

À Ilustríssima Pregoeira do Município de Sarzedo

Pregão Eletrônico nº 174/2023
Processo Licitatório nº 351/2023
Órgão Licitante: Município de Sarzedo/MG

RAFAEL DE ANDRADE SABBADINI, brasileiro, advogado, inscrito no CPF sob o nº 456.021.968-03, documento de identidade – RG – nº 44.184.681-6, título de eleitor nº 405659890108, nascido em 20/03/1996, residente e domiciliado na Avenida Professor Alfonso Bovero, nº 998, Perdizes, São Paulo/SP, CEP 05.019-010, Telefone: (19) 98147-5501, e-mail: rafaelsabbadini@adv.oabsp.org.br, respeitosamente vem apresentar

Impugnação ao Edital

com Pedido Liminar de Suspensão do Certame

em face do Edital - Pregão Eletrônico nº 174/2023, promovido pelo Município de Sarzedo, através de sua Comissão de Contratação, inscrito no CNPJ sob o nº 01.612.509/0001-58, com sede à Rua Eloy Candido de Melo,, nº 477, Sarzedo/MG, CEP: 32.450-000, Telefone: (31) 3577- 6531, e-mail: comprassaude@sarzedo.mg.gov.br, de acordo com os fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

O Peticionário, enquanto cidadão e fiscal das contas públicas (Erário), tem a intenção de que o Pregão em epígrafe seja retificado, ao passo que manifesta, preliminarmente, seu apreço pelo trabalho da Ilustre Pregoeira, da equipe de apoio e de todo o corpo da Comissão de Licitações.

As **divergências**, objeto da presente Impugnação, referem-se unicamente à aplicação da Constituição Federal e da Lei Federal nº 14.133/2021, em relação ao procedimento licitatório em exame. Não afetam, sob nenhuma hipótese, o respeito pela instituição e pelos profissionais que a integram.

No entanto, não se pode deixar de questionar as inconsistências presentes no Pregão ora promovido.

Ocorre que é patente a existência de **ilegalidades** no bojo do edital, sendo de rigor sua readequação legal, de modo que o pregão guarde relação direta com as Leis e os Princípios que norteiam o Direito Administrativo.

1. Breve síntese dos fatos

Encontra-se previsto para os 07 (sete) dias do mês de Dezembro, às 09h00 (nove horas), o início da sessão pública do Pregão Eletrônico nº 174/2023, Processo Administrativo nº 351/2023, no portal “Licitar Digital”, promovido pelo Município de Sarzedo/MG, visando a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração para a contratação de empresa para fornecer licença temporária de uso do sistema de gestão de saúde, em nuvem, em conformidade com a LGPD - Lei Geral de Proteção de Dados, incluindo os serviços de treinamento, implantação, conversão dos dados existentes, envio de SMS, manutenção legal e corretiva, suporte técnico, configuração, parametrização e customização para adaptar o sistema às necessidades da Secretaria Municipal de Saúde em atendimento às normas atualizadas pelo Ministério da Saúde.

Contudo, ocorre que o **instrumento editalício disponibilizado encontra-se eivado de irregularidades**, o que vai de encontro aos princípios basilares administrativos, tais como o da legalidade e da competitividade, por encontrar-se a margem do normativamente disposto, quando da existência de condições contraditas à participação, bem como de **imperiosidades à margem da norma**, motivo o qual impugna-se os termos ali contidos.

2. Da Tempestividade

A presente exordial trata de impugnação ao edital e seus anexos que, de forma flagrante, atenta contra os princípios e ditames da Lei nº 14.133/21 – Nova Lei Geral de Licitações e Contratos – da Jurisprudência pacificada, bem como da Constituição da República.

Aplica-se, *in casu*, o disposto no Art. 164, caput, da Lei nº 14.133/21, que preconiza:

**Art. 164, caput, da
Lei nº 14.133/21**

“Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até **3 (três) dias úteis** antes da data de abertura do certame.” - grifei

Portanto, considerando a data para abertura da sessão eletrônica o dia **07 de Dezembro de 2023**, e que o **terceiro dia útil** que antecede a abertura é **04 de Dezembro de 2023**, este ato manifesta-se tempestivo.

3. Da Restrição à Competividade do Certame

3.1 Vedação Injustificada à Participação de Consórcios

A participação de empresas reunidas em consórcios passou a ser **regra** em procedimentos licitatórios.

A opção pela **vedação** pressupõe a apresentação de **justificativa fundamentada** e razoável para sua validade, conforme previsto na – NLLC – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/2021.

Em síntese, a opção do administrador, no sentido de vedar ou não a participação de empresas em consórcio, deve ser **devidamente justificada** tendo como parâmetro e fundamento a ampliação da competitividade e a complexidade do objeto contratual envolvido.

Como previamente suscitado, no regime da – NLLC – **legislação de regência da presente contratação**, a regra é a admissão à participação dos consórcios, afastável mediante justificativa, consoante prevê o artigo 15 da Lei nº 14.133/2021:

**Art. 15 da Lei
nº 14.133/21**

“**Salvo vedação devidamente justificada** no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio (...)” - grifei

Pelo disposto no caput do artigo 15 da NLLC, em regra será admitida a participação de consórcios, salvo expressa vedação no edital e **mediante devida justificativa nos autos do processo licitatório**.

Logo, em consonância com a legislação de regência, para se vedar a participação de consórcio, o ente licitante deve explicitar, **fundamentadamente**, sua decisão, em especial, o porquê, naquele certame específico, a possibilidade de reunião em consórcio não é a mais consentânea com os princípios licitatórios previstos no artigo 11 da referida Lei, notadamente, o Princípio do Resultado Mais Vantajoso:

**Art. 11 da Lei
nº 14.133/21**

“O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação **mais vantajoso** para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar **tratamento isonômico** entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.”

O processo licitatório foi desmembrado em fases pela Lei nº 14.133/21. O inciso I do artigo 17 estabelece que a primeira etapa do procedimento é a fase denominada preparatória.

Por conseguinte, o artigo 18 da NLLC discorre a estruturação dessa fase, indicando as informações que precisam ser definidas, sobretudo, a necessidade de justificativa acerca da participação no processo licitatório de empresas reunidas em consórcio:

**Art. 11, inciso
IX, da Lei nº
14.133/21**

“A **fase preparatória** do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

IX - a **motivação circunstanciada das condições do edital**, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e **justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;**” - grifei

Deste modo, não cabe ao Poder Público **contrapor-se a algo sancionado pela própria Lei**.

Ou seja, para deliberar sobre a vedação ou não de tais empresas, deve-se observar estritamente o **Princípio da Legalidade**, justificando tal restrição de maneira fundamentada nos autos do processo licitatório, conforme **previsto em Lei**, concomitantemente à observância dos Princípios da Motivação e da Razoabilidade.

Diante disto, seguindo os ditames da Legislação pátria em vigor, forçoso a **retificação** do instrumento convocatório no que concerne a participação de empresas em consórcio.

4. Da Omissão

4.1. Dados das unidades de saúde

Embora cediço que a legislação administrativa dispõe que o objeto da licitação deva ser caracterizado de forma adequada, sucinta e clara, não significa ser deficiente em pontos essenciais.

O objeto carece ser descrito de forma a traduzir a real necessidade da Administração Pública, com **todas as nuances indispensáveis**, afastando, por óbvio, as características irrelevantes e desnecessárias, cuja premissa é a de restringir o caráter competitivo do certame.

Ao cuidar do objeto licitado, a Lei nº 14.133/2021, de forma técnica, prevê:

**Art. 6º, inciso
XXIII, alínea
“a”, da Lei
nº 14.133/21**

“Para os fins desta Lei, consideram-se:

XXIII - **termo de referência**: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos:

a) **definição do objeto**, incluídos sua natureza, **os quantitativos**, o prazo do contrato e, se for o caso, a possibilidade de sua prorrogação;” – grifei

Ao instituir a precisão como indispensável à descrição do objeto da licitação, o legislador sinalizou que ela deve conter **todas as informações** e características técnicas do objeto, tornando-as **suficientemente claras** aos interessados, que de posse dessas informações, tenham possibilidade de disputar o certame em igualdade de condições.

A falha aqui constatada reside **na não disponibilização dos locais** previstos para a instalação/implantação do software.

Ao observarmos o edital, restam evidentes algumas lacunas substanciais, uma vez que o presente instrumento convocatório, assim como seu respectivo termo de referência, **não** traz consigo os **NOMES, ENDEREÇOS e TOTAL DE UNIDADES DE SAÚDE** a serem contempladas pela eventual solução de gestão tecnológica.

Em se tratando de prestação de serviços, são informações **fundamentais** que deveriam compor a descrição detalhada das peculiaridades dos trabalhos a serem realizados.

Em síntese, é sabido que o **custo de transporte** faz parte da proposta, sendo que as referidas omissões interferem diretamente na formulação de uma oferta justa e adequada, considerando a necessidade de treinamento/capacitação *in loco* de até 300 (trezentos) profissionais das **incógnitas unidades de saúde do município**.

Além disso, são informações que corroboram para o **planejamento** da eventual vencedora do certame, bem como traz à baila o **dimensionamento** da prestação como um todo.

Vale ressaltar o entendimento do E. Tribunal de Contas da União a respeito do tema, conforme a Súmula 177, *in verbis*:

Súmula 177 TCU

“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto da igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.” - grifei

Há, portanto, um evidente indicativo de que na definição do objeto, todos os aspectos fundamentais devem ser contemplados de modo a **não ensejar dúvidas** aos eventuais interessados.

Não menos relevante, vale ressaltar que o entendimento ora simulado evidencia que a formulação imprecisa e insuficiente do objeto afeta não somente os licitantes, mas atinge também os concorrentes potenciais, maculando o pressuposto da **competitividade**, tal como o da **igualdade**.

Tal qual o entendimento arraigado do TCU, o Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – TCE-SP, possui entendimento indiscutivelmente preciso sobre o tema, senão vejamos:



**Tribunal
Pleno**

EXAME PRÉVIO DE EDITAL. REGISTRO DE PREÇOS PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE INSTALAÇÃO E FORNECIMENTO DE SISTEMA INTEGRADO DE SEGURANÇA E MONITORAMENTO. NÃO CARACTERIZADA A IMPREVISIBILIDADE DO FORNECIMENTO E EVENTUALIDADE DA DEMANDA. INDEVIDA ADOÇÃO DO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. VÍCIO DE ORIGEM. ANULAÇÃO DO CERTAME.

“Ainda assim, considero parcialmente procedentes as demais impugnações, determinando que a Administração, em eventual novo certame, adote as medidas corretivas pertinentes para dar cumprimento à lei, especialmente:

a) **Consignar todas as informações necessárias ao dimensionamento do objeto, dentre as quais destacam-se: endereços das localidades onde serão instalados os equipamentos;** dados sobre o treinamento a ser realizado; cronograma para instalação dos equipamentos e operacionalização do software; referências acerca da infraestrutura de comunicação disponível nos locais de coleta de imagens pelas câmeras;” - grifei

(Brasil, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo – Processo nº 8875/989/20 – Relator Conselheiro: Sidney Estanislau Beraldo – Data da Sessão: 15/04/2020).

É certo que a Administração deve primar pelo cumprimento dos Princípios da Competitividade e Igualdade, uma vez que para almejar o melhor contrato, é necessário que os agentes públicos promovam uma ampliação razoável do acesso ao processo licitatório.

Em vista disso, convém mencionar mais uma vez a assertividade da Lei nº 14.133/21 a respeito da **competitividade licitatória**:

**Art. 9º, da Lei
nº 14.133/21**

“É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;

c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

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 pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;

III - opor resistência injustificada ao andamento dos processos e, indevidamente, retardar ou deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei.” - grifei

Ressalta-se que a autoridade administrativa que pratica ato irregular, ou a de nível superior, tem o **dever de reformá-lo**, de modo a corrigir defeito de forma ou conteúdo.

Repita-se, a Administração Pública somente pode atuar nos trilhos da Lei, não havendo a possibilidade de o agente público dispor sobre qualquer assunto público **senão conforme o disposto na legislação**.

Diante das arguições acima expostas, deve o Edital ser **readequado** para elucidar as informações pertinentes para o correto andamento do certame.

5. Das exigências diversas ao objeto licitado

Depreende-se do “Anexo II – Minuta – Contrato nº /2023”, mais especificamente da “8. Cláusula Oitava – Obrigações do Contratado (art. 92, XIV, XVI e XVII)”, algumas exigências a serem cumpridas pela eventual vencedora do certame.

Ocorre, Ilma. Pregoeira, que diversas obrigações exigidas na referida cláusula da minuta contratual **não possuem qualquer relação com o objeto da contratação**, qual seja, fornecimento de licença temporária de uso do sistema de gestão de saúde, senão vejamos:

8.40. Elaborar o Diário de Obra, incluindo diariamente, pelo Engenheiro preposto responsável, as informações sobre o andamento do empreendimento, tais como, número de funcionários, de equipamentos, condições de trabalho, condições meteorológicas, serviços executados, registro de ocorrências e outros fatos relacionados, bem como os comunicados à Fiscalização e situação das atividades em relação ao cronograma previsto.

A elaboração do **Diário de Obra**, pelo **Engenheiro preposto**, certamente seria factível caso o objeto da prestação se tratasse de **serviços comuns de engenharia**.

8.41. Refazer, às suas expensas, os trabalhos executados em desacordo com o estabelecido nas especificações, bem como substituir aqueles realizados com materiais defeituosos ou com vício de construção, pelo prazo de 05 (cinco) anos, contado da data de emissão do Termo de Recebimento Definitivo.

8.42. Utilizar somente matéria-prima florestal procedente, nos termos do artigo 11 do Decreto nº 5.975, de 2006, de: (a) manejo florestal, realizado por meio de Plano de Manejo Florestal Sustentável - PMFS devidamente aprovado pelo órgão competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA; (b) supressão da vegetação natural, devidamente autorizada pelo órgão competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA; (c) florestas plantadas; e (d) outras fontes de biomassa florestal, definidas em normas específicas do órgão ambiental competente.

8.43. Comprovar a procedência legal dos produtos ou subprodutos florestais utilizados em cada etapa da execução contratual, nos termos do artigo 4º, inciso IX, da Instrução Normativa SLTI/MP nº 1, de 19/01/2010, por ocasião da respectiva medição, mediante a apresentação dos seguintes documentos, conforme o caso:

É inquestionável que a utilização de matéria-prima florestal procedente, bem como a comprovação da procedência legal dos produtos ou subprodutos florestais utilizados na execução contratual são estritamente necessárias. O detalhe único é que **não se trata de uma contratação de serviços comuns de engenharia**.

Os trechos acima foram extraídos, conforme já mencionado, da “8. Cláusula Oitava – Obrigações do Contratado” referente ao “Anexo II – Minuta Contratual”.

Com a devida vênia, Ilma. Pregoeira, todo o contido na referida cláusula foi extraído do “Termo de contrato modelo para Pregão Eletrônico – **Serviços Comuns de Engenharia** – Lei n.º 14.133, de 2021”, elaborado pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União.

Não é preciso demasiada expertise para concluir que o objeto da presente contratação, referente ao pregão eletrônico nº 174/2023, promovido pelo Município de Sarzedo/MG, **não se trata de serviços comuns de engenharia.**

Logo, não há qualquer justificativa razoável que enseje razão à Administração, ao exigir que a futura Contratada seja obrigada a cumprir as disposições previstas na Cláusula 8 da Minuta Contratual.

Portanto, de rigor a **exclusão** da referida cláusula disposta na Minuta do Contrato, por se tratar de exigência diversa do objeto licitado.

6. Pedidos

Em face do exposto, requer:

a

a **CONCESSÃO DA MEDIDA CAUTELAR** de suspensão imediata do certame até julgamento definitivo do presente, a fim de que se evitem danos irreparáveis ou de difícil reparação ao Erário;

b

a **PROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO** e o estabelecimento de **NOVO PRAZO** para abertura da sessão, ao passo que as alterações pleiteadas afetarão diretamente a formulação das propostas;

C

caso nenhum dos pedidos supracitados sejam considerados procedentes, o feito será devidamente encaminhado ao **MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS**, bem como ao **TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS.**

Pelo deferimento,

São Paulo, 04 de Dezembro de 2023.

Rafael de Andrade Sabbadini
OAB/SP nº 474.617