

AO(À) ILMO(A). PREGOEIRO (A) DO MUNICÍPIO DE GUARAPARI/ES

**Edital de pregão eletrônico nº 002/2024.  
Processo administrativo nº 15629/2023**

**ROBERTA BRAVIN FABELO**, brasileira, casada, advogada inscrita na OAB/ES nº 27.681, com endereço profissional na Rua 25 de Março, nº 146, Bairro Centro, Município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, vem, respeitosamente, à presença de V. Senhoria, com fulcro no artigo 164, da Lei Federal nº 14.133/2021, apresentar

### **IMPUGNAÇÃO**

em face do Edital de Pregão Eletrônico nº 002/2024, cujo objeto é a **aquisição de diversos equipamentos e materiais permanentes, para atender as unidades básicas de saúde: km 23, km 35, km 41, porto e ponte, dessa secretaria**, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

#### **1. DA TEMPESTIVIDADE**

De acordo com o artigo 164 da Lei Federal 14.133/2021, fundamento do presente edital, decai em três dias úteis, antes do edital, o direito de impugnar o presente instrumento convocatório, portanto, sendo a presente impugnação protocolada até o dia 26 de agosto de 2024, até às 23h59, esta será **TEMPESTIVA**.

#### **2. DOS FATOS**

Foi disponibilizado no sítio eletrônico do Município de São Mateus/ES o edital de pregão eletrônico nº 002/2024, cujo objeto, acima já discriminado, visa a aquisição de materiais para a secretaria solicitante.

No entanto, o edital é passível de impugnação, conforme os pontos que serão mais bem analisados a seguir.

Dito isto, no uso dos direitos conferidos no edital, através da Cláusula 11, a Impugnante vem apresentar seus argumentos visando à nulidade parcial do edital licitatório.

### **3. DAS RAZÕES PARA IMPUGNAÇÃO**

#### **3.1. APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI Nº 14.133/2021)**

Registra-se, nesta oportunidade, os votos de admiração por este órgão, pois, ao aplicar a nova legislação com tamanho esmero, demonstra que a Administração Pública está avançando junto à sociedade e na nova legislação.

Entretanto, precisamos mencionar que alguns critérios da nova legislação deixaram de ser exigidos da forma correta, comprometendo a legalidade que rege a atuação desta respeitável Administração Pública. Ainda assim, salientamos que a presente impugnação não se faz para rebater a atuação dessa Contratante, mas sim para colaborar, de modo que juntos possamos nos adaptar às mudanças advindas da Nova Lei de Licitações.

#### **3.2. PROPORCIONALIDADE NOS PRAZOS PARA MANIFESTAÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO E FORNECIMENTO DO OBJETO**

O instrumento convocatório definiu o prazo não inferior à 10 (dez) minutos para manifestar intenção de recurso administrativo após o julgamento dos documentos de habilitação e proposta comercial, entretanto, vemos uma desarrazoabilidade que, ainda que indiretamente, causa restrição à participação ao certame além de, ainda mais gravemente, ferir o direito ao contraditório e ampla defesa.

Basta pensarmos na seguinte situação: uma empresa participante possui toda uma rotina administrativa para poder cumprir, sem ter condições de tempo, espaço e pessoal para dispor de, literalmente, vinte e quatro horas do seu dia para acompanhar a licitação.

Portanto, torna-se humanamente impossível obrigar que as empresas licitantes tenham a capacidade gerencial para acompanhar um prazo tão ínfimo como o contido no edital, que, além de ferir a proporcionalidade e razoabilidade exigida da Administração Pública (art. 32 da Constituição Estadual do Estado do Espírito Santo), **atinge diretamente o direito das empresas na garantia do contraditório e ampla defesa.**

Ao determinar um prazo tão curto, a Administração Pública estaria beneficiando somente a ela, que não terá o "gasto" de tempo com a apresentação de recursos, contrarrazões e posterior decisão, por outro lado, aquilo que se espera de celeridade no processo licitatório tem roupagem de afronta ao contraditório e ampla defesa.

Nestes termos, necessário alterar o edital a fim de possibilitar um prazo de manifestação de recurso justo a participação e exercício de direito de todos os licitantes, dando o exemplo que ocorre em outros certames, onde a Administração Pública estipula o prazo de sessenta minutos para manifestar intenção de recurso.

A Nova Lei de Licitações estabeleceu, em seu artigo 5º, um novo princípio expresso, a razoabilidade, que se aplicam assertivamente por meio da proporcionalidade nos prazos estipulados pela Administração pública.

A proporcionalidade, nas palavras de Di Pietrol<sup>1</sup>, é: *Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo os padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto.*

Estipular prazos que contrariam o cotidiano de qualquer empresa, de longe seria razoável, pois nem mesmo essa Administração Pública, que atende o importante interesse público, pratica esse ato.

**Ante o exposto, na certeza que essa Administração Pública aplica os princípios instituídos na legislação que rege este certame, solicitamos a alteração do prazo para manifestação de recurso, bem como para o próprio fornecimento dos produtos.**

### **3.3. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - AFRONTA À LEGALIDADE**

Para fins de qualificação técnica, o edital exigiu a apresentação de atestado para comprovação de que o proponente fornece/forneceu bens/materiais idênticos ao objeto.

Ocorre que o atestado de capacidade técnica não se presta a todo e qualquer objeto e não deve ser requisito geral a constar em editais de licitação. É preciso considerar tal questão para que em licitações de fornecimento não se exija atestado de capacidade técnica desnecessariamente, correndo-se o risco de restringir a competitividade do certame.

Também aqui vários são os pontos que contrariam essa exigência do edital, a começar, também, pela própria modalidade: pregão eletrônico.

Apesar de a concorrência e o pregão eletrônicos disporem de etapas similares, ambos se diferenciam quanto ao escopo da

---

<sup>1</sup> /N: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 81.

licitação: enquanto um busca somente o menor preço, o outro busca preço e técnica.

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto;

(...)

XLI - pregão: modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;

Ainda, por bens e serviços comuns, o artigo 6º, inc. XIII, assim diz: *bens e serviços comuns: aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado;*

Nestes termos, o pregão eletrônico se diferencia da concorrência em razão do seu objeto (fornecimento de bens e serviços comuns) e quanto ao seu julgamento (menor preço ou maior desconto).

Assim, basta ao licitante atender às especificações do edital e apresentar o menor valor para sair vencedor do certame, tornando desnecessária a análise técnica de sua documentação e proposta.

Esses conceitos são salutares para entender a irregularidade presente neste edital.

Partindo dessas premissas, a Lei Federal nº 14.133/2021 trouxe **objetivamente e especificamente** como será o critério de qualificação para os licitantes.

Nas licitações que tenha como critério de julgamento o menor preço **e técnica**, é imprescindível o fornecimento de atestado e prova de experiência anterior da **prestação do serviço**:

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor **de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;**

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem **capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior,** bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

IV - prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

VI - declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

§ 2º Observado o disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados.

§ 3º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do **caput** deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na **execução de serviço de características semelhantes**, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.

§ 4º Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras quando acompanhados de tradução para o português, salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora.

§ 5º Em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.

§ 6º Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do **caput** deste artigo deverão **participar da obra ou serviço objeto da licitação**, e será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.

§ 7º Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência prevista no inciso V do **caput** deste artigo por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro perante a entidade profissional competente no Brasil.

§ 8º Será admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico referido nos incisos I e III do **caput** deste artigo.

§ 9º O edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado.

§ 10. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual tenha feito parte, se o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciado individualmente, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica:

I - caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio homogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada empresa consorciada na proporção quantitativa de sua participação no consórcio, salvo nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, em que

todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas;

II - caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciado de acordo com os respectivos campos de atuação, inclusive nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

§ 11. Na hipótese do § 10 deste artigo, para fins de comprovação do percentual de participação do consorciado, caso este não conste expressamente do atestado ou da certidão, deverá ser juntada ao atestado ou à certidão cópia do instrumento de constituição do consórcio.

§ 12. Na documentação de que trata o inciso I do **caput** deste artigo, não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do **caput** do art. 156 desta Lei em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade.

A lei ainda completa:

Art. 37. O julgamento por **melhor técnica ou por técnica e preço** deverá ser realizado por:

I - verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de **atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados**;

II - atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;

III - atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88 desta Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º A banca referida no inciso II do **caput** deste artigo terá no mínimo 3 (três) membros e poderá ser composta de:

I - servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública;

II - profissionais contratados por conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados em edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados por profissionais designados conforme o disposto no art. 7º desta Lei.

§ 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas “a”, “d” e “h” do inciso XVIII do **caput** do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por:

I - melhor técnica; ou

II - técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.”

Ao nos atermos à teleologia da norma, vemos que os atestados de experiência anterior são atribuíveis somente para a prestação de serviços, comuns ou de engenharia, excetuando ao fornecimento de produtos **somente no caso de julgamento com critério de melhor técnica ou técnica e preço.**

Em **nenhum momento** a lei possibilita que as licitações de fornecimento de bens comuns, com critério do menor valor, seja atribuível o atestado de capacidade técnica como critério de qualificação.

Ao contrário, ela descreve **objetivamente** quais são os critérios que ela entende possíveis na escolha da proposta nos casos de fornecimento de produto:

Art. 41. No caso de licitação que envolva o **fornecimento de bens**, a Administração poderá excepcionalmente:

I - indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

- a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;
- b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;
- c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;
- d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;

II - exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços, desde que previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação;

III - vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual;

IV - solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

Parágrafo único. A exigência prevista no inciso II do **caput** deste artigo restringir-se-á ao licitante provisoriamente vencedor quando realizada na fase de julgamento das propostas ou de lances.

Art. 42. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios:

I - comprovação de que o produto está de acordo com as normas técnicas determinadas pelos órgãos oficiais competentes, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) ou por outra entidade credenciada pelo Inmetro;

II - declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo equivalente ou superior que tenha adquirido o produto;

III - certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada.

§ 1º O edital poderá exigir, como condição de aceitabilidade da proposta, certificação de qualidade do produto por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro).

§ 2º A Administração poderá, nos termos do edital de licitação, oferecer protótipo do objeto pretendido e exigir, na fase de julgamento das propostas, amostras do licitante

provisoriamente vencedor, para atender a diligência ou, após o julgamento, como condição para firmar contrato.

§ 3º No interesse da Administração, as amostras a que se refere o § 2º deste artigo poderão ser examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto, previamente indicada no edital.

E o motivo para que a lei não exija o atestado de capacidade técnica ou experiência anterior é simples: quando a Administração Pública quiser um fornecimento de produto, pouco importa quantos desse bem o licitante já forneceu, mas sim **a qualidade que esses produtos serão apresentados.**

Por isso que a lei, quando trata do fornecimento de bens, à exceção de quando o julgamento envolver o critério técnica, não exige que o licitante apresente qualquer atestado, porém traz caminhos para que se comprove que o produto é de qualidade.

Frisa-se: o que se busca é o fornecimento de bons produtos, pouco importando a experiência anterior da empresa.

Na hermenêutica jurídica há um importante ditado que diz: *Verba cum effectu, sunt accipienda*, que nada mais é que *não se presumem, na lei, palavras inúteis.*

Ou seja, cada uma das palavras usadas pelo legislador na criação da Lei Federal nº 14.133/2021 e do novo sistema de procedimento licitatório precisa ser devidamente compreendida e aplicada, sob pena de aplicação incorreta da lei e, conseqüentemente, **agir contra a legalidade.**

E mais, nunca é demais ressaltar que a Administração Pública é obrigada, por previsão não só na lei de licitações, mas também na própria Constituição Federal em seu artigo 37, a seguir o princípio da legalidade que, como usualmente é explicado, significa que **a Administração Pública somente pode fazer aquilo que a lei mandar.**

Se a lei diz que o atestado de capacidade técnica ou experiência anterior é somente para os critérios de julgamento que envolvam técnica, não pode ultrapassar o que o legislador mandar e aplicar também ao fornecimento de bens comuns, cujo critério de escolha é definido nos artigos 41 e 42 da norma.

Portanto, **a exigência de atestado de capacidade técnica contida na Cláusula 7.21.4. do edital fere a legalidade e deve ser anulada.**

Além da questão da sua ilegalidade, há também, pelas mesmas razões de razoabilidade e proporcionalidade ditas no tópico anterior, que ser considerado que a exigência de atestado pode ferir a competitividade.



Isso porque na área médico-hospitalar há um número absurdo de possibilidade de fornecimento de materiais, assim, exigir o atestado nas licitações que visam essa área em específico, significa também ferir a competitividade, já que restringirá a participação das empresas e, pior, impedirá a participação daquelas cuja abertura foi recente.

A Nova Lei de Licitações traz inúmeras disposições que prestigiam e protegem a participação de empresas recém criadas para participar dos certames, assim, exigir atestado de capacidade técnica para fornecimento de bens, ainda que contrário à lei, também impossibilitará empresas que, por mais que tenham fornecedores para a entrega dos produtos, não terá a experiência anterior exigida.

Não há lógica na permanência dessa cláusula, pois seus efeitos negativos são superiores à intenção da Administração em querer prova de experiência anterior, pela simples conclusão que o que se busca é tão somente fornecer produtos de acordo com as especificações do edital.

#### **4. ESCLARECIMENTOS**

Sem delongar neste ponto, o edital foi conflitante quanto ao percentual de microempresa e empresas de pequeno porte para fins de desempate:

5.19.1 Nessas condições, as propostas de microempresas e empresas de pequeno porte que se encontrarem na faixa de até 5% (cinco por cento) acima da melhor proposta ou melhor lance serão consideradas empatadas com a primeira colocada.

5.19.3 Caso a microempresa ou a empresa de pequeno porte melhor classificada desista ou não se manifeste no prazo estabelecido, serão convocadas as demais licitantes microempresa e empresa de pequeno porte que se encontrem naquele intervalo de 10% (dez por cento), na ordem de classificação, para o exercício do mesmo direito, no prazo estabelecido no subitem anterior.

Considerando ao que determina o artigo 44, §2º, da Lei Complementar nº 123/2006, deve-se prevalecer o percentual de 10% (dez por cento).

Outro ponto também preciso de esclarecimento é a omissão quanto ao valor mínimo entre os lances, previsto na Cláusula 3.12.2., qual se requer, desde já, a devida informação.

#### **5. CONCLUSÃO**

Isto posto, encaminho a presente Impugnação para visar a alteração e nulidade parcial do edital nas cláusulas apontadas, bem como esclarecer os pontos elencados.

Nestes termos, pede deferimento.

Cachoeiro de Itapemirim/ES, 21 de agosto de 2024.

**ROBERTA BRAVIN FABELO**  
OAB/ES n° 27.681