço, de forma a adequá-lo à média apurada.

5.5. Quando o preço de mercado tornar-se superior aos preços registrados e o fornecedor apresentar requerimento fundamentado com comprovantes de que não pode cumprir as obrigações assumidas, o GESTOR DA ATA poderá liberar o fornecedor do compromisso assumido, sem aplicação da penalidade, se confirmada a veracidade dos motivos e comprovantes apresentados.

5.6. Em qualquer hipótese, os preços decorrentes desta Ata não poderão ultrapassar os praticados no mercado, mantendo-se a diferença do percentual apurada entre o valor originalmente constante da proposta do

fornecedor e aquele vigente no mercado à época do registro – equação econômico-financeira.

5.6.1. Será considerado preço de mercado, o que for igual ou inferior à média daquele apurado pelo GESTOR DA ATA para determinado item.

O reajuste dos preços praticados no contrato administrativo firmado por órgãos ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios é tratado no art. 40, inc. XI, art. 55, inc. III, da Lei nº 8.666, de 1993.

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

(...)

XI-critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

(...)

III o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

Diz o Tribunal de Contas da União:

"A restrição a competitividade, causada pela ausência de informações essenciais no instrumento convocatório, é causa que enseja a nulidade da licitação". Acórdão 1556/2007 Plenário (Sumário).

Vale destacar que o reajuste é instituto diverso da revisão contratual prevista no art. 65 da Lei 8.666 93. A revisão decorre de fatos imprevisíveis, caso de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou álea econômica extraordinária. O reajuste objetiva recompor os preços praticados no contrato em razão de fatos plenamente previsíveis no momento da contratação, diante da realidade existente.

Av. Eng. Domingos Ferreira, 2010
Boa Viagem | Recife - PE, CEP: 51111-020
Fone: (81) 3419-8525 | 0800 081 0500

PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Não obstante a Lei n o 10.520, de 17 de julho de 2002, que institui a modalidade de licitação pregão, não mencionar diretamente os princípios aplicados à licitação, ela o faz quando menciona em seu parágrafo 9 o seguinte: *"aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas [e por consequência os princípios] da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993"*
Ao mencionar o princípio da eficiência na administração pública, pode-se apontar que o gestor público deve gerir a coisa pública com efetividade, economicidade, transparência e moralidade visando cumprir as metas estabelecidas.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002):

> *"O princípio da eficiência, apresenta-se sob dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atuações e atribuições,* ***para lograr os melhores resultados****, como também em relação ao modo racional de se organizar, estruturar, disciplinar a administração pública, e também com o intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público." (grifo nosso).*

Ainda convém lembrar que o princípio da eficiência deve estar submetido ao princípio da legalidade, pois nunca se poderá justificar a atuação administrativa contrária ao ordenamento jurídico, por mais eficiente que seja, na medida em que ambos os princípios devem atuar de maneira conjunta e não sobrepostas.

Dito isto constatamos que o presente edital fere tal princípio ao afastar do certame empresas que podem, além de ofertar preços mais vantajosos para a Administração, podem trazer maior eficiência à máquina pública.

DAS CONSIDERAÇÕES E REQUERIMENTOS FINAIS

O Impugnante percebe-se que os pontos acima deverão ser reformulados e reajustados em virtude da ofensa direta aos princípios legais trazidos pela Lei nº 8.666/93, que imputa objetivamente que toda licitação deverá resguardar o interesse público, o princípio da legalidade, utilizando-se para tal finalidade, a garantia da participação total, irrestrita e ampla, dos interessados no certame.

A licitação ser conduzida de modo a ampliar a participação do particular, oportunizando de forma igualitária que aqueles detentores de capacitação elementar à execução do objeto licitado, possam concorrer para a satisfação do interesse público.

Av. Eng. Domingos Ferreira, 2010
Boa Viagem | Recife - PE, CEP: 51111-020
Fone: (81) 3419-8525 | 0800 081 0500

Ademais, há efetivo prejuizo ao interesse público, na proporção de irregularidade deste Edital, estreitando a possibilidade de chegar ao intento da disputa, que seria a contratação de pessoa jurídica eficiente a realizar o objeto licitado aliado ao menor preço.

Em que pese o habitual zelo, revestido de elevado rigor que convém a todo órgão da Administração Pública, indubitavelmente a Administração Licitante não vem atendendo a legislação vigente.

Ante as razões expostas, requer e espera meticulosa atenção da Comissão Julgadora, examine suprimindo o vício e acolhendo a alegação trazida a lume e rejeitar o edital em apreço, suspendendo o ato convocatório, para posterior republicação com a devida correção como medida de obediência ao sistema normativo vigente.

A mercê do Ilustríssimo Senhor Pregoeiro, pede e espera deferimento

Recife-PE, 19 maio de 2022.

Aresk Charles de Medeiros Melo
Carteira de Identidade RG n° 5.079.317
CPF n° 024.282.004-29