À

PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTO ANTONIO DO PINHAL/SP

ILMO (A) SR (A) PREGOEIRO (A)

REF.: **PREGÃO PRESENCIAL Nº 022/2022**

EDITAL Nº 081/2022

PROCESSO Nº 155/2022

CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS TÉCNICOS PARA OPERACIONALIZAÇÃO DO SISTEMA DE GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE TRÂNSITO, COMPREENDENDO SERVIÇOS DE PROCESSAMENTO DE DADOS E INFRAÇÕES DE TRÂNSITO COM A DISPONIBILIZAÇÃO DE INFRAESTRUTURA, EQUIPAMENTOS, SOFTWARES, MATERIAIS E MÃO DE OBRA

FOTOSENSORES® TECNOLOGIA ELETRÔNICA LTDA, pessoa jurídica inscrita no CNPJ sob o nº 73.688.517/0001-99, sediada à Est. Dr. Altino Bondensan, nº 500, Sala 105 – Centro Empresarial I, CEP 12.247-016, São José dos Campos-SP, vem, através de seu representante legal que ao final subscreve, nos termos do Art. 41, § 2º, da Lei Federal nº 8.666/93, bem como do item 19.12 do edital, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelos fatos e motivos que passa a expor:

Dos Vícios do Edital

Os princípios que regem as licitações públicas veem insculpidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 3º da Lei nº. 8.666/93, com destaque à supremacia do interesse público na **BUSCA DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA**.

Ao edital em análise, para que tal objetivo seja alcançado, imperioso superar algumas restrições e ilegalidades que **maculam, restringem o caráter competitivo e direcionam o certame**, quais sejam:

1. **Da proibição irregular de consórcio;**
2. **Da Ausência de Orçamento Detalhado – Art. 7º §2º Inc. II da Lei n. 8.666/93;**
3. **Ausência Dos Estudos Técnicos – Resolução 798/2020 CONTRAN;**
4. **Exigência sem justificativa: necessidade de fornecimento de equipamentos novos;**
5. **Restrição da Ampla Competição – Exigência de certificações específicas. Item 3.7.15 do Anexo I – Termo de Referência.**

Os referidos itens possuem aspectos que comprometem o **direito da peticionante** de participar de processo licitatório regular, que respeite a **legalidade**, a **moralidade** e a **razoabilidade**, nos termos do art. 4º da Lei nº. 8.666/93:

> *"Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.*
>
> *Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública."*

Assim, conforme restará demonstrado, deve o presente certame ser suspenso e reavaliado no intuito de reformar os pontos viciados acima dispostos, nos termos que se passa a expor.

1. **Da proibição irregular de consórcio.**

O item 2. do edital prevê a vedação expressa da participação de empresas em consórcio, na seguinte redação:

> **2. PARTICIPAÇÃO**
> ...
> 2.2 - Não será permitida a participação de empresas:
> ...
> **2.2.2 - Reunidas em consórcio, qualquer que seja sua forma de constituição;**

No entanto, tal proibição é disposta no edital **sem qualquer motivação técnica** que a fundamente – em que pese ser prerrogativa da Administração Pública estabelecer sobre a possibilidade de participação ou não de consórcios, tal decisão deve ser devidamente **JUSTIFICADA**.

Situação, diga-se, que ganha força ao analisar-se a **complexidade do objeto licitado**, envolvendo serviços de diversas áreas distintas, vejamos:

> ***1. EQUIPAMENTO MEDIDOR DE VELOCIDADE DO TIPO FIXO***
>
> ▪ ***Os equipamentos eletrônicos de fiscalização metrológica do tipo fixo*** *– controlador de velocidade, são capazes de fiscalizar o limite máximo de velocidade, nas vias públicas urbanas e rurais, sinalizado por meio de placa R-19, sem a necessidade da presença de Autoridade de Trânsito ou de seu agente, de forma a permitir a detecção e registro automático de dados de fluxo viário e a captação da imagem do veículo que esteja trafegando acima da velocidade regulamentada para o local e restrição de circulação de veículo.;*
>
> ***2. EQUIPAMENTO TIPO FIXO, DOTADO DE REGISTRADOR DE IMAGENS DE COMETIMENTO DE INFRAÇÃO DE TRANSITAR EM LOCAL/HORÁRIO NÃO PERMITIDO PELA REGULAMENTAÇÃO – CARGA (LAP)***
>
> ▪ ***Os equipamentos para a fiscalização eletrônica de infrações dotados com sistema de Leitura Automática de Placas (LAP)****, devem ser capaz de fiscalizar todos os tipos de veículos automotivos (motos, veículos de passeio, caminhão, ônibus), dependendo da situação, tanto pela traseira quanto pela dianteira, enviando online para a central de processamento e monitoramento, as imagens capturadas dos veículos em situações de cometimento de infração de trânsito detectando no mínimo os seguintes tipos de infrações: ▪ 5746-3: Art.*

187, I, CTB - Transitar em local/horário não permitido pela regulamentação – Carga.

3. SOFTWARE PARA ADMINISTRAÇÃO E PROCESSAMENTO DOS AUTOS DE INFRAÇÃO DE TRÂNSITO MANUAIS E ELETRÔNICOS

4. Central de Análises e Monitoramento (Central de Monitoramento de Trânsito - CMT)

Ora, não se vislumbram os benefícios que a execução do contrato por uma única empresa traria e que não poderiam ser obtidos com a contratação de um consórcio.

Situação esta que, sem dúvidas, agregaria a eficiência desejada ao desempenho do contrato ao ter duas empresas absolutamente especializadas atuando em cada um dos ramos licitados.

Assim, se houver alguma justificativa técnica para embasar a restrição de consórcios, esta deve ser exposta aos interessados, sob pena de se estar diante de um **ato administrativo nulo** – no caso, o próprio edital de licitação.

Trata-se de posição assente à doutrina e, também, às orientações do Tribunal de Contas da União, vejamos:

> "9.2.3.5. **explicite as razões para a admissão ou vedação à participação de consórcio de empresas**, uma vez que o **princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões, inclusive das discricionárias**."
> **Acórdão 1453/2009 – Plenário**

> "**Restrição ao caráter competitivo da licitação**, verificada no item 3.2 do edital da Concorrência... que **não permite a participação de consórcios**, com infringência ao art. 3º, §1º, da Lei nº. 8.666/93, bem assim entendimento do TCU expresso no Relatório e voto condutor no Acórdão 269/01 da 1ª Câmara e da Decisão 82/01, 1ª Câmara, Ata 13/01"
> **Acórdão 1977/04**

> "Embora discricionária, nos termos do caput do art. 33 da Lei no 8.666/1993, quando houver a opção da Administração pela restrição a participação de consórcios na licitação, **tal escolha deve ser precedida das devidas justificativas no respectivo processo administrativo, especialmente quando a vedação representar risco a competitividade do certame**."
> **Acórdão 1636/2007 Plenário (Sumário)**

Resta claro que a vedação de consórcios é cláusula posta a **restringir o caráter competitivo da licitação** – situação que se consagra à complexidade do objeto licitado

Afinal, repita-se, é absolutamente razoável que, *verbi gratia*, duas empresas comunguem do interesse de acudir à licitação, sendo uma atuante nos serviços de processamento, e outra no fornecimento dos equipamentos, por exemplo.

Ao passo em que permitir a participação somente de empresa que isoladamente congregue todos os serviços envolvidos **reduz drasticamente o número de possíveis interessados**, **restringindo o caráter competitivo do certame**, em clara ofensa ao art. 3º §1º inc. I da Lei nº. 8.666/93.

Trata-se de entendimento já assente à jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. SUSPENSÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 001/2005 DIANTE DA FRUSTRAÇÃO DO CARÁTER COMPETITIVO PELO NÃO FRACIONAMENTO DO OBJETO DO CERTAME. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Além de garantir a proposta mais vantajosa para a Administração, a licitação se destina a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia. Na Lei 8.666/93 o princípio da impessoalidade está inserido também 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. .... 3. **Assim, se a Administração pretende a contratação de um serviço de forma global, para atender a seus interesses, expondo os motivos dessa integração, colocando-se à disposição para dirimir eventuais dúvidas, proporcionando, inclusive, a participação de consórcio de empresas na licitação, não há que se falar em limitação da concorrência**. 4. Agravo de Instrumento desprovido. (TRF1 – SEXTA TURMA - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200501000411989 - DJ DATA: 04/12/2006 PAGINA: 171)

Segue, também, a esteira da hermenêutica constante ao Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PUBLICA. PERMISSÃO DE CONSORCIO. COMPETITIVIDADE ASSEGURADA. FINANCIAMENTO INTERNACIONAL. POSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCIPIO DA ISONOMIA. LEI 8.666, DE 21/06/93, ARTS. 3, PARAG. 1, 7, PARAG. 3, 15, I E IV, 23, PARAG. 1, 33 E 42, PARAG. 5.
> I - A EXIGÊNCIA GLOBALIZADA EM UMA ÚNICA CONCORRÊNCIA DESTINADA A COMPRA DE UMA **VARIEDADE HETEROGÊNEA DE BENS** DESTINADOS A EQUIPAR ENTIDADE HOSPITALAR **NÃO VEDA A COMPETITIVIDADE** ENTRE AS EMPRESAS CONCORRENTES **DESDE QUE O EDITAL PERMITA A FORMAÇÃO DE CONSORCIO** QUE, ULTIMA RATIO, RESULTA NO PARCELAMENTO DAS CONTRATAÇÕES DE MODO A AMPLIAR O ACESSO DE PEQUENAS EMPRESAS NO CERTAME, NA INTELIGÊNCIA HARMÔNICA DAS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NOS ARTIGOS 23, PARAGRAFO 1 E 15, IV, COM A REDAÇÃO DO ART. 33, TODOS DA LEI 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. II - ... III -... IV - ... V - ... VI - RECURSO ORDINARIO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO.
> (RMS 6597/MS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/1996, DJ 14/04/1997, p. 12702)

Ora, nesta senda, tem-se por **dever** da Administração Pública estabelecer ao instrumento convocatório a possibilidade de subcontratação e seus termos, pois **amplamente favorável ao erário público**, conforme entendimento exarado por Marçal Justen Filho:

> *"Não se admite a natureza personalíssima do contrato administrativo.*
> (...)
> *Portanto e em tese, o que interessa à Administração é o recebimento da prestação ofertada na proposta vencedora. A identidade do executante da prestação até pode ser irrelevante, desde que o contratado se responsabilize pela perfeição do adimplemento.* (...)
>
> *A lei autoriza, porém, que a Administração, em cada caso, avalie a conveniência de permitir a subcontratação, respeitados limites predeterminados.*
> *A hipótese toma-se cabível, por exemplo, quando o objeto licitado comporta uma execução complexa, em que algumas fases, etapas ou aspectos apresentam grande simplicidade e possam ser desempenhados por terceiros sem que isso acarrete prejuízo."*

Requer-se, assim, seja suspenso o edital de licitação, sendo republicado para permitir a participação de empresas em consórcio, ou, ainda, que seja expressamente motivada sua proibição.

2. Da Ausência de Orçamento Detalhado – Art. 7º §2º Inc. II da Lei n. 8.666/93

O edital em cotejo, possui grave vício de legalidade ao **não apresentar qualquer ESTIMATIVA dos custos envolvidos**, como de implantação e instalação dos equipamentos.

Exigência claramente imposta pela Lei n. 8.666/93:

> *Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência:*
>
> ...
>
> *§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:*
>
> ...
>
> *II - **existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários**;*

Tal necessidade é de extrema relevância para o órgão licitante – que terá a exata e precisa noção do que irá dispender com a contratação.

Como bem mostra Cláudio Sarian Altounian, *in* Obras Públicas – licitação, contratação, fiscalização e utilização, 1ª Edição, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2007, pág. 108:

> O orçamento detalhado traduz em termos quantitativos e financeiros os serviços que serão contratados e, por esse motivo, situa-se entre os documentos importantes do processo licitatório pelos seguintes fatos:
>
> a) Funcionará como parâmetro para a Administração fixar os critérios de aceitabilidade de preços globais e unitários do edital; e
>
> b) Será a principal referencia, na fase externa da licitação, para a análise das propostas das empresas concorrentes.

E diz mais:

> Qualquer falha na elaboração dessa peça causará sérios problemas durante o decorrer de todo o empreendimento. Não é por acaso que a Lei nº 8.666/93 se refere a orçamento e a preços ou quantidades em diversos dispositivos de seu texto e exige a existência de planilhas que expressem a composição de todos os custos unitários do empreendimento para o início da licitação de obras e serviços.

Trata-se de grave lacuna, pois cerceia a informação direta às condições mínimas da execução contratual, inviabilizando a elaboração de propostas adequadas ao objeto licitado.

Sobre o tema, ao dispor sobre a relevância do art. 7º da Lei nº. 8.666/93, Jessé Torres Pereira Junior leciona que:

> "O §2º traz relevantíssima inovação ao submeter a licitação de obra ou serviço ao condicionamento de seus incisos: projeto básico, orçamento decomposto em planilhas, previsão de recursos orçamentários, e inserção nas metas de plano plurianual. **A lei vincula a instauração da licitação a tais requisitos, cuja falta vicia o certame.** Sua sobrevinda não emenda o vício, a menos que a Administração demonstre que o projeto básico, o orçamento, a previsão dos recursos e a inclusão do objeto no plano plurianual já existiam quando da publicação do ato convocatório do certame, apenas, por lapso, não tendo sido entranhados nos autos do respectivo processo administrativo. A inexistência dos requisitos induz nulidade (v. art. 7º, §6º); sua existência fora dos autos caracteriza irregularidade sanável. A semelhante conclusão chegou a auditoria do Tribunal de Contas da União nos autos do processo 450.393/96-8 (Decisão nº 698/97, Plenário, rel. Min. Carlos Átila), ao advertir que, tendo a contratação ocorrido sem os referidos elementos, **'a posterior apresentação dos mesmos não elide a irregularidade, pois deveriam estar presentes antes da contratação, de modo a balizar os custos e permitir aos interessados apresentar propostas adequadas,** sem desvios de sobrepreço e superdimencionamento, como se verifica no presente caso'(DOU de 27.10.97, pág. 24.232)." (in Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2002, p. 121/122 – grifos nossos)."

Ao mesmo mote tem-se a dicção doutrinária de Joel Menezes Niehbur:

"Como assinalado acima, o inciso II do §2º do art. 40 da Lei nº. 8.666/93 prescreve, de modo geral, que o orçamento estimado em planilha é anexo obrigatório e parte integrante do edital de licitação. Logo, o preço estimado deve acompanhar todos os editais de licitação, tal qual ocorre com o projeto básico."

Corrobora com este entendimento, percuciente decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, ao analisar caso análogo:

> ADMINISTRATIVO -MANDADO DE SEGURANÇA -LICITAÇÃO - CONTRATAÇÃO DE OBRA -EDITAL -INOBSERVÂNCIA DE EXIGÊNCIA LEGAL -ANULAÇÃO DO CERTAME DE OFÍCIO PELA ADMINISTRAÇÃO -LEGALIDADE DO ATO.I -Em seus artigos 7º, § 2º, II e 40, § 2º, II, a Lei nº 8.666/93 exige que **o edital de licitação para a contratação de obra contenha orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários.**7º§ 2ºII40§ 2ºII8.666II - Ao constatar que o edital não cumpriu a exigência acima, a Administração houve por bem, de ofício, anular todo o procedimento, o que, longe de violar direito líquido e certo da Impetrante, constitui verdadeiro dever, tendo em vista o disposto no § 6º do art. 7º do Estatuto Licitatório e a necessidade de observância do princípio da legalidade.III -Apelação desprovida.
> (66810 RJ 2005.51.01.023927-0, Relator: Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER, Data de Julgamento: 04/07/2007, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::23/07/2007 - Página::212)

O que se tem ao caso em tela é vício a ensejar a nulidade de todo o certame, pois furta dos interessados a possibilidade de verificar o que foi estimado e considerado ao conceber o objeto licitado.

E, se não houver o correto entendimento do orçamento, dá-se azo a uma proposta fora de sincronia, deixando o contrato passível de inexecução – situação que não interessa nem às empresas, nem à Administração Pública.

De tal forma, se estará descumprindo à norma insculpida ao art. 37 inc. XXI da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> ...
>
> 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.

Percepção, diga-se, já albergada às orientações do Tribunal de Contas da União, por ocasião do acórdão nº. 72/2004, em que assim foi fixado:

> "31.2) fixar, com fulcro no art. 71, IX, da Constituição Federal e no art. 45 da Lei nº 8.443/92, prazo para que a DATAPREV declare a nulidade da Tomada de Preços nº 05/2003 (CP nº 2003.0303.01), **uma vez que o edital não apresentou o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, em infringência ao disposto no art. 40, § 2º, inc. II da Lei nº 8.666/93 e em virtude das exigências de qualificação técnica que restringiram, efetivamente, a participação de empresas no certame, exorbitando o limite do indispensável à garantia do cumprimento das obrigações, previsto no art.37, item XXI da Constituição Federal;"**

Diante o descumprimento inequívoco de tais requisitos de validade ao edital, é dever da Administração Pública rever todo o procedimento que instaurou o processo licitatório, evitando com isso, futuras nulidades e consequentes prejuízos ao erário público.

3. Ausência Dos Estudos Técnicos – Resolução 798/2020 CONTRAN

É de conhecimento amplo que os serviços licitados possuem regulamentação específica pelo Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, o qual expediu a resolução nº. 798/2020, a qual sucedeu a resolução nº 396, de 13 de dezembro de 2011, que assim dispõe:

> *Art. 5º Cabe ao órgão ou entidade com circunscrição sobre a via* ***determinar a localização, a sinalização, a instalação e a operação dos medidores de velocidade****.*
>
> *Art. 6º A instalação e operação de medidores de velocidade do tipo fixo* ***deve atender aos seguintes requisitos****:*
>
> *I - para os controladores de velocidade,* ***realizar Levantamento Técnico****, com periodicidade bienal, para verificação ou readequação da sinalização instalada ao longo da via, na forma do ANEXO I;*
>
> *II - para os redutores de velocidade,* ***realizar Estudo Técnico****, com periodicidade anual, em trechos críticos, com índices de acidentes, ou locais onde haja vulnerabilidade dos usuários da via, de modo a se comprovar a necessidade de redução pontual da velocidade, na forma do ANEXO II.*
>
> *...*
>
> ***§ 3º Os Levantamentos Técnicos e os Estudos Técnicos devem:***

> *I - estar disponíveis ao público na sede do órgão ou entidade executivo de trânsito ou rodoviário com circunscrição sobre a via e em seu site na rede mundial de computadores; e*

Ora, o CONTRAN é específico ao estabelecer condições necessárias para a implementação os equipamentos medidores de velocidade, de tal forma que **sua inaplicabilidade enseja na nulidade das infrações impostas pelos equipamentos.**

Afinal, como saber se os locais estão adequados, onde encontrar as justificativas hábeis a fundamentar a escolha de cada equipamento licitado, bem como cada local escolhido?

Sobre tal situação já bem se pronunciou o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, assim orientando:

> *Quanto aos estudos e demonstrativos que* **devem ser realizados para a instalação de instrumentos ou equipamentos de fiscalização de trânsito**, *que* **devem estar em conformidade com as exigências da Resolução do Contran no 396, de 13 de dezembro de 2011**.
>
> *O Anexo I da referida Resolução, no item A — "Estudo Técnico: Instalação de Instrumentos ou Equipamentos Medidores de Velocidade" —, define a necessidade de histórico descritivo das medidas de engenharia adotadas antes da instalação dos equipamentos. Quando for o caso, conforme o item B — "Estudo Técnico: Monitoramento da Eficácia dos Instrumentos ou Equipamento Medidores de Velocidade" — define a necessidade do histórico descritivo das medidas de engenharia adotadas antes e após a instalação do equipamento, se já existirem instrumentos em operação em algum dos locais.*

E assim **embasa a importância de tais estudos**:

> *Para se resolver qualquer problema, primeiro é necessário conhecê-lo, e bem. A definição dos locais para a instalação dos equipamentos deve estar adequadamente embasada em estudos de acidentes, em seu tipo e, principalmente, nas suas causas. Como anteriormente afirmado, apenas o número total de acidentes de trânsito em uma via, sem a indicação precisa do local onde ocorreu cada um dos acidentes, não fornece subsídio e não é parâmetro para a intervenção do Município. Somente a análise de cada acidente ocorrido pode servir de base para ações visando a sua mitigação.*
> *(http://www.tce.sc.gov.br/sites/default/files/cartilha_radares_tce_101012%20(final)_0.pdf)*

Sem tais estudos, está VICIADO O EDITAL, pois não atende ao princípio da legalidade quando deixar de cumprir com o disposto à Resolução nº. 798/2020 do CONTRAN.

São pontos que permeiam também o presente edital, devendo de imediato ser suspenso e revisto, preservando a legalidade, a moralidade e, ao final, a probidade administrativa.

4. **Exigência sem justificativa: necessidade de fornecimento de equipamentos novos.**

Inicialmente, cumpre informar o item 3.1.3 do Anexo I do Termo de Referência em suas alínea assim exigem:

No item 3.1.3. do Anexo I do Termo de Referência, temos: Todos os equipamentos a serem fornecidos deverão ser novos e de primeiro uso;

Exigência idêntica a essa já foi condenada pelo Tribunal de Contas da União:

> *"(...) Uma vez definidos objetivamente critérios que serão utilizados para aferir o desempenho do vencedor do certame na execução do contrato e considerando que equipamentos novos e usados podem, igualmente, atender a contento as necessidades da Administração pública,* ***entende-se não haver razões para se exigir dos licitantes a utilização de equipamentos de primeiro uso*** *(...) Conforme instrução da Unidade Técnica (Secretária de Controle externo de aquisições logísticas - SELOG) TC 016.274/2016-04, anexa ao Acórdão 2763/2016.*

Note que a característica irregularmente exigida pelo edital foi refutada pela corte de contas, não cabendo ao órgão licitante LICITAR ESPECIFICAMENTE PRODUTO NOVO OU USADO, mas, sim, as **FUNCIONALIDADES DESEJADAS**.

E mais: **é obrigação da CONTRATADA manter TODOS OS EQUIPAMENTOS EM FUNCIONAMENTO** durante toda a execução contratual – assim, esta é a exigência que deve ser feita: **os equipamentos deverão estar SEMPRE operando.**

A propósito a máquina (usada) que já passou pelo processo verificação inicial é demasiadamente mais eficaz que a nova máquina (sem uso), isso porque a usada já passou por árduo processo de calibração, o que a torna superior as novas em termos de aproveitamento e assertividade!

Neste sentido repisa-se que uma das obrigações da contrata será manter os equipamentos em funcionamento constante, seja com manutenção preventiva, seja com manutenção corretiva, portanto, o fato de ser equipamento novo tão somente macula a ampla concorrência e reduz a possibilidade das licitantes em cotarem preços mais baixos no certame licitatório!!

O item 3.7.26 do Anexo I - Termo de Referência corrobora o entendimento:

> *A Contratada deverá realizar Manutenção Corretiva com o* ***objetivo de recolocar os equipamentos em perfeitas condições de uso, compreendendo substituições de peças, reparos e ajustes necessários, de acordo com os manuais do fabricante e normas técnicas específicas, observando-se as características e quantidades elencadas neste projeto****.*

Assim, deve ser corrigido o edital em tal ponto, de forma a atrair o maior número de interessados.

Neste sentido, traz-se a doutrina de *Joel de Menezes Niehbur*, em sua recente reedição da obra Licitação Pública e Contrato Administrativo, pag. 46:

> *"O princípio da competitividade significa a exigência de que a Administração Pública fomente e busque agregar à licitação pública o maior número de interessados, para que, com olhos na eficiência e na isonomia, aumentando o universo das propostas que lhes são encaminhadas, ela possa legitimamente escolher aquela que seja a mais vantajosa ao interesse público."*

Ou seja: se está **DIRECIONANDO O EDITAL** para algumas poucas empresas, **deixando de fora outra tantas**, cuja participação acirraria a COMPETITIVIDADE DO CERTAME – beneficiando, assim, o Município, que certamente obteria preços muito mais vantajosos.

Ocorre que além de frustrar o caráter competitivo, tal preferência não possui **qualquer justificativa técnica**, afinal, **o único objetivo do município é medir a velocidade para fins de fiscalização**, independente da minúcia tecnológica empregada.

Destituída de qualquer justificativa **técnica**, tal exigência infringe a expressa

vedação do art. 7º §5º da Lei nº. 8.666/93:

> *Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:*
>
> *...*
>
> *§ 5º* ***É 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.*
>
> *§ 6º* ***A infringência do disposto neste artigo implica a nulidade dos atos ou contratos realizados e a responsabilidade de quem lhes tenha dado causa****.*

Destaca-se que em se tratando de fiscalização de trânsito, o favoritismo para este ou aquele equipamento é **o mesmo que estampar a marca da empresa no preâmbulo do edital** – situação veemente vedada pela ampla doutrina e jurisprudência brasileira.

se que em se tratando de fiscalização de trânsito, o favoritismo para este ou aquele equipamento é o mesmo que estampar a marca da empresa no preâmbulo do edital – situação veemente vedada pela ampla doutrina e jurisprudência brasileira.

Nesse sentido, percuciente é a colocação de Joel Menezes Niebuhr, em que corrobora tal entendimento:

> *"A justificativa, para ser legítima, deve demonstrar que somente a marca eleita atende ao interesse público, que ela tem peculiaridades que nenhuma outra tem e que elas são fundamentais, repita-se, para o interesse público. Isto é,* ***deve-se demonstrar que nenhuma outra marca, afora a exigida no instrumento convocatório, atende ao interesse público."***

Corrobora com esse entendimento, Carlos Pinto Coelho Motta, ao dispor:

> *"... **as exigências quanto à qualificação técnica devem obrigatoriamente ser motivadas e também divulgadas**. Na fase interna do certame, os dados requeridos, quanto à capacidade técnica profissional e operacional do licitante, devem estar devidamente motivados, ..."*

Para uma correta contratação, a Administração Pública deve expor nas **especificações do Projeto Básico as condições mínimas necessárias para que sua finalidade seja atingida**, sem privilégios ou escolhas sem fundamento.

No entanto, o que se apresenta é a determinação por equipamento NOVO que realiza a mesma função do equipamento USADO.

Ambos são capazes de medir a velocidade!

O Tribunal de Contas da União mantém o mesmo posicionamento ao estabelecer:

> *"A jurisprudência do Tribunal tem se manifestado no sentido de **que a indicação expressa de marca frustra, em termos gerais, o caráter competitivo da licitação, sendo admitida apenas nos casos em que a alternativa adotada é a mais vantajosa e a única que atende às necessidades do Órgão ou Entidade**, conforme dispõem os Acórdãos nº 0088/2008-Plenário, 1427/2008-Plenário e 2300/2007-Plenário. (Acórdão 30/2009 - Plenário)*

Ora! O mínimo razoável em um edital, é que as exigências técnicas não restrinjam o caráter competitivo, mas caso necessário, que sejam justificadas.

Há, assim, **sérios indícios de direcionamento do edital**, ao ser exigida

característica **RESTRITIVA** e carente **de justificativa técnica**.

Além disso, é importante lembrar que frustrar **o caráter competitivo do certame é crime**, tipificado no art. 90 da lei de Licitações, conforme bem esclarecido por Diógenes Gasparini, in Crimes na Licitação:

> ***"Frustra-se o caráter competitivo da licitação, por exemplo, quando o servidor, em razão do ajuste efetivado com um certo concorrente, prevê, no edital, exigência que poucos podem satisfazer****, (...). O caráter competitivo é a circunstância que torna a escolha do negócio de interessa da Administração Pública dependente de licitação. (...) O que se proíbe, então, é frustrar ou fraudar mediante ajuste, combinação ou por qualquer outro meio essa competição, evitando a disputa entre os interessados e abrindo oportunidade para a contratação direta."*

O Tribunal de Contas da União reconhece, da mesma forma, como crime a restrição ao caráter competitivo:

> "...o artigo 90 da Lei 8.666/1993 engloba os aspectos da frustração e da fraude à licitação. **A definição de pré-condições editalícias tendenciosas é apenas um dos muitos exemplos de frustração...** " (Acórdão 1433/2010 - Plenário)

Ao estabelecer característica específica, a despeito de existirem outras que atingem a mesma finalidade, caracteriza um claro direcionamento do Edital, frustrando seu caráter competitivo.

Entende-se que, o edital deve objetivar a contração de serviços, os quais serão remunerados por desempenho.

Assim, não há que se adentrar ao mérito de os equipamentos utilizados pela contratadas serem novos ou usados, sendo uma estratégia comercial de cada licitante interessada.

5. **Restrição da Ampla Competição – Exigência de certificações específicas. Item 3.7.15 do Anexo I – Termo de Referência.**

Inicialmente, cumpre informar o item 3.7.15 do Anexo I do Termo de Referência em suas alíneas assim exigem:

1. **Na alínea "C", item 3.7.15 do Termo de Referência, temos:** *Ser compatível com as **plataformas VMware, Microsoft Hyper-V, MS Exchange, SQL Server, MySQL, Windows System backup and restoration e Windows System State and restoration;*** (grifo nosso)

2. **Na alínea "h",i tem 3.7.15 do Termo de Referência, temos** *O fornecedor da solução de backup deverá ter em seu quadro de funcionários no mínimo um profissional com a **certificação CISSP**,* (grifo nosso)

3. **Na alínea "P",i tem 3.7.15 do Termo de Referência, temos:** *A criptografia implementada pelo software deverá ser compatível à **certificação FIPS** (Federal Information Processing Standards) AES 256 bits;* (grifo nosso)

A lisura do pleito parece comprometida por manter exigências técnicas exacerbadas e específicas, passíveis de serem atendidas por um parco número de interessados, ou, quiçá, por apenas um!

As exigências impostas no tocante às obrigações de **adotar sistemas e certificações únicas, revela uma especificidade introduzida com o aparente propósito de dirigir-se à disputa**.

Em primeiro, porque não se mostra razoável que a Prefeitura venha estabelecer apenas a obrigatoriedade de sistemas *Microsoft* (*Microsoft Hyper-V, MS Exchange, SQL Server, Windows System backup and restoration* e *Windows System State and restoration*) e **NÃO PERMITIR outros sistemas como VMware e MySQL (Pertencente a Oracle)**.

No tocante a **certificação CISSP**, **é notória a existência de outras certificações no mercado que garantem a segurança da informação**, citamos como exemplo: *AWS, MICROSOFT, CISCO, REDHAT*, dentre outras.

Já a obrigatoriedade da certificação FIPS (*Federal Information Processing Standards) AES 256bits*) determinada no edital para a implementação da criptografia, nada mais é do que uma norma do governo dos Estados Unidos que descreve a criptografia e os requisitos de segurança relacionados com produtos de TI.

Atente-se que a maioria dos editais relacionados ao objeto desta licitação **exige-se apenas a certificação de órgão técnico governamental**.

Evidente, portanto, tratar-se de requisitos obrigatórios notadamente esdrúxulos, sem qualquer amparo de razoabilidade.

Nesse sentido **os requisitos impostos ganham, realmente, ares de uma particularidade imposta aparentemente com o vil propósito de dirigir a disputa em talvez favorecimento, sendo certo que especificidades dessa ordem se mostram condenáveis pela lei aplicável**, pela melhor doutrina e por inúmeros julgados das Cortes de Contas, todos unânimes na interpretação de constituírem vício capaz de macular a licitação – e leva-la à nulidade – por ofensa à ampla competição dos interessados:

"Art. 3º ***A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração*** *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.*

§ 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****;" (grifos nossos)"*

"Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:
§5º. ***É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos ou quaisquer outras não previstas nesta Lei****, que inibam a participação na licitação".*

"Também não se admitem requisitos que, restritivos à participação no certame, sejam irrelevantes para a execução do objeto licitado. ***Deve-se considerar a atividade principal e essencial a ser executada, sem maiores referências a especificações ou detalhamentos. " (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, MARÇAL JUSTEN FILHO, 9ª. Ed. 2002, p. 327 g.n)***

> *"O edital estará irregular quando previr especificações técnicas excessivas para os equipamentos sem demonstração dos fatores de utilidade pública que justifiquem tal necessidade; especificações essas que podem levar ao direcionamento do certame". Isso o que claramente preceituou o E. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina em aplaudido exemplo de defesa da franca competição* ***(in Orientações para a Contratação de Serviços de Controladores Eletrônicos de Trânsito" – TCE-SC – 2012)***

O fato, portanto, é que **a manutenção dessas particularidades exigidas levará à redução do universo de participantes, todos lamentavelmente à mercê de fornecedor que possui tais certificações**, sendo certo que, este, é quem vai definir a disputa.

Portanto, não se mostra absurdo crer que licitação aberta se fará com pouquíssimos participantes interessados, culminando com ofertas muito próximas do valor orçado, sem que o desconto e a economia, portanto, atinjam níveis estrondosos em favor do Erário Público, como se vê em resultado de licitações limpas, transparentes e sem dirigismos, que efetivamente permitem o maior número de ofertas.

Assim, sob tal aspecto, o edital merece reforma.

Dos Pedidos

Por todo o exposto, requer a Impugnante sejam acolhidas as razões da presente impugnação, para que, em vista das ilegalidades apontadas, esta douta autoridade proceda à retificação do edital, ou, sendo o caso, sua anulação, nos termos do art. 49 da Lei n. 8.666/93.

Ressalte-se, por oportuno, que o inteiro teor dessa peça impugnatória estará sendo levado ao conhecimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo para que exerça a função de fiscalização que lhe é peculiar e para que se pronuncie acerca das ilegalidades apontadas.

Nestes Termos, Pede Deferimento.

São José dos Campos/SP, 28 de setembro de 2022.

ANTONIO ALEXANDRE MILANI:05465635894

Assinado de forma digital por ANTONIO ALEXANDRE MILANI:05465635894
Dados: 2022.09.29 17:16:22 -03'00'

FOTOSENSORES TECNOLOGIA ELETRÔNICA LTDA

CNPJ sob o nº 73.688.517/0001-99
ANTONIO ALEXANDRE MILANI
Procurador
RG nº 13.394.394-X