



Andre Luis da Paixao e Silva <andre.paixao@tjam.jus.br>

Solicitação de impugnação PE 46/2023 TJAM

formal@otimizartech.com <formal@otimizartech.com>
Para: colic@tjam.jus.br

27 de outubro de 2023 às 09:22

Prezados Senhores,

A Otimizar se serve do presente expediente para realizar o encaminhamento de impugnação para o edital em referência.

Atenciosamente,

OTIMIZAR TECH LTDA

 Impugnação _TJAM PE 46-2023.pdf
571K

**ILMO SENHOR PREGOEIRO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO
AMAZONAS**

PREGÃO ELETRÔNICO Nº 046/2023

OTIMIZAR TECH LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 21.557.625/0001-29, com sede à Av do Contorno, 6594, Sala 701, Savassi, Belo Horizonte/MG, vem, por seu Representante abaixo assinado, não se conformando com parte do Edital em epígrafe, oferecer

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL,

pelos fundamentos de fato e de direito a seguir expostos.

I - DOS FATOS

A Impugnante atua em âmbito nacional no mercado de telecomunicações, e por estar sempre de acordo com a legalidade determinada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, deseja participar da licitação na modalidade Pregão Eletrônico, cujo objeto é:

“Registro de preços para contratação de empresa especializada para prestação de Serviço de conectividade à INTERNET via satélite de baixa órbita com fornecimento de terminais.”

Ocorre que, ao analisar o edital do certame verificou-se desproporcionalidade de exigências, que dificultam o acesso de várias empresas à disputa do presente certame, exigência essa que não se justifica devendo esta ser retirada do edital convocatório, restaurando assim a competitividade deste Pregão.

Assim, como passaremos a demonstrar, esta exigência é ilegal, bem como ferem de morte o disposto na Constituição Federal ao princípio da competitividade, o que é frontalmente combatido pela legislação aplicável à espécie, frustrando de maneira injusta a participação de várias empresas que podem vir a honrar o contrato de maneira integral e eficiente.

Como tal proceder, como dito, constitui grave prejuízo aos objetivos das licitações (Lei nº 8.666/93, art. 3º c/c art. 37, XX da CF/88), busca esta Impugnação a apuração do ocorrido, com a conseqüente correção do ato convocatório.

II - DO DIREITO

II.I - DA TEMPESTIVIDADE

O item 4.1 do referido edital dispõe que: "Até 03 (três) dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública, a encerrar em 27/10/2023, às 15h (horário de Brasília/DF), qualquer pessoa poderá impugnar o ato convocatório deste pregão mediante petição, que deverá obrigatoriamente (art. 10, caput, da Lei nº 12.527/2011) conter a identificação do Impugnante (CPF/CNPJ), a ser enviada para o endereço eletrônico colic@tjam.jus.br. "

II.1I – DAS ILEGALIDADES EXIGÊNCIAS NO EDITAL

Primeiramente, faz-se necessário ressaltar que a função do Legislador é a de coibir qualquer atitude por parte da Administração Pública que restrinja o caráter competitivo do processo licitatório. A Administração somente poderá fazer restrições estritamente necessárias ao atendimento do interesse público, devendo, para tanto, ser analisados conjuntamente a cláusula restritiva e o objeto da licitação.

Nesse sentido, cabe trazer à discussão o teor do artigo 3º, § 1º, inciso I, do da Lei 8.666/93:

§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;

O princípio da competitividade é, digamos assim, a essência da licitação, uma vez que o certame só pode ser promovido, se possível a competição. É uma questão lógica. Em outras palavras, onde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória; onde ela não existe, a licitação é impossível.

Desta feita, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de justificativa, que restrinja a competição.

Acerca do tema, ensina Hely Lopes Meirelles:

(...) é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no

Edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais (artigo 3º, §1º).

O desatendimento a este princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem do interesse público.

(Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed., Malheiros Editora, 2002, p. 262)

Feitas as considerações, passamos a análise das ilegalidades concretas contidas no Edital em referência:

Prevê o Edital ora impugnado que o objeto da presente licitação é o “*registro de preços para contratação de empresa especializada para prestação de Serviço de conectividade à INTERNET via satélite de baixa órbita com fornecimento de terminais.*” Nesse mesmo sentido, o Termo de Referência contém a **especificação detalhada do objeto, o quantitativo e forma de fornecimento.**

Todavia, cumpre-nos consignar que o citado Termo de Referência do Instrumento Convocatório apresentou, em seu item 4.28, exigências referentes ao tópico “Relatórios” que várias licitantes, **mesmo possuindo condições técnicas de executar os serviços licitados,** não são capazes de atender, senão veja-se:

4.28. O LICITANTE VENCEDOR deverá ser **credenciado como empresa representante do fabricante dos equipamentos ofertados, cuja comprovação poderá ser realizada mediante apresentação de documento do próprio fabricante ou mediante disponibilidade da informação no site oficial do fabricante.** (grifamos)

A priori, o entendimento desta sociedade a respeito da exigência supratranscrita, em consonância ao entendimento das demais licitantes, fora no sentido (óbvio) de que a licitante, quando declarada vencedora, deveria comprovar ser detentora de declaração de autorização para revenda da solução. Todavia, qual não foi a surpresa deste impugnante, ao se deparar com a seguinte resposta do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS** ao questionamento da licitante Ozônio, senão veja-se:

ESCLARECIMENTO 02: Referente ao item 4.28 do Termo de Referência, verifica-se que, em função do princípio da competitividade, qualquer licitante detentora de declaração de

autorização para revenda emitida por distribuidor da solução almejada será aceita. Está correto o nosso entendimento?

Resposta SETIC: Entendimento incorreto. Conforme consta no website do fabricante, somente revendedores autorizados pela empresa podem comercializar produtos e serviços sendo vedado o substabelecimento de tal autorização para distribuidores e terceiros. Sendo assim, reforçamos que o licitante deverá **comprovar ser um revendedor autorizado ou por meio de carta emitida pelo próprio fabricante ou por meio desta informação disponível no website do fabricante conforme item 4.16 do termo de referência.**

Vale dizer, o **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS** apenas firmará contrato com a empresa licitante que seja uma **revendedora autorizada da fabricante da solução almejada.**

Outrossim as exigências **transcritas** e **grifadas** acima, além de não serem necessárias ao perfeito funcionamento da solução envolvida na prestação dos serviços licitados, são tão específicas que somente poderão ser atendidas por um pequeno grupo de empresas, que porventura sejam revendedoras autorizadas da fabricante do equipamento.

Contudo, o artigo 7º, §5º da Lei de Licitações é claro ao estabelecer **ser vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, ou ainda quando o fornecimento de tais materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto e discriminado no ato convocatório.**

A necessidade da empresa vencedora do certame ser uma revendedora autorizada da fabricante da solução **não se justifica por qualquer razão,** visto que aquelas sociedades que sejam (**além de perfeitamente capacitadas tecnicamente para a realização dos serviços licitados**) detentoras de declaração de autorização para revenda emitida por distribuidor da solução, certamente estarão aptas a atender o mesmo objeto da primeira, **especialmente porque apresentarão a tecnologia para os enlaces e equipamentos, igualmente regulamentadas e homologadas pela ANATEL.**

A exigência ora impugnada não se mostra minimamente razoável à participação no **Pregão Eletrônico nº 046/2023** por licitantes aptas à fornecer os equipamentos necessários à execução dos serviços ao **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAZONAS**, mas que, contudo, não atendem à desarrazoada exigência de ser um revendedor autorizado do fabricante, **o que limita, em absoluto, o universo de empresas licitantes.**

Fato é que tal imposição acaba por restringir o número de licitantes que poderiam participar da presente licitação, e, principalmente afasta do certame propostas mais vantajosas, o que por óbvio deve ser combatido pela Administração Pública, vez que vai totalmente de encontro ao interesse público, violando o princípio da competitividade.

Relevante se faz recordar, ainda, o disposto no art. 3º, §1º, inciso I da Lei de Licitações, ao dispor:

“§ 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 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;” (grifamos)

Conforme nos ensinam Ivan Barbosa Rigolin e Marco Túlio Bottino¹ aplicar-se o princípio da isonomia ou igualdade significa que todos os possíveis licitantes “desfrutam do mesmo, idêntico direito de concorrer a contratante com a Administração”. Noutras palavras, todos os interessados em contratar com a Administração devem ser por ela tratados de maneira isonômica.

O implemento de tal princípio impede favoritismos nas licitações resultante de tratamento distinto em situações iguais. Conforme leciona José Cretella Júnior², “a garantia da observância do princípio de isonomia significa que todos os licitantes receberão o mesmo tratamento jurídico **sem discriminação ou favoritismos.**”(grifamos)

Nesse viés, excluir do certame as empresas aptas a **atender as funcionalidades necessárias ao objeto do Pregão Eletrônico nº 046/2023**, mas que não obedecem às especificações objeto desta impugnação, além de gerar um tratamento desigual entre as empresas que pretendiam participar do processo licitatório, seria **frustrar o caráter competitivo do certame, deixando de lado o objetivo primordial da licitação, a contratação mais vantajosa.**

Na lição preciosa de HELY LOPES MEIRELLES:

“nulo é o edital omissivo ou errôneo em pontos essenciais, ou que contenham condições discriminatórias ou preferenciais,

¹ Manual Prático das Licitações, Saraiva, SP, 1995, p. 90 e sgs.

² Licitações e Contratos do Estado, Editora Forense, 1ª edição, p. 65

que afastam determinados interessados e favoreçam outros (STF, RDA 57/306; TRF, RT 228/549; RDA 37/298; TJDF, RDA 26/235, 32/224. Observamos que os tribunais ora anulam todo o edital e, conseqüentemente, a licitação, ora somente a cláusula defeituosa do edital, mantendo válida a licitação, sem a cláusula anulada. Tudo depende da possibilidade ou não de se aproveitar o edital e a licitação com a supressão da cláusula defeituosa." (in Licitação e Contrato Administrativo, 12 ed., Malheiros, p. 112.)

Contudo, ao passo que o presente certame traz consigo cláusulas que comprometem a disputa, a Administração Pública fica inviabilizada de analisar uma oferta extremamente vantajosa em seu preço e capacidade técnica, impossibilitando até mesmo que uma das empresas mais capacitadas para este objeto possa ser selecionada à contratação.

Com efeito, o exame acurado do Edital revela situação que merece urgente reparo pela autoridade administrativa elaboradora do instrumento convocatório, pois cria óbice à própria realização da disputa, limitando o leque da licitação a apenas um grupo seletivo do segmento.

Convém, ainda, destacar as sábias palavras de Luis Carlos Alcoforado³: *"Por força do princípio da igualdade, descabe a regra editalícia que particulariza discriminadamente e universaliza indiscriminadamente".*

Verifica-se assim, que ao incluir no Instrumento Convocatório as exigências ora impugnadas, a Administração Pública violou os princípios da igualdade e da competitividade. **A não observância destes princípios nos permite a levantar questionamentos acerca da lisura do presente procedimento licitatório.**

Por fim, e não menos importante, faz-me imperioso recordar que a manutenção da conduta limitadora ao direito de competição pela Administração Pública, que aponte para direcionamento do certame, caracteriza **ato de improbidade administrativa**, nos termos do artigo 10 da Lei 8249/1992, **abrangendo todas as pessoas denominadas Agentes Públicos**, quer integrantes da Administração direta, indireta e fundacional, ainda que no exercício da função em caráter transitório ou sem remuneração:

"Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que **causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação**

³ Licitação e Contrato Administrativo, Brasília Jurídica, Brasília/DF, 1998, p. 45.

dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;(..."

Permitir a continuidade do certame com a manutenção do item 4.28 do Termo de Referência, seria permitir uma contratação pública **sem a justa competição entre licitantes**, restringindo-se a ignorar por completo o ordenamento jurídico pátrio que rege a matéria.

Diante disso, e uma vez que tal conduta não se coaduna com os princípios básicos das licitações, contidos no Art. 37, XXI, da Constituição Federal e no Art. 3º da Lei das Licitações, tais como os da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, probidade administrativa, e seleção da proposta mais vantajosa, faz-se imperiosa a reforma do Edital para retirar do certame a exigência ora impugnada.

III – CONCLUSÃO

Pelo exposto e do mais que nos autos consta, espera e requer a Vossa Senhoria a PROCEDÊNCIA da presente impugnação, para que haja a exclusão das exigências questionadas do presente Edital convocatório, reestabelecendo a competitividade hoje prejudicada e conseqüentemente a republicação do Edital do Pregão Eletrônico nº 046/2023 de acordo com artigo 21, § 4º da Lei 8666/93

Nestes termos, aguarda deferimento.

Belo Horizonte, 27 de Outubro de 2023.



OTIMIZAR TECH LTDA.
CNPJ nº 22.104.286/0001-98
FLAVIO VICTOR CAMARA