

ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO GONÇALO - RJ.

Ref.: Edital de Licitação - Concorrência Pública nº 011/2022.

CITELUZ SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO URBANA S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 02.966.986/0001-84, com endereço na Rua Ewerton Visco, nº 290, Edif. Boulevard Side Empresarial, Sala 2302, Caminho das Árvores, Salvador – BA, CEP: 41.820-022, por meio do seu representante abaixo assinado, vem, respeitosamente, apresentar a sua

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

com fulcro nos artigos 5º, XXXIV, “a” da Constituição Federal de 1988 e no art. 41, §2º, da Lei nº. 8.666/93, tendo em vista os fatos e fundamentos de direito a seguir aduzidos.

1. DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, deve-se registrar a plena tempestividade desta Impugnação, dado que a data para abertura do processo está prevista para o dia **27/07/2022**, tendo sido cumprido, portanto, o prazo de 05 (cinco) dias úteis, previsto no art. 41, § 1º da Lei nº 8.666/93.

2. DO OBJETO DA LICITAÇÃO

Em breve síntese, a Concorrência Pública nº 011/2022 tem como objeto a “**CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA PARA GESTÃO PLENA DO SISTEMA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE SÃO GONÇALO, COMPREENDENDO A INFRAESTRUTURA ELÉTRICA DAS ÁREAS PÚBLICAS E DE MANUTENÇÃO DE TODO O ATIVO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA MUNICIPAL**”.

Ocorre que, após analisar detidamente os itens que compõem o Edital e seus anexos, a Impugnante verificou a ocorrência de **vícios graves** que, caso não sejam sanados, seguramente atrairão a atuação dos órgãos de controle, com a consequente invalidação de todo o processo licitatório.

Diante disso, passa-se a expor, de forma direta, os fundamentos que justificam a presente Impugnação, visando garantir a higidez e a legalidade deste certame.

3. DOS FUNDAMENTOS DE FATO E DE DIREITO

3.1. DA INADMISSIBILIDADE DE ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS EXCESSIVAS E/OU ABUSIVAS

O art. 37, XXI, da CF/88, estabelece que o processo de licitação pública deve assegurar a igualdade de condições a todos os concorrentes, de modo que somente serão permitidas exigências indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações:

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**.

É indiscutível, portanto, que somente serão admitidas, nas contratações públicas, condições e especificações técnicas relativas ao objeto da licitação e indispensáveis ao cumprimento das obrigações. Por essa razão, toda e qualquer exigência que desborde, injustificadamente, desses limites, deve ser afastada, a fim de garantir a necessária competitividade do certame.

Nesse sentido, o inciso I do §1º do art. 3º da Lei nº. 8.666/93 dispõe, expressamente, que é **vedado** aos agentes públicos **admitir, prever, incluir ou tolerar**, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que **comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**:

Art. 3º. A **licitação** destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da **isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **legalidade**, da **impessoalidade**, da moralidade, da **igualdade**, da publicidade, da probidade administrativa, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. É **vedado** aos agentes públicos:

I - **admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;

(grifos nossos).

Com efeito, tais dispositivos pretendem garantir a observância ao **princípio da competitividade**, que conduz o gestor a buscar, invariavelmente, o maior número possível de competidores interessados no objeto licitado, a fim de **garantir a proposta mais vantajosa** para a Administração Pública.

Equivale dizer, frustrada a competitividade do certame, sem que haja justificativas admitidas pelo ordenamento jurídico, restará frustrado, também, o escopo maior que rege a própria existência do processo licitatório: a contratação da proposta mais vantajosa, com estrita observância à supremacia do interesse público e aos ditames constitucionais e infraconstitucionais.

Outro não é o entendimento do Tribunal de Contas da União – TCU, que, por diversas vezes, se manifestou sobre a necessidade de afastar quesitos cuja comprovação restrinja a competitividade da licitação:

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em: (...)

9.3. Determinar à Dataprev que, quando da abertura de novo procedimento licitatório, observe os seguintes preceitos na elaboração do edital de licitação:

(...)

9.3.2, estabeleça critérios de pontuação que guardem estrita correlação com cada item a ser licitado, explicitando no processo a fundamentação para todos os itens exigidos, objetivando, exclusivamente, identificar as empresas detentoras de maior capacitação técnica, **abstendo-se de incluir quesitos cuja comprovação restrinja a competitividade da licitação, exceto nos casos em que tal comprovação seja estritamente necessária à consecução do objeto;** (Acórdão nº 16712006 - Plenário - TCU, Relator Min. Guilherme Palmeira, Sessão 15/0212006) (grifos nossos)

Destaque-se, ainda, que as normas que disciplinam as licitações públicas devem ser sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, motivo pelo qual as especificações técnicas devem ser absolutamente restritas àquilo que é indispensavelmente necessário ao cumprimento do objeto contratual.

Neste ponto, o posicionamento do TCU é claro no sentido de que “*as exigências previstas na fase de habilitação não podem ser tais a ponto de impedir a participação daqueles que teoricamente estariam aptos a prestar o serviço ou executar a obra*” (Acórdão 93/2015-Plenário, TC 032.357/2014-1, relator Ministro Augusto Nardes, 28.1.2015).

Vincado nessas premissas, a Impugnante verificou que **o Edital impõe especificações técnicas abusivas, excessivas e desarrazoadas**, as quais, seguramente, atrairão a atuação dos órgãos de controle, notadamente em razão de sua **capacidade de comprometer, de forma grave e inadmissível, a competitividade do certame**, violando frontalmente os ditames do processo licitatório.

3.1.1. DAS LUMINÁRIAS LED – ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS EXCESSIVAS E DESARRAZADAS - COMPROMETIMENTO DA AMPLA COMPETITIVIDADE DO CERTAME.

Conforme demonstrado abaixo, o **“item 3.3.1 – Aquisição de Materiais”** do Projeto Básico, anexo ao Edital em epígrafe, apresenta as especificações mínimas das luminárias LED para utilização no Parque de Iluminação do Município:

No que tange as luminárias em LED, estas devem ser certificadas e registradas junto ao INMETRO, com as potências máximas admitidas, 150W, 100W e 60W, e entregar no mínimo 150lm/w correspondentes a eficiência temperatura de cor estabelecida entre 5.800 a 6.500K, prepostos e telegestão.

A certificação e especificação técnica mínima das luminárias LED devem ser comprovadas por meio de apresentação de documentação.

Figura 1: Especificações técnicas mínimas das Luminárias LED conforme Edital

Ocorre que, como se verá, o conjunto de especificações técnicas exigidas no referido documento impede, de forma injustificada, a ampla participação de fornecedores de luminárias com tecnologia LED homologados e certificados pelo INMETRO, os quais, se não fossem os requisitos abusivos constantes do Edital, possuiriam plena capacidade de atender ao objeto licitado.

Como se sabe, a Portaria nº 20/2017 do INMETRO é responsável por regulamentar as características de construção e segurança das luminárias com tecnologia LED utilizadas na iluminação pública viária do país. Nesse sentido, o próprio INMETRO apresenta, em seu *website* (<http://www.inmetro.gov.br/prodcert/certificados/busca.asp>), uma lista de modelos de luminárias certificadas, onde há, atualmente, **1.677 (mil seiscentos e setenta e sete) modelos** cadastrados do equipamento em referência, produzidos por **96 (noventa e seis) fabricantes** diferentes.

Não obstante, **após se aplicar as especificações técnicas mínimas fixadas no Projeto Básico em destaque, APENAS DOIS FORNECEDORES DE LUMINÁRIA** aparentam possuir, em seu catálogo, equipamentos capazes de atender, na íntegra, aos requisitos formulados pelo instrumento convocatório, o que, por si só, é suficiente para demonstrar a violação da ampla competitividade pretendida pelo processo licitatório.



Figura 2: Filtro de fabricantes certificados no INMETRO

Como se disse, a portaria nº 20/2017 INMETRO estabelece os requisitos técnicos que devem ser atendidos pelas Luminárias para Iluminação Pública Viária, utilizando Lâmpadas de Descarga ou Tecnologia LED, que operam com alimentação em corrente alternada (CA) ou contínua (CC), com sistema de controle independente ou embutido, visando à eficiência energética e segurança na utilização das mesmas.

Nesse sentido, deve-se destacar que **o item B.5.2 do Anexo I-B da Portaria** supramencionada, que trata sobre os “Requisitos Técnicos para Luminárias para Iluminação Pública Viária que Utilizam Tecnologia LED”, informa que **a temperatura de cor correlata deverá estar entre 2700K e 6500K**. Veja-se:

B.5.2 O valor da temperatura de cor correlata deverá estar entre 2 700 K e 6 500 K, seguindo as variações estabelecidas na Tabela 4 a seguir:

Tabela 4 – Temperatura de Cor Correlata

Temperatura de cor (K)		
Valor Mínimo	Valor Declarado	Valor Máximo
2 580	2 700	2 870
2 870	3 000	3 220
3 220	3 500	3 710
3 710	4 000	4 260
4 260	4 500	4 746
4 746	5 000	5 312
5 312	5 700	6 022
6 022	6 500	7 042
TCC Flexível (2800 – 5600K)	$TF^1 \pm \Delta T^2$	
1) TF deve ser escolhido em passos de 100 K (2 800, 2 900, ..., 6 400 K), excluindo os valores nominais da TCC listados acima. 2) ΔT deve ser calculado por $\Delta T = 1,1900 \times 10^{-8} \times T^3 - 1,5434 \times 10^{-4} \times T^2 + 0,7168 \times T - 902,55$		

Figura 3: Anexo I-B - Requisitos Técnicos para Luminárias para Iluminação Pública Viária que Utilizam Tecnologia LED
Portaria nº 20/2017 INMETRO

Neste contexto, ao se cotejar as informações apresentadas nas figuras 1 e 3, colacionadas acima, é fácil perceber que, **ao limitar a temperatura de cor entre 5800K e 6500K, o Edital ocasionou uma vasta e injustificada redução na gama de fornecedores dos equipamentos como podemos visualizar na figura 02, prejudicando excessivamente ampla competitividade do certame.**

Em complemento, deve-se enfatizar que o Edital também exige potências máximas e eficiência luminosa mínima a ser utilizada, o que, se somado aos requisitos de temperatura de cor explanada acima mencionados, reduz o leque de fornecedores certificados pelo INMETRO em cerca de 98%, **restando, ao final, apenas 02 (dois) fabricantes capazes de atender aos requisitos do Edital.**

Por tais motivos, não se pode admitir que os referidos itens sejam utilizados como parâmetro no Projeto Básico, sob pena de comprometer, de forma grave e injustificada, a devida competitividade do certame, conforme demonstrado nesta manifestação.

Neste contexto, é imperioso rememorar que **é vedado ao agente público prever ou admitir qualquer cláusula ou condição que frustre o caráter competitivo da licitação e estabeleça preferência ou distinção em razão de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante,** de modo que não se pode admitir a imposição de características desnecessárias ou restritivas, que possam limitar o universo dos competidores.

À luz da desproporcionalidade das exigências ora expostas, é patente o risco de que tais especificações sejam consideradas pelos órgãos de controle (que, seguramente, serão instados a se manifestar) como indícios de direcionamento do certame a um único fornecedor, o que, uma vez comprovado, acarretará na pronta anulação de todo o processo licitatório e responsabilização dos responsáveis.

Tal assunto, inclusive, já foi objeto de reiteradas decisões por parte do Tribunal de Contas da União, conforme demonstrado abaixo:

“(…) 9. Postos esses fatos, em especial os que demonstram possibilidade de direcionamento da concorrência em tela, é de reconhecer o fumus boni iuris nas ponderações apresentadas pela Unidade Técnica. De notar que **o prosseguimento do certame poderá causar prejuízos ao Erário, haja visto que, em princípio, o edital não observa os princípios da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e da isonomia entre os licitantes, uma vez que há indícios de favorecimento** à empresa Politec Ltda. Ressalta-se, adicionalmente, o elevado valor envolvido – cerca de R\$ 8.670.000,00 (oito milhões, seiscentos e setenta mil reais).” (Decisão 819/2000 – Plenário) “Assim, em suma, observamos que não foram suficientemente ilididos os questionamentos em tela, podendo-se concluir pela responsabilidade da presidente (como de todos os membros) da CLP, por agir de forma ao menos omissiva, permitindo que houvesse o direcionamento, os sobrepreços e o favorecimento questionados. Por isso, sujeita-se a responsável à multa prevista no art. 43, parágrafo único, da Lei nº 8.443/92, na proporção, opinamos, de 15%. (RI-TCU, art. 220, inc. III).”(ACÓRDÃO N° 105/2000 – TCU – Plenário AC-0105-20/00-P)” (grifos nossos).

“Abstenha-se de incluir, nos instrumentos convocatórios, excessivo detalhamento do objeto, de modo a evitar o direcionamento, devendo justificar e fundamentar tecnicamente quaisquer da licitação ou a restrição de seu caráter competitivo especificações ou condições que restrinjam o universo de possíveis fornecedores do bem a ser adquirido ou prestadores do serviço objeto do certame. (Acórdão 1547/2008 Plenário)”. (grifos nossos).

“Abstenha-se de incluir em instrumentos convocatórios exigências não justificadas que restrinjam o caráter competitivo das licitações, em observância ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e em atendimento aos dispositivos legais que vedam cláusulas editalícias restritivas da competitividade, em especial o art. 3º, § 1º,

inciso I, o art. 30, § 1º, inciso I, e § 5º, da Lei nº 8.666/1993. (Acórdão 1312/2008 Plenário)". (grifos nossos).

Desse modo, de uma simples análise do objeto licitado, é fácil perceber **que as exigências ora impugnadas, além de não consistirem em elementos essenciais, tampouco representarem garantias sobre o objeto da licitação, afastam do certame um largo conjunto de empresas altamente capacitadas para atender ao objeto desta licitação, impedindo, assim, a obtenção da proposta mais vantajosa por parte da Administração Pública.**

Diante disso, considerando o grave comprometimento da competitividade do certame em razão do conjunto de especificações técnicas desproporcionais e desarrazoadas propostas no Termo de Referência, requer-se, desde já, a revisão destas exigências, com a finalidade de evitar o excessivo detalhamento do objeto, capaz de comprometer a legítima competitividade do certame.

3.1.2. DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE AMBIENTAL OPERACIONAL

Conforme detalhado anteriormente, a presente licitação visa a *"Contratação De Empresa Especializada Para Gestão Plena Do Sistema De Iluminação Pública Do Município De São Gonçalo, Compreendendo A Infraestrutura Elétrica Das Áreas Públicas E De Manutenção De Todo O Ativo De Iluminação Pública Municipal"*.

Nesse sentido, o art. 30, da Lei nº 8.666/93 dispõe que:

Art. 30. A documentação relativa à **qualificação técnica** limitar-se-á a:

(...)

II - comprovação de aptidão para desempenho de **atividade pertinente e compatível** em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a **realização do objeto da licitação**, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

§1º. A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas

jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, **limitadas as exigências a:**

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, **limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;**

§2º - As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

Ocorre que o **item 6.4.3.1, c, do Edital** exige, como requisito para a qualificação técnica-operacional do licitante, a apresentação de **certidão de regularidade ambiental operacional**, conforme demonstrado abaixo:

6.4.3 CAPACITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL:

6.4.3.1 A empresa deverá apresentar atestado(s) fornecido(s) por pessoas jurídicas de direito público ou privado comprovando a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características com o objeto da licitação. A comprovação será feita por meio de apresentação de atestado(s), devidamente assinado(s), carimbado(s), e preferencialmente em papel timbrado da empresa ou órgão tomador do serviço.

(...)

c) Certidão de regularidade ambiental operacional, emitida por órgão competente de jurisdição à sede da licitante, comprovando a regularidade ambiental da mesma em seu ramo de atividade congênere ao objeto da presente licitação.

Com efeito, é evidente que tal exigência desborda dos limites expressos fixados através da Lei nº 8.666/93.

Não obstante, para justificar a inclusão de exigências adicionais, o instrumento convocatório avocou a decisão do TCU, no sentido de que “A exigência de regularidade ambiental como critério de qualificação técnica é legal, **desde que não represente discriminação injustificada entre os licitantes**, uma vez que objetiva garantir o cumprimento da obrigação contratual e **é essencial para que o objeto da licitação seja executado sem o comprometimento do meio ambiente**” (grifos nossos).

Nesta particular, deve-se enfatizar que a decisão do TCU somente permite tal exigência em hipóteses excepcionais e “**desde que não represente discriminação injustificada entre os licitantes**”. Além disso, tal exigência deve ser essencial para “*garantir o cumprimento da obrigação contratual*”, bem assim para que “*o objeto da licitação seja executado sem o comprometimento do meio ambiente*”.

Do mesmo modo, é importante ressaltar que o precedente acima indicado foi fixado a partir da análise de obras de “*recapeamento e restauração da pavimentação asfáltica*”, as quais, evidentemente, possuem impactos ambientais com dimensões distintas daquelas relacionadas às atividades vinculadas ao objeto ora licitado (Gestão Plena Do Sistema De Iluminação Pública Do Município De São Gonçalo).

Desse modo, considerando a natureza do objeto licitado (Gestão Plena Do Sistema De Iluminação Pública Do Município De São Gonçalo), cujos impactos ambientais não justificam a aplicação excepcional da hipótese consagrada no precedente acima mencionado, é fato que a tal exigência representa discriminação injustificada, afrontando, portanto, as disposições da Lei nº 8.666/93.

Diante disso, com o intuito de garantir a ampla competitividade e a isonomia deste processo licitatório, requer-se, desde já, o afastamento desta exigência.

3.2. DA ILEGALIDADE DO PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

De outro lado, deve-se ressaltar que o prazo atribuído no **item 4.7.1 deste Edital** para a sua impugnação destoa daquele estabelecido na Lei nº 8.666/93, bem assim daqueles fixados nos itens 4.7.2 e 4.7.3 do referido instrumento convocatório.

Como se sabe, a Lei nº 8.666/93 dispõe que **qualquer cidadão** poderá impugnar edital de licitação no prazo de **até 5 (cinco) dias úteis** antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, ao passo que ao **licitante** é atribuído o direito de impugnar o Edital **até o segundo dia útil** que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência. Veja-se:

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

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Nesse sentido, os itens 4.7.2 e 4.7.3 do Edital informam que:

4.7.2 Decairá do direito de impugnar os termos do presente Edital, o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação, como dispõe o artigo 41, §2º da Lei 8.666/1993.

4.7.3 Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o presente Edital, devendo protocolar o pedido no Protocolo Geral da Prefeitura Municipal de São Gonçalo, até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação.

Ocorre que o **item 4.7.1 do Edital**, em contraposição aos dispositivos legais e editais acima mencionados, atribuiu a **qualquer interessado** o direito de impugnar o Edital no prazo de **até 02 (dois) dias úteis** antes da data fixada para a abertura da sessão:

4.7.1 **Os interessados poderão formular impugnações ao edital em até 02 (dois) dias úteis anteriores à abertura da sessão**, no seguinte endereço: Departamento de Protocolo Geral, situado à Rua Feliciano Sodré, nº 100 – Centro de São Gonçalo/RJ – Sede da Prefeitura Municipal de São Gonçalo. Ou, de forma eletrônica pelo seguinte endereço: cpl.semcomp@gmail.com.

(grifos nossos).

Sendo assim, considerando que as disposições do **item 4.7.1 do Edital** se contrapõem aos parâmetros estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 41 da Lei nº 8.666/93 e fixados nos itens 4.7.2 e 4.7.3 do Edital, resta impugnado o instrumento convocatório em epígrafe também por este motivo.

3.3. DOS CRITÉRIOS DE DESEMPATE

O art. 45, §2º da Lei nº 8.666/93 estabelece que “No caso de empate entre duas ou mais propostas, **e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei**, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo”.

Percebe-se, assim, que o sorteio somente poderá ser utilizado como critério de desempate após a observância das disposições constantes no §2º do art. 3º da referida Lei:

Art. 3º

(...)

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

V - produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Sucedendo que **o item 8.13 do referido Edital** fixa, diretamente, o sorteio como critério de desempate, sem, entretanto, observar a precedência dos critérios fixados no §2º do art. 3º da Lei nº 8.666/93, conforme exigido no art. 45, §2º do mesmo Diploma:

8.13. No caso de empate entre duas ou mais propostas será realizado sorteio como critério de desempate.

Sendo assim, por violar o art. 45, §2º da Lei nº 8.666/93, também resta impugnado o **item 8.13 do presente Edital**.

3.4. DA ILEGALIDADE DA FIXAÇÃO DA DATA DE ASSINATURA DO CONTRATO COMO TERMO INICIAL PARA O REAJUSTAMENTO

O **item 15.1 do Edital** em referência estabelece que “O valor do contrato poderá ser reajustado de acordo com o IPCA / IBGE acumulado ou outro índice oficial que vier a substituí-lo, após

decorridos 12 (doze) meses, **contados a partir da data de assinatura do contrato**. O reajuste será realizado mediante simples apostilamento”.

Ocorre que, conforme será demonstrado abaixo, a **periodicidade anual do reajuste** dos contratos deve ser contada a partir da data limite para **apresentação da proposta ou do orçamento**, e não da assinatura do contrato.

Como se sabe, o art. 37 da Constituição Federal assegura ao particular que contrata com a Administração Pública o **direito ao equilíbrio econômico-financeiro** do contrato, de modo a garantir que sejam “***mantidas as condições efetivas da proposta***” durante toda a execução contratual:

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.

(grifos nossos).

O reajuste, por sua vez, é um dos institutos legais destinados a assegurar a preservação do equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, visando à recomposição do valor proposto pelo licitante em função dos efeitos deletérios provocados pelo regime inflacionário da economia.

Vincado nessas premissas, a Lei nº 10.192/2001 estabeleceu que a **periodicidade anual do reajuste** dos contratos deve ser contada a partir da data limite para **apresentação da proposta ou do orçamento** a que essa se referir:

Art. 3º Os contratos em que seja parte órgão ou entidade da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios, serão **reajustados** ou corrigidos monetariamente de acordo com as disposições desta Lei, e, no que com ela não conflitam, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

§ 1º A **periodicidade anual** nos contratos de que trata o caput deste artigo será **contada a partir da data limite para apresentação da proposta ou do orçamento** a que essa se referir.

(grifos nossos)

Nesse mesmo sentido, o art. 40, XI, da Lei nº 8.666/93 é enfático ao esclarecer que o critério de **reajuste** deve retratar a variação efetiva do custo de produção, **desde a data prevista para apresentação da proposta ou do orçamento** a que essa proposta se referir:

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

XI - critério de **reajuste**, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, **desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento** a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

(grifos nossos).

Percebe-se, assim, que, para garantir e preservar o efetivo equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é imprescindível que o **prazo inicial para o reajuste seja considerado a partir da data de apresentação da proposta**, notadamente porque, conforme explica Marçal Justen Filho¹, é nesse momento que a equação econômico-financeira se aperfeiçoa, definindo-se a equivalência entre os encargos e as retribuições a serem assumidas pelas partes:

“A equação econômico-financeira se delineia a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, **a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante. A partir de então, essa equação está protegida e assegurada pelo direito**”. (grifos nossos).

Sobre o assunto, veja-se o que diz Rafael Oliveira²:

¹ FILHO, MARÇAL JUSTEN, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12ª ed., Dialética, 2008, p. 717

² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021

“O reajuste possui periodicidade anual e deve ser estipulado por ‘índices de preços gerais, setoriais ou que reflitam a variação dos custos de produção ou dos insumos utilizados nos contratos’ (art. 2.º, § 1.º, da Lei 10.192/2001)”.

Ressalte-se, contudo, que **a periodicidade anual do reajuste deve levar em consideração a data de apresentação da proposta ou do orçamento** a que a proposta se referir (art. 40, XI, da Lei 8.666/1993 e art. 3.º, § 1.º, da Lei 10.192/2001).

Dessa forma, **o prazo de 12 meses para o reajustamento não é contado da assinatura do contrato**, o que permite concluir que o reajuste será possível nos contratos com prazo inferior a um ano (ex.: licitante apresenta a proposta vencedora em maio de 2008, mas o contrato, com prazo de dez meses, é assinado em agosto de 2008. Em maio de 2009, o licitante poderá pleitear o reajuste).

É possível, inclusive, que o reajuste ocorra antes da assinatura do contrato, desde que ultrapassado o prazo de 12 meses da apresentação da proposta³. (...)” (grifos nossos).

Na mesma linha caminha o parecer nº 00004/2019/CPLC/PGF/AGU⁴ da Advocacia-Geral da União (Procuradoria-Geral Federal - Câmara Permanente de Licitações e Contratos Administrativos – CPLC), que esclarece, com precisão, os efeitos prejudiciais de eventuais entendimentos contrários, os quais implicariam no retorno “*ao tempo em que a contratada tentava adivinhar qual seria a inflação do período e incluía em sua proposta a expectativa dessa inflação (‘gordura’)*”:

“(…)”

18. Já no caso de contratos administrativos, **a contagem da anualidade se dá a partir da data limite de apresentação da proposta ou da data do orçamento ao qual a proposta se refere**. É por essa razão que se pode contar a anualidade em contratos administrativos com duração inferior a um ano, não havendo impedimento para o deferimento da repactuação nos contratos administrativos que tenham duração inferior a doze meses.

19. Não é outro o entendimento de Flávio Amaral Garcia:

Feitas essas considerações, a questão posta em exame é a seguinte: poderia o reajuste incidir mesmo nos casos em que o contrato administrativo apresente prazo de duração inferior a um ano?

A meu juízo, a resposta é positiva, ainda que, reconheça-se, a matéria comporte polêmica. Isto porque se a periodicidade anual

³ TCU, Plenário, Acórdão 474/2005, Rel. Min. Augusto Sherman Cavalcanti, DOU 09.05.2005

⁴ <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/procuradoria-geral-federal-1/arquivos/PARECERN000042019CPLCPGFAGU.pdf>

conta-se a partir da data da apresentação da proposta ou do orçamento a que esta se referir e decorridos doze meses desta data, o reajuste será devido, ainda que o contrato tenha prazo inferior a um ano.

[...] Ora, a Lei nº 10.192, de 14.02.200 trata de normas financeiras aplicáveis aos contratos geral, sejam públicos ou privados. **Sucedem que os contratos públicos apresentam sistemática distinta dos contratos privados, já que são, como regra precedidos de licitação pública. E não se ignora que entre a data da apresentação da proposta no certame e da assinatura do contrato, pode decorrer tempo suficiente que desatualize o valor real originariamente ofertado.**

Daí o legislador - frise-se inteligentemente - ter permitido o reajuste, observada a periodicidade anual, a partir da data da apresentação da proposta, pouco importando, nos casos dos contratos administrativos, que o seu prazo de duração seja inferior a um ano. (Flávio Amaral Garcia, Aspectos Polêmicos da Cláusula de Reajuste nos Contratos Administrativos. R. Di. Proc. Geral, Rio de Janeiro, (61), 2006.p.129-130.)

(...)

22. Se não for dessa forma, voltaremos ao tempo em que a contratada tentava adivinhar qual seria a inflação do período e incluía em sua proposta a expectativa dessa inflação ("gordura"). Ora, alguém vai sair perdendo dessa forma: ou a contratada, caso o índice de reajuste do aumento do piso da categoria determinado por CCT seja maior do que ela previu em sua proposta; ou a Administração, que estará pagando por um valor superior ao que deveria, em razão do índice determinado em CCT ser inferior ao que a contratada previu em sua proposta.

23. Se a Administração e o particular firmaram contratação que previa determinada relação entre encargos e benefícios, a chamada **equação econômico-financeira**, essa equação deve ser mantida ao longo de toda a execução do contrato. **Esse é um dos princípios mais caros no âmbito dos contratos administrativos. Tanto é assim que se firmou a doutrina e a jurisprudência da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo, cláusula sobre a qual não incide qualquer tipo de supremacia do interesse público. É direito da contratada manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante toda sua execução.** Ela até pode abrir mão desse direito, pois se trata de direito disponível. Mas, ainda assim, é um direito intangível dela, não podendo ser afetado de forma unilateral pela Administração.

24. Essa forma evita a indexação da economia e, acima de tudo, promove uma contratação mais justa para ambas as partes envolvidas (particular contratado e Administração Pública), de sorte que essa é, no nosso entender, a melhor interpretação para os dispositivos citados da Lei nº 10.192, de 2001, pois contempla, ainda, a evolução do atual sistema de reajustamento dos contratos administrativos. (...)" (grifos nossos).

Do mesmo modo, deve-se ressaltar, ainda, que, além de consagrado por abalizada doutrina, este entendimento também já foi pacificado no âmbito do Tribunal de Contas da União, o qual, reiteradamente, **tem determinado a retificação de previsões editalícias e contratuais em sentido contrário, reconhecendo, inclusive, a possibilidade de que o reajuste ocorra antes mesmo da assinatura do contrato, desde que ultrapassado o prazo de 12 meses da apresentação da proposta:**

ACÓRDÃO N° 474/2005-TCU-PLENÁRIO

(...)

9. Acórdão:

(...)

9.1. conhecer da presente consulta e responder aos quesitos apresentados da seguinte forma:

9.1.1. a interpretação sistemática do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, do art. 3º, § 1º, da Lei 10.192 e do art. 40, inciso XI, da Lei 8.666/93 indica que o marco inicial, a partir do qual se computa o período de um ano para a aplicação de índices de reajustamento previstos em edital, é a data da apresentação da proposta ou a do orçamento a que a proposta se referir, de acordo com o previsto no edital.

9.1.2. na hipótese de vir a ocorrer o decurso de prazo superior a um ano entre a data da apresentação da proposta vencedora da licitação e a assinatura do respectivo instrumento contratual, o procedimento de reajustamento aplicável, em face do disposto no art. 28, § 1º, da Lei 9.069/95 c/c os arts. 2º e 3º da Lei 10.192/2001, consiste em firmar o contrato com os valores originais da proposta e, antes do início da execução contratual, celebrar termo aditivo reajustando os preços de acordo com a variação do índice previsto no edital relativa ao período de somente um ano, contado a partir da data da apresentação das propostas ou da data do orçamento a que ela se referir, devendo os demais reajustes ser efetuados quando se completarem períodos múltiplos de um ano, contados sempre desse marco inicial, sendo necessário que estejam devidamente caracterizados tanto o interesse público na contratação quanto a presença de condições legais para a contratação, em especial: haver autorização orçamentária (incisos II, III e IV do § 2º do art. 7º da Lei 8.666/93); tratar-se da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei 8.666/93); preços ofertados compatíveis com os de mercado (art. 43, IV, da Lei 8.666/93); manutenção das condições exigidas para habilitação (art. 55, XIII, da Lei 8.666/93); interesse do licitante vencedor, manifestado formalmente, em continuar vinculado à proposta (art. 64, § 3º, da Lei 8.666/93); (...)” (grifos nossos).

ACÓRDÃO N° 567/2015 – TCU – Plenário

(...)

9. Acórdão:

(...)

9.3. determinar à Ceron que, no prazo de trinta dias a contar da ciência, assegurado o contraditório, **retifique a minuta de contrato ou então, se este já tiver sido celebrado, promova nele alteração de forma a contemplar a orientação deste Tribunal no sentido de que o marco inicial, a partir do qual se computa o período de um ano para a aplicação de índices de reajustamento, é a data da apresentação da proposta ou a do orçamento a que a proposta se referir**, de acordo com o previsto no edital (Acórdão nº 474/2005-Plenário); (...). (grifos nossos).

Neste contexto, é fácil perceber que não há, sobre o tema, espaço para discricionariedade administrativa, de modo que **qualquer marco inicial de reajuste distinto da data da apresentação da proposta ou do orçamento, seguramente, será reputado ilegal pelos órgãos de controle**, que determinarão a imediata sua imediata retificação, conforme exhaustivamente demonstrado nesta oportunidade.

Diante disso, com o intuito de assegurar a observância do legítimo direito constitucional à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, requer-se, desde já, a retificação do **item 15.1** do Edital, para que a **periodicidade anual do reajuste** dos contratos seja contada a partir da data limite para **apresentação da proposta ou do orçamento**, e não da assinatura do contrato.

3.5. ATO DE DESIGNAÇÃO DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO

O Art. 6º, inc. XVI da Lei 8.666/93 determina a criação da Comissão de Licitação, cuja função se resigna em receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

Quando se trata de Comissão Permanente, ao se concluir os trabalhos licitatórios com a adjudicação e homologação do bem licitado, o objeto se extingue, mas a comissão permanece. Essa comissão pode promover outras licitações de interesse da Administração Pública. Todavia, esta permanência possui limitação legal.

Conforme institui o **§4º do art. 51, da Lei nº 8.666/93**, a investidura dos membros das Comissões permanentes não excederá a 01 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente.

Ante o exposto, pugnamos que **seja apresentado o ato de designação da comissão de licitação em conformidade com os requisitos estabelecidos no §4º do art. 51 da Lei nº 8.666/93. Caso contrário, o Edital também restará impugnado em razão da desobediência dos ditames legais para realização do certame.**

4. NECESSIDADE DE REABERTURA DE PRAZO: ARTIGO 21, § 4º DA LEI 8.666/93

É de suma importância, por fim, ser posto em evidência que, ao sanar os vícios aqui evidenciados, as alterações havidas no corpo do instrumento convocatório, por óbvio, afetarão a formulação da proposta.

Isso porque o vício se insurge diretamente na composição orçamentária das propostas, de modo que se impõe a reabertura do prazo inicial, nos moldes do quanto estabelecido pela Lei 8.999/93:

“Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: [...]”

§4ºQualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, INQÜESTIONAVELMENTE, a alteração não afetar a formulação das propostas”.

(Grifos e destaques nossos).

A Lei supratranscrita é clara, cristalina e não deixa margem a dúvidas, quando traz como regra que o prazo do certame deverá ser reaberto, o que somente pode ser excepcionado no quando, “inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas”, hipótese em que, como se sabe, não se enquadra no caso em comento.

Irrefutável é, portanto, que, quando da análise e correção do Edital, faz-se imprescindível a reabertura do prazo para o oferecimento das propostas, uma vez que as possíveis modificações afetarão diretamente no caráter competitivo do certame e na busca pela proposta mais vantajosa.

5. DOS PEDIDOS

Diante do exposto, deve-se ressaltar que a ausência ou limitação do caráter competitivo do certame influenciará, por óbvio, na formulação das propostas comerciais, fazendo com que os valores sejam majorados indevidamente, violando, dentre outros princípios, um dos escopos primordiais dos certames públicos, que é a busca pela proposta mais vantajosa ao erário.

Sendo assim, a retificação do Instrumento Convocatório é medida que se impõe, motivo pelo qual se requer que as razões ora invocadas sejam detida e criteriosamente analisadas.

Ao final, requer que sejam julgados **PROCEDENTES** os pedidos formulados, com a devida anulação deste certame. De forma subsidiária, requer a **PROCEDÊNCIA** para que sejam excluídas e/ou retificadas as cláusulas ilegais e restritivas acima narradas.

Tendo em vista que a entrega dos envelopes está designada para **27/07/2022**, requer, ainda, que seja conferido **efeito suspensivo** à esta Impugnação, **adiando-se a referida sessão** para data posterior à solução dos problemas ora apontados.

Caso contrário, há o iminente risco de invalidação de todo o procedimento, com desperdício da atividade ocorrida na sessão pública, incluindo avaliação das propostas e dos documentos de habilitação, em clara contraposição ao princípio da eficiência e ao interesse público.

Requer, por fim, que, caso não seja anulada a licitação ou caso não seja corrigido o Edital nos pontos ora invocados, seja mantida a irresignação da ora Impugnante, para posterior juízo de anulação por parte da autoridade competente para tanto.

Ratifica-se que, em caso de não havendo acatamento dos argumentos ora apresentados, encaminhar-se-á a presente Impugnação aos órgãos de fiscalização e controle, qual seja,

Ministério Público e Tribunal de Contas do Estado, diante de flagrante ilegalidade praticada no presente processo licitatório.

Nesses termos,
Pede deferimento

Salvador, Bahia, 05 de julho de 2022.

CITÉLUZ SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO URBANA S/A
CNPJ nº 02.966.986/0001-84