



CARÍSSIMO(A) SENHOR(A) PREGOEIRO(A) DO BANCO DO ESTADO DO PARÁ S.A.

PREGÃO ELETRÔNICO N° 027/2023

TIPO: MENOR PREÇO;

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL;

AD'S SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA LTDA, CNPJ 11.054.815/0001-70 vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, apresentar as razões das quais levaram à interposição do

IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS DO EDITAL

com fulcro no que prevê o Decreto 10.024 cumulado com o item 5.1.4¹ do instrumento convocatório, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos;

I. DO BREVE RELATO DOS FATOS

Aos 19 (dezenove) dias do mês de dezembro do ano corrente está previsto a abertura do certame licitatório, via Pregão Eletrônico N° 027/2023, visando a contratação de empresa especializada na para contratação de prestação de serviço de serviços terceirizados de mão de obra no padrão BANPARÁ.

Desta maneira, como em qualquer procedimento que visa a compra de produtos e/ou serviços pela via administrativa, busca-se o atendimento e a contemplação à proposta mais vantajosa a Administração Pública, da qual engloba a possibilidade de ampla participação de diversas empresas, além do preço e acolhimento a contento pela licitante dos objetos licitados.

Logo ao volver-se para o caso concreto a que se baseia todo o norte jurídico da questão, temos no instrumento convocatório a exigência de condições em desconformidade com o legalmente disposto, o que além de poder gerar cerceamento de competição, vai de encontro com os princípios basilares necessárias à sua realização, quais sejam, o da competitividade e da legalidade, motivo pelo qual recorre-se.

II. DO FUNDAMENTO JURÍDICO

II.1- DAS PRELIMINARES

A. CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE

Dispõe o artigo 41, do diploma licitatório legal, que a Administração Pública,

¹ **5.1.4.** Os pedidos de esclarecimento deverão ser respondidos antes da sessão de abertura da licitação e os pedidos de impugnação, motivadamente, em até 03 dias úteis antes da abertura da sessão.



não poderá descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente

vinculado, contudo poderá o licitante impugnar seus termos quando evidados de irregularidade que poderão viciar este instrumento, vejamos:

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 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 TIPO, 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.

Outrossim, o próprio instrumento convocatório em seu item 22.1 temos a seguinte definição: “5.1.4. *Os pedidos de esclarecimento deverão ser respondidos antes da sessão de abertura da licitação e os pedidos de impugnação, motivadamente, em até 03 dias úteis antes da abertura da sessão.*”.

Portanto, àquele que tiver por tolhido seu direito à ampla competitividade, e/ou que deparar-se com desencontro à legislação quando da realização de aquisições dadas em via pública, temos por assegurada a premissa de impugnar os termos e condições aduzidas na carta convocatória.

Destarte, voltando-se para o caso concreto, têm-se que a fixação de imperiosidade inerente ao produto e suas funcionalidades, pelas quais não são abarcadas pela norma, figura-se em desacordo ao normativamente disposto sobre o tema, o que gera anomalias no instrumento, além de ferir drasticamente os princípios administrativos, conforme será demonstrado nos tópicos específicos a temática. De igual modo consta-se em obscuro o objeto a ser licitado, e, por consequência as obrigações atinentes aos licitantes dos quais vinculam.

Sendo assim, cabível é a presente impugnação, haja vista encontrar-se amparada a norma regulamentadora, além de amparar-se dentro do prazo pré-determinado à sua propositura.

II.2 – DO DIREITO A QUE SE BASEIA

II.2.1. DAS NORMAS DE PRECEITO GERAL

A. DOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

In casu, o primeiro ponto que merece assento incide-se ao fato de que a licitação na modalidade pregão caracteriza-se pelo objetivo de imprimir competitividade às contratações públicas, por meio da simplificação das regras procedimentais, condicionada aos princípios básicos estabelecidos no art. 4º do decreto nº 3.555/2000:

“Art. 4º A licitação na modalidade de Pregão é juridicamente condicionada aos princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, bem assim aos princípios



correlatos da celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, competitividade, justo preço, seletividade e comparação objeto das propostas.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometa o interesse da Administração, a finalidade e a segurança da contratação”.

Seguindo o mesmo pensamento esclarece o autor Marçal Justen Filho, que a Lei nº 8.666/93 buscou “evitar que as exigências formais e desnecessárias acerca da qualificação técnica constituam-se em instrumento de indevida restrição à liberdade de participação em licitação. (...) A regra geral é sempre a mesma: não poderão ser impostas exigências excessivas ou inadequadas.”

Ou seja, nos procedimentos licitatórios por buscar a proposta mais vantajosa a Administração deverão ser permitidos o maior número de competidores ao feito, sendo quaisquer tipos de exigências cerceadoras, inadequadas a sua finalidade. É exatamente o que defende Diogenes Gasparino (no informativo realizado para o TCM-SP), vejamos:

Em suma, o princípio da competitividade de um lado exige sempre em que se verifique a possibilidade de se ter mais de um interessado que nos possa atender, que nos possa fornecer o que desejamos. Essa constatação determina ou não a promoção da licitação. Portanto, a competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação, mas ele tem uma outra faceta que muitas vezes é despercebida pelo operador do Direito. Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado. **Sendo assim, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade.**

Também segue tal assertiva o Tribunal de Contas da União, ao reconhecer que as restrições licitatórias poderão diminuir o fluxo de competidores e por consequência de seleção a proposta mais vantajosa à Administração, confirmamos:

Acórdão: [Acórdão 1104/2007-Plenário](#)

Data da sessão: 06/06/2007

Relator: AROLDO CEDRAZ

Área: Licitação

Tema: Consórcio

Subtema: Poder discricionário

Outros indexadores: Justificativa, Obras, serviços ou compras de grande vulto, Licitação de alta complexidade técnica, Participação

Tipo do processo: REPRESENTAÇÃO

“Deve ser autorizada a participação de consórcios nas licitações cujo objeto seja de grande vulto, pois isso permite um afluxo maior de competidores e aumenta a probabilidade de seleção de uma proposta mais vantajosa para a



Administração.”

Desta forma, a licitação não deve perder o seu objetivo principal que é de obter a proposta mais vantajosa a Administração, mediante ampla competitividade, onde quaisquer exigências que e fujam a essa regra poderão estar à margem do legalmente previsto ensejando motivos para impugnar e/ou pedir esclarecimentos aos termos do certame pelo desatendimento das finalidades licitatórias, é o que se busca, frente ao

disposto no edital².

Sancionando o disposto alhures, o próprio Tribunal de Contas da União é firme em apregoar que os órgãos deverão abster-se de “*incluir cláusulas em edital que venham a impor ônus desnecessários aos licitantes, (...) por implicar restrição ao caráter competitivo do certame, em violação ao art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993*”, vide Acórdão 1227/2009.

Isto posto, uma vez encontrando-se sob situações de obscuridade/ ilegalidade no feito, plausível é o pedido de esclarecimento da demanda por refletir-se diretamente na possibilidade de participação ou não no mesmo.

B. DA COMPETITIVIDADE

Tamanha é a importância da realização de procedimentos licitatórios para as aquisições que envolvam a coisa pública³, que a mesma possui escopo constitucional, conforme defende o artigo 37, inciso XXI, da Constituição da República Federativa do Brasil, vejamos:

Art. 37. (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Corroborando o acima citado o r. jurista Alle (Stefanoni Saulo), fora assente em asseverar que mesmo os particulares aos firmarem convênios com a Administração Pública, assumem todos os deveres e obrigações de qualquer gestor público, ficando estes sujeitos, portanto, aos princípios constitucionais inerentes, bem como as premissas de gestão da coisa pública, dentre as quais se destaca a licitação e as bases principiológicas que a norteia.

² A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993. TCU - Acórdão 1734/2009 Plenário (Sumário)

³ Tais como verbas, atividades e/ou atribuições;

Por conseguinte, cedição é o fato de que o processo de licitações possui como função precípua a seleção da proposta mais vantajosa a Administração, a partir da possibilidade dada ao maior número de fornecedores dela propor e/ou participar, em conformidade ao defendido pelo C. Tribunal de Contas da União, via Acórdão 1904/2007 Plenário (Relatório do Ministro Relator), certifiquemos:

É cedição que a função do processo de licitação é selecionar, dentre os interessados, a melhor proposta oferecida com vistas a atender os fins motivadores de sua realização. Aliás, outro não é o entendimento de Hely Lopes Meirelles, quando define que licitação “é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse.” - Acórdão 1904/2007 Plenário (Relatório do Ministro Relator)

Logo, ao volver-se para o caso em apreço temos que a proposta mais vantajosa a Administração não encontra-se ligada tão somente ao preço, e, sim ao melhor atendimento dos interesses do poder público a que representa, uma vez que, ao uso das palavras de Meirelles (Hely Lopes, 87) no trato jurídico, a palavra Administração traz em si conceito oposto ao de propriedade, estando intimamente ligado a ideia de zelo, conservação de bens a ela confiados a partir de uma permissão legal⁴, é o exatamente o que aqui se busca, tendo em vista que a usabilidade de condições ilegais ferem a competitividade do feito e, por consequência a vantajosidade da sua proposta, motivo pelo qual impugna-se.

C. DA ECONOMICIDADE

Como apontado, são diversos os princípios que orientam a administração pública e como tal devem ser aplicados em qualquer esfera, desse modo a Economicidade e Eficiência é uma preocupação constante dos governos. Quando é destacado que a licitação tem que escolher a proposta mais vantajosa, depara-se com a obrigação de não ignorar os princípios da economicidade e eficiência. Logo, a eficiência não é um princípio explícito na lei das licitações, pois não se encontra citado no Artigo 3º da norma. Todavia, esse princípio encontra-se elencado para a Administração Pública, no caput 37 da Constituição Federal de 1988.

A Administração Pública tendo a obrigação de zelar pelo bem público está também obrigada a regular a gestão dos recursos públicos orçamentários e financeiros. O controle dos gastos públicos está elucidado na Constituição Brasileira de 1988, onde também se nota que é indispensável adotar o princípio da eficiência na gestão dos recursos. Sobre isso pode-se recorrer aos Artigos 70 e 74. A seguir:

⁴ “No trato jurídico, a palavra administração traz em si conceito oposto ao de propriedade. E o que desejamos assinalar é que os termos administração e administrador importam sempre a ideia de zelo e conservação de bens e interesses, ao passo que expressões propriedade e proprietário trazem insita a ideia de disponibilidade e alienação. Por aí se vê que os poderes normais do administrador são simplesmente conservação e utilização dos bens confiados à sua gestão, necessitando sempre de consentimento especial do titular de tais bens e interesses para os atos de alienação oneração, destruição e renúncia. Esse consentimento, na Administração Pública, deve vir expressa em lei”

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e

patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária.

[...]

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.

A Lei no 4.320/1964, também destaca acerca da Economicidade e Eficiência apontando para normas gerais do direito financeiro no Brasil, sendo aplicado para a elaboração do “*controle dos orçamentos e balanços União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.*” Já o Decreto-Lei nº 200/1967 que apresenta a organização da administração federal, nota-se a defesa da economicidade e eficiência dos recursos públicos e tem-se nos Artigos 25, IX que a supervisão ministerial deve: “*acompanhar os custos globais dos programas setoriais do governo*”, alcançando uma prestação econômica de serviços. Assim como o Artigo 26, III do DL citado, tratando que a supervisão interministerial visa assegurar a eficiência administrativa.

Há ainda que citar o Artigo 38 e 49 da Lei nº 8.443/1992, esta por sua vez trata-se da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo que também tem dentre suas atribuições a de observar a aplicação dos princípios da eficiência e economicidade da gestão dos recursos públicos econômicos-orçamentários. Transferindo isso para a modalidade Pregão Eletrônico, em se tratando da Lei no 8.666/93, nota-se o indicativo em diversos momentos para que seja escolhida a proposta mais vantajosa, ou seja, a que atenda ao princípio da economicidade, uma vez que, como reiteradamente destacado neste estudo, a proposta mais vantajosa pode ser classificada como a de menor custo, uma vez que se usa esse critério para classificar as propostas.

Nos Artigos 3º e 12, III da Lei das Licitações fica bem evidente a intenção em aplicar os princípios aqui citados. O Artigo 12, III faz menção à economia: “***economia na execução, conservação e operação.***” Assim como no Artigo 15, IV, indicando sobre e economicidade nas compras: “***IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade.***” Pode-se também considerar que os 1º e 7º parágrafo do Artigo 23 seguem a mesma linha de recomendação, encontrando-se:

§ 1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididos 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.



[...]

§ 7º Na compra de bens de **natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade**, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala.

Como nota-se na citação, **é imperativo que haja economicidade**. Mesmo não fazendo alusão a eficácia, é um princípio quem em nenhum momento pode ser abandonado na Administração Pública, considerando que se deve administrar com eficiência, buscando atingir os objetivos planejados, uma vez que há órgãos de controle que atestará se foi levado em conta tal princípio. Isso pode ser elucidado no Decreto no 3.591/2000, que se refere ao Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal. Juarez Freitas faz alusão ao princípio da eficiência e economicidade. A saber:

No tocante ao princípio da eficiência (art. 37 da CF) ou da economicidade (art. 70 da CF) ou da otimização da ação estatal, impende rememorar que o administrador público está obrigado a obrar tendo como parâmetro a busca da melhor atuação (fundamental como tal). Em outro dizer, tem o compromisso indeclinável de encontrar a solução mais adequada economicamente ao gerir a

coisa pública. A violação manifesta do princípio dá-se quando constatado vício de escolha dos meios ou dos parâmetros voltados para obtenção de determinados fins administrativos. Não aparecerá no controle a luz da economicidade, nenhum traço de invasão da discricionariedade, pois é certo que esta precisa ser preservada, não é menos certo que qualquer discricionariedade legítima somente o será se guardar vinculação com os imperativos da sensatez, incompatível com qualquer desperdício. Com base nisso, não se estar a pedir, em especial ao Poder Judiciário, o controle de juízos de conveniências em si mesmos, mas o controle das motivações obrigatórias, ou seja, a vigilância quanto aos aspectos que dizem respeito não ao merecimento em si, mas a compatibilidade do ato administrativo com a eficiência, já que inexistem atos exclusivamente políticos e se vincula o administrador aos motivos que oferta.

A eficiência é apontada como o resultado obtido a partir de duas relações, seja entre o volume de bens ou serviços produzidos e o volume de recursos consumidos, de forma a alcançar melhor desempenho operacional. Nesse sentido, observa-se que a eficiência envolve aspectos como; *“comparação do serviço prestado ou bem adquirido ou vendido em relação a seu custo; comparação do rendimento com o padrão previamente estabelecido, (...)”*

É relevante ainda considerar o Decreto nº 9.094/201798, que dentre outros temas, dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, e menciona em seu Capítulo III, Art. 12, sobre isso, destacando que na sua prestação deverão ser observados os princípios da eficiência e da economicidade, considerando os efeitos causados, tanto para a administração pública federal como para os usuários. É também bem visível no Decreto, Artigo 20, § 1º, 2º, a busca pela eficiência nos serviços públicos, quando se identifica lacunas e deficiências, apontadas por intermédio de canais governamentais de avaliação.



II.2. DAS NORMAS DE PRECEITO ESPECÍFICO

A. DA ILEGALIDADE NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

A.1. DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

Ao analisar edital verifica-se que critério de julgamento informado MENOR PREÇO DO GRUPO DE ITENS. Ocorre que esse tipo de critério ceifa do certame todas as demais fabricantes que não possuem amplo rol de produtos, apesar de possuírem produtos de qualidade devidamente registrados nos órgãos reguladores. Sendo assim, esta interessada não está sugerindo que seja um critério ilegal, porém, inegável que este critério limita competitividade do processo licitatório.

A.1.1. DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PARA A ADMINISTRAÇÃO – DA SEPARAÇÃO DE ITENS

Constata-se no edital que essa respeitável Administração definiu como critério de julgamento, MENOR PREÇO POR LOTE. Com devido respeito, organização dos itens em LOTE materializa-se como exigência de caráter restritivo atenta contra economicidade. Na licitação por itens, objeto dividido em partes específicas, cada qual representando um bem de forma autônoma, razão pela qual aumenta competitividade do certame, pois possibilita participação de vários

fornecedores. Por sua vez, na licitação por lotes há agrupamento de diversos itens que formarão lote. Destaca-se que para definição do lote, Administração deve agir com cautela, razoabilidade e proporcionalidade para definir os itens que integrarão, pois, os itens agrupados devem guardar compatibilidade entre si, observando-se, inclusive as regras de mercado para comercialização dos produtos, de modo manter competitividade necessária disputa.

Por oportuno, cabe ressaltar distinção de licitações por itens de licitação por lotes, conforme entendimento da Corte de Contas:

"Na licitação por item, há concentração de diferentes objetos num único procedimento licitatório, que podem apresentar, cada qual, certame distinto. De certo modo, estar-se-á realizando "diversas licitações" em um só processo, em que cada item, com características próprias, julgado como se fosse uma licitação em separado, de forma independente (...). **Deve objeto da licitação ser dividido em itens (etapas ou parcelas) de modo ampliar disputa entre os licitantes.** Deve ficar comprovada viabilidade técnica econômica do feito, ter por objetivo melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado preservação da economia de escala. (...)."¹

Portanto, tem-se que regra realização de licitação por itens, exigindo-se justificativa adequada para realização de certame por lotes, bem como demonstração da vantagem dessa, posto que neste último a competitividade acaba, de certa forma, sendo diminuída, já que se impõe a um único licitante a cotação de preço global para todos os itens que compõem lote.



O parcelamento refere-se ao objeto ser licitado represente sua divisão no maior número de parcelas possíveis que forem viáveis técnica economicamente, com vistas ampliação da competitividade. Trata-se de obrigação disposta no art. 28, 81º, da Lei nº 8.666/1998.

Ainda sobre assunto, vale ressaltar enunciado da Súmula 247 TCU que trata do parcelamento do objeto nos certames licitatórios:

"É obrigatória a admissão da adjudicação por item e não pode preço global, nos editais das licitações para contratação de obras, serviços, compras, alienações, cujo objeto seja divisível, desde que não haja prejuízo para o conjunto ou completo ou perda de economia da escala, tendo em vista o objetivo de propiciar ampla participação de licitantes que, embora não dispondo de capacidade para 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)

Reafirmando sua já consolidada jurisprudência, TCU indicou ser o parcelamento regra, excepcionada apenas quando, justificadamente, prejudicial ao interesse público, através do Acórdão 3.009/2015 Plenário.

Tudo isso com vista ao Princípio da Competição ou ampliação da disputa, norteador da elaboração do ato convocatório, que se relaciona à competitividade, às cláusulas assecuratórias de igualdade de condições para todos os concorrentes. Viés deste princípio na área econômica é o princípio da livre concorrência (inciso IV do art. 170 da Constituição Federal).

Assim, como a lei reprime o abuso do poder econômico que vise a eliminação dos mercados, a lei dos demais atos normativos não pode limitar a competitividade na licitação.

O inciso do 81º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/1993 ressalta ser vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, 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, inciso II do mesmo dispositivo possui resquício dessa vedação ante a proibição de se estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras.

Qualquer cláusula que favoreça, limite, exclua, prejudique ou de qualquer modo fira a impessoalidade exigida do gestor público poderá recair sobre a questão da restrição de competição.

Por isso o Tribunal de Contas não admite discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que a licitação destina-se a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa como também a observância



do princípio constitucional da isonomia.

Dessa forma, qualquer exigência qualitativa ou quantitativa que, de algum modo, sob qualquer ângulo, restrinja competitividade deve ser rechaçada. Inclusive, mera omissão de informações essenciais poderá ensejar nulidade do certame, como já deliberou TCU (Acórdão 1556/2007 Plenário).

Em última instância, inobservância dos princípios licitatórios restringirá, ainda que de forma reflexa, princípio da competição.

De forma, objetiva, edital de licitação deve estabelecer essencial, necessário ou suficiente para habilitação execução contratual. Caso contrário, genericamente ou de forma isolada, as cláusulas deverão ser rechaçadas por impugnações.

Em consulta encaminhada ao TCU sobre aquisição isolada de itens licitados por sistema de registro de preços no qual critério de julgamento tenha sido menor preço global por grupo/lote, relator, ao iniciar análise, observou que jurisprudência pacífica do TCU no sentido de que:

"no âmbito do sistema de registro de preços, modelagem de aquisição por preço global de grupo de itens medida excepcional que precisa ser devidamente justificada, além de ser, em regra, incompatível com aquisição futura de itens isoladamente." Relacionando diversos julgados que consolidaram tal entendimento. "

Os arts. 15, inc. IV, 23 81º, da Lei nº 8.666/1993 Súmula nº 247 do TCU afirmam princípio do parcelamento (ou dualidade) do objeto como regra, que Administração, muitas vezes, generaliza as situações excepcionais que afastam dever de parcelamento sob argumento de que licitação em poucos grupos simplificaria atividade de gerenciamento administrativo.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...) IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

(...)

§ 1º 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.

Com relação ao tema, o Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo, como orientação, assim explica quanto a restrição a competitividade provocada pela aglutinação

infundada:

Tratando-se de processo licitatório, o termo “aglutinação” significa agrupar mais de um serviço ou produto em um único objeto a ser licitado. Entretanto, a opção pela aglutinação deve ser acompanhada de uma justificativa apropriada que assegure a ampla competitividade do certame. Isto porque a aglutinação do objeto é medida excepcional em razão do art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93, que impõe o fracionamento como regra. Em tese, não há impedimento legal à aglutinação de produtos em lotes, desde que seja considerado o agrupamento de produtos afins, a título de garantir maior competitividade e a obtenção de preços mais vantajosos.

Uma aglutinação infundada impede a participação de licitantes incapazes de fornecerem todos os serviços que compõem o objeto do edital, por exemplo, uma aquisição de autopeças atrelada a um serviço de instalação, tal agrupamento restringe a participação de empresas cujo objeto social seja apenas a venda de autopeças.

E foi devido à aglutinação de serviços distintos em um único processo licitatório que o Colegiado Pleno do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo decidiu pela procedência da representação contra o edital do Pregão Eletrônico SESP nº 001/2019, promovido pela Secretaria Estadual de Esportes. Uma licitação em que o objeto consistia na contratação de empresa especializada tanto para a prestação de serviços de limpeza, controle micro bacteriológico e controle químico de piscina quanto para serviços de monitoramento aquático como vigilância, orientação de usuários das piscinas e salvamento de banhistas.

Para o Ministério Público de Contas, as atividades de monitoramento aquático deveriam ser licitadas em lote ou em certame específico, possibilitando outro universo potencial de participantes. Diferentemente das atividades de limpeza, controle microbacteriológico e controle químico de piscinas que são da responsabilidade técnica de um profissional Engenheiro Químico, sujeito à fiscalização do Conselho Regional de Química – CRQ.

Na sessão do dia 08 de maio, ao acolher as impugnações contra o edital, o relator da matéria, Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, determinou que, havendo o interesse, a Secretaria de Esportes deverá promover licitações distintas para a contratação dos serviços descritos.

Com efeito, importante trazer à baila a magnífica lição do eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello sobre o princípio da igualdade nas licitações, in verbis:

“O princípio da igualdade implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensejar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia. É o que prevê o já referido art. 37, XXI, do Texto Constitucional. Aliás, o § 1º do art. 3º da Lei 8.666 proíbe que o ato convocatório do certame admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de frustrar ou restringir o caráter competitivo



do procedimento licitatório (...)” (MELLO. Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001. Págs. 477/478.)

Nossos Tribunais, em perfeita consonância com o estabelecido no art. 3º, § 1º, I da Lei 8.666/93, vêm decidindo no sentido de ser expressamente proibido que o Edital estabeleça disposições que frustrem ou restrinjam seu caráter competitivo, in verbis:

“ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS E ENTREGA DE CONTAS - EDITAL - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR - CAPACITAÇÃO TÉCNICA - ARTIGO 30, § 1º, I, E § 5º DA LEI N. 8.666/93 - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

(...) omissis”

E mais:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. DECISÃO JUDICIAL DETERMINANDO PARTICIPAÇÃO DA EMPRESA AGRAVADA NA CONCORRÊNCIA E CONTINUAÇÃO DO CERTAME RESISTÊNCIA PARCIAL AO CUMPRIMENTO A DECISÃO DO TRIBUNAL. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEIUS. EXISTÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL DO AGRAVANTE. PEDIDO DE DESISTÊNCIA DO RECURSO DE AGRAVO PARA O FIM DE OBSTAR A PARTE DA DECISÃO. LICITAÇÃO E PRINCÍPIOS DA ISONOMIA E IMPESSOALIDADE. (...)”

7. Além de garantir a proposta mais vantajosa para a Administração, a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia (art. 3º, caput, da Lei 8.666/93). 8. Na Lei 8.666/93 o princípio da impessoalidade está no § 1º, I e II, do artigo 3º, que proíbe, nas condições editalícias, qualquer tipo de discriminação que frustre o caráter competitivo do certame. (...)” (2 STJ - REsp 361.736/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJU 31/03/2003)

O critério de julgamento por lote restringe universo de participantes, ameaça princípio da competitividade aumenta os riscos de contratação antieconômica. Nesse sentido TCU já pacificou seu entendimento:

“9.2.2. **Jurisprudência pacífica do TCU** [...] no sentido de que, no âmbito do sistema de registro de preços, modelagem **de aquisição por preço global de grupo de itens medida excepcional** que precisa ser devidamente justificada, além de ser, em regra, incompatível com aquisição futura de itens isoladamente [...]”



Como se vê, adjudicação por itens, nos termos do art. 23, 81º, da Lei 8.666/1993 da Súmula TCU 247, quando objeto divisível não há prejuízo para conjunto ser licitado, obrigatória.

Não obstante todos os aspectos legais acima demonstrados, cumpre ressaltar ainda que, na prática, definição do objeto em lotes, dificilmente será possível alcançar menor preço para cada item, afinal, somente aqueles que possuam todos os itens constantes do lote estarão aptos participar da disputa.

Sabe-se que nem todas as empresas licitantes possuem condições aptidão para **cotar todos os itens de um mesmo lote**, afinal, ainda que os produtos possuam mesmo gênero, podem ser produzidos comercializados de forma diversa ter fabricantes específicos para cada produto, sendo oportuna divisão em itens distintos, ampliando competitividade obtendo menor preço possível.

Daí porque tipo Menor **Preço Por ITEM** permite **MAIOR NÚMERO DE PARTICIPANTES** na licitação, ampliando a disputa entre os interessados sem, com isso, comprometer interesse da Administração, finalidade segurança da contratação.

III. DOS PEDIDOS

Pelos ditames normativo e principiológicos supracitados, requer-se:

- a) O acolhimento da presente Impugnação;
- b) Seja alterado critério de julgamento para ITEM, já que lote acaba por ceifar do certame aquelas licitantes que não trabalham com todos os produtos listados ainda que haja similaridade entre eles

Assim, por ser justo e totalmente razoável, espera-se por um parecer favorável quanto à pretensão requerida.

Belém-(PA), 12 de Dezembro de 2023.


AD'S SERVIÇOS DE LOCAÇÃO DE MÃO DE OBRA LTDA
José Felipe Furtado
Sócio-diretor