

**AO DEPARTAMENTO DE COMPRAS GOVERNAMENTAIS – S.M.F. DO
MUNICÍPIO DE PELOTAS/RS.**

Pregão Presencial nº: 02/2018-SGCMU

Tipo: Menor Preço Global

**IMTRAFF – CONSULTORIA E PROJETOS DE ENGENHARIA
LTDA. - ME**, sociedade empresária limitada inscrita no CNPJ sob o nº 08.103.958/0001-10, com
sede em Belo Horizonte/MG, na Avenida Cristiano Machado, nº640, Bairro Graça, vem, respeitosa
e tempestivamente, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

do procedimento em epígrafe, nos termos que seguem.

**I. CONTEXTO FÁTICO E RAZÕES QUE JUSTIFICAM O ACOLHIMENTO DO
PLEITO DA IMPUGNANTE**

Como se verifica no edital, o órgão licitante objetiva a “*contratação de empresa especializada para elaborar estudo técnico sobre a mobilidade urbana em Pelotas/RS*”, tendo sido definido, nos termos do item 1.1 do instrumento convocatório, a realização de pregão na modalidade **presencial**:

*1.1 O MUNICÍPIO DE PELOTAS, através do Departamento de Compras Governamentais – S.M.F., torna público que no dia especificado nas considerações iniciais deste edital, a Comissão designada pela Portaria nº 100/2014, nos termos da Lei Federal nº 10.520/2002, regulamentada pelo Decreto Municipal nº 4.563/2003, modificado pelo Decreto Municipal 5064/2008, Lei Municipal nº 5.645/2009, Lei Complementar Federal 123/2006 e 147/2014 e demais disposições legais subsidiariamente aplicáveis à espécie, estará reunida para **processamento da licitação na Modalidade de Pregão, o qual realizar-se-á na forma presencial**.*

Note-se que a Impugnante buscou, conforme disposto no item 1.2 do edital, esclarecimentos da Comissão quanto às razões para a escolha de tal modalidade, e não da modalidade eletrônica, que é, inclusive, comumente utilizada em contratações efetuadas pelo Município de Pelotas¹.

¹ O que se percebe mediante uma singela consulta ao Portal da Transparência, disponível em <<http://www2.pelotas.com.br/transparencia/informacoespublicas/execucao/licitacoes/index.php>>.

Eis o teor dos e-mails trocados entre a Impugnante e a representante do Departamento de Compras Governamentais:

De: Kleberson ImTraff [mailto:kleberson@imtraff.com.br]
Enviada em: terça-feira, 22 de maio de 2018 20:20
Para: licitapelotas@gmail.com
Cc: Frederico Rodrigues (frederico@imtraff.com.br); joao.ferreira@imtraff.com.br
Assunto: 004-Questionamento Edital Pregão Presencial 02/2018

Prezada Gislaine,

Tivemos acesso ao Edital em epígrafe e, considerando nossa expertise, temos total interesse em participar do certame.

A Prefeitura optou nessa oportunidade pela modalidade Pregão Presencial. Fizemos uma breve pesquisa no site e identificamos que é comumente utilizada por essa Municipalidade a modalidade Eletrônica.

Considerando o Parágrafo Primeiro do Artigo 4º do Decreto 5.450/05, questiona-se sobre a possibilidade da realização deste certame pela Modalidade Eletrônica.

Ficamos ao aguardo de sua análise e resposta.

Desde já, agradecemos.

KLEBERSON ROCHA

Executivo Comercial

Telefones: + 55 31 2516-8001 – Ramal 208 / + 55 31 99178-0331

kleberson@imtraff.com.br

Av. Cristiano Machado, 640 | sl. 1106 Belo Horizonte – MG 31030-514

Em 24 de maio de 2018 19:32, Kleberson ImTraff <kleberson@imtraff.com.br> escreveu:

Prezada Gislaine,

Poderia, por gentileza, nos dar um parecer acerca do questionamento?

Agradecido.

KLEBERSON ROCHA

De: Compras Governamentais [mailto:licitapelotas@gmail.com]

Enviada em: sexta-feira, 25 de maio de 2018 12:56

Para: Kleberson ImTraff

Assunto: Re: 004-Questionamento Edital Pregão Presencial 02/2018

Boa tarde,

A opção presencial foi feita pela celeridade do processo. A Administração tem urgência na contratação desse serviço.

Att,

Gislaine Rodrigues
D.C.G.

Em 25 de maio de 2018 13:54, Kleberson ImTraff <kleberson@imtraff.com.br> escrevem:

Caríssima Gislene,

Conhecendo os procedimentos de Pregões Eletrônicos e Presenciais, não conseguimos vislumbrar grandes diferenças em prazos de execução do processo administrativo.

Ademais, essa urgência é fundamentada? Se sim, poderia ocorrer o processo de Dispensa de Licitação. O que acreditamos não ser o caso.

Desse modo, conseguiria nos responder com embasamento legal, assim como consta em nossa fundamentação? Caso não consiga, teremos que, infelizmente, impugnar o edital.

(...)

Na eventual impossibilidade onde a inviabilidade for comprovada, há de se ter essa justificativa fundamentada. O fato dessa exposição quanto à "urgência na contratação", não é suficiente para atender o que preconiza a legislação.

Diante o exposto, formulamos novos questionamentos:

- Podemos aguardar pela resposta fundamentada quanto a não utilização do Pregão Eletrônico pela autoridade competente, justificando a inviabilidade?*
- Haveria, ainda recorrendo ao questionamento do e-mail anterior, a possibilidade da mudança para o procedimento eletrônico sem que haja a necessidade da impugnação do edital?*
- Seria possível uma resposta breve, uma vez que, caso tenhamos que impugnar o edital, temos de fazê-lo imediatamente, considerando o prazo?*
- Considerando ainda a greve dos caminhoneiros que assola todo sistema de entregas de mercadorias e encomendas, podemos apresentar a peça impugnatória, caso realmente seja necessária, através de meio eletrônico e posterior envio por meio físico?*

Ficamos ao aguardo.

KLEBERSON ROCHA

De: Compras Governamentais [mailto:licitapelotas@gmail.com]

Enviada em: sexta-feira, 25 de maio de 2018 15:21

Para: Kleberson ImTraff

Assunto: Re: 004-Questionamento Edital Pregão Presencial 02/2018

Entendemos ser um direto da Administração optar por qual meio será feita a licitação se eletrônico ou presencial, mas aguardaremos a sua impugnação e encaminharemos a nossa Procuradoria Geral, pois o nosso edital foi analisado e aprovado pela PGM.

Att,

Gislaine Rodrigues

D.C.G.

De: Kleberson ImTraff [mailto:kleberson@imtraff.com.br]

Enviada em: sexta-feira, 25 de maio de 2018 15:37

Para: Compras Governamentais

Cc: Frederico Rodrigues (frederico@imtraff.com.br); Fabricio (Fabricio@imtraff.com.br); joao.ferreira@imtraff.com.br

Assunto: RES: 004-Questionamento Edital Pregão Presencial 02/2018

Certo, Gislaine! Obrigado pelo pronto retorno.

A Administração deve, tão somente, observar o preceito legal. Nesse caso, como é previsto no artigo citado, a Administração pode adotar o procedimento presencial mediante justificativa fundamentada pela autoridade competente quanto à impossibilidade ou inviabilidade do Pregão Eletrônico.

(...)

Mais uma vez, muito obrigado.

KLEBERSON ROCHA

Com efeito, na linha do que foi argumentado na referida troca de mensagens eletrônicas, a legislação de regência (Decreto nº 5.450/2005) determina:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§ 1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

(...)

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, proibidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados,

desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação.

Ora, no caso, não foram apresentadas pelo órgão licitante fundamentos aptos a justificar, com razoabilidade, a não observância das normas que determinam a realização do pregão na forma eletrônica.

Ressalte-se, aliás, que o argumento invocado pela representante do Departamento de Compras Governamentais no sentido de que *“a opção presencial foi feita pela celeridade do processo”* não se sustenta diante da inexorável realidade de que *“as normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados”* (parágrafo único do art. 5º do Decreto nº 5.450/2005), sendo certo, ademais, que apenas nas situações de *“comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente”* é que se poderia afastar o caráter preferencial da utilização da modalidade eletrônica (§ 1º do art. 4º do mesmo diploma legal).

Evidentemente, não se pode enxergar que a opção pela forma presencial do pregão seja capaz de gerar a aludida vantagem no que diz respeito à celeridade do procedimento, sendo impossível, outrossim, verificar qualquer inviabilidade na realização eletrônica do certame uma vez que, como já referido, o próprio Município de Pelotas faz uso regular do expediente definido pela lei como preferencial.

De fato, a doutrina aponta que *“mesmo passados (...) [vários] anos da edição do Decreto nº 5.450/05, cujo art. 4º tornou obrigatório o uso da modalidade pregão preferencialmente na sua forma eletrônica para as contratações de bens e serviços comuns (...), muitos servidores ainda tentam resistir a essa determinação”*².

Ocorre que, como não poderia deixar de ser, os órgãos de controle externo não admitem que os ditames da legislação sejam desprezados.

No Acórdão nº 1099/2010, por exemplo, o Plenário do Tribunal de Contas da União assentou:

(...) a utilização do pregão na forma presencial, sem que tenha havido demonstração da inviabilidade de utilização da forma eletrônica, não se conforma com o preceito contido no art. 4º, § 1º, do Decreto 5.450/2005. A justificativa apresentada no Memorando nº 351/2010-

² SAMPAIO, Ricardo Alexandre. O TCU e a opção pelo pregão presencial. Disponível em <<http://www.zenite.blog.br/o-tcu-e-a-opcao-pelo-pregao-presencial/>>.

CGA/SPOA/SE/MPA, de 7/4/2010 (dificuldade de remessa por meio magnético de pesados arquivos de "manuais e plantas croquis e demais documentos") não se revela satisfatória, tendo em vista o atual estágio de desenvolvimento das ferramentas de tecnologia da informação, conforme ponderou o Sr. Secretário.

Essa linha é adotada no Acórdão nº 2368/2010, também do Plenário, que menciona, a propósito, diversos outros precedentes do Tribunal no mesmo sentido:

(...)

c) Justificativa para a realização de pregão na forma presencial em detrimento da eletrônica, nos termos do §1º do art. 4º do Decreto nº 5.450/2005.

(...)

Argumento 1

16. A modalidade presencial permitiria inibir a apresentação de propostas insustentáveis que atrasariam os procedimentos da modalidade eletrônica e aumentariam seus custos.

Análise 1

17. Quanto à referência de que o pregão presencial permitiria inibir a apresentação de propostas insustentáveis, deve-se esclarecer que esta não é a função da forma presencial do pregão.

18. O mecanismo adequado para dissuadir a apresentação de propostas insustentáveis é por meio da aplicação sistemática das penalidades previstas na lei às empresas que não adimplirem as obrigações do edital.

Argumento 2

21. Haveria diversas vantagens da forma presencial do pregão sobre a eletrônica, dentre as quais: a possibilidade de esclarecimentos imediatos durante o pregão presencial e facilidade na negociação de preços, verificação das condições de habilitação e execução da proposta.

Análise 2

22. Quanto às alegadas vantagens operacionais do pregão presencial, observa-se que o pregão eletrônico possui mecanismos que compensam as vantagens mencionadas pelo CNJ. Um deles é a possibilidade de chat eletrônico pelo Comprasnet para a comunicação entre o pregoeiro e os licitantes, que permite esclarecimentos imediatos, isonômicos e documentados pelo próprio sistema. Outro exemplo é a possibilidade de negociação de preços com o licitante vencedor, permitida pela sistemática do pregão eletrônico, e que ocorre após a fase de lances.

23. Ademais, por reduzir o custo de participação na licitação, o pregão eletrônico oferece uma menor barreira de entrada para licitantes, o que tende a aumentar o seu número e a competitividade do certame.

(...)

Conclusão 2

25. Eventuais vantagens do pregão presencial sobre o eletrônico são limitadas por mecanismos próprios dos sistemas que suportam o pregão eletrônico e não são suficientes para justificar o uso da forma presencial, em situações em que o pregão eletrônico seria viável.

Argumento 3

26. *A opção pelo pregão presencial decorreria de prerrogativa de escolha da Administração, sugerindo a ausência de obrigação legal.*

Análise 3

27. *Não há a alegada discricionariedade irrestrita da Administração na escolha pelo pregão na sua forma presencial. A previsão legal para uso do pregão presencial, que se encontra no § 1º do art. 4º do Decreto nº 5.450/2005, refere-se unicamente aos casos de inviabilidade da forma eletrônica.*

28. *Na mesma linha, a jurisprudência do Tribunal aponta para a necessidade de adoção da forma eletrônica nos pregões, salvo em caso de comprovada inviabilidade, conforme interpretação dada pelos Acórdãos nº 1700/2007, itens 36 a 46, nº 43/2008, item 9.3, nº 727/2009, item 9.2.2.1 e nº 2.340/2009, todos do Plenário do TCU.*

29. *O Acórdão nº 2.340/2009 – TCU – Plenário determina, por exemplo, o seguinte:*

‘9.3. determinar ao Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT/DF que, em atenção ao art. 4º do Decreto 5.450/2005, adote a forma eletrônica nos próximos pregões, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada nos autos pela autoridade competente, observando o disposto no item 9.2.1 do Acórdão 2.471/2008 – Plenário;’ (grifos nossos).

30. *O Acórdão nº 1700/2007 – TCU – Plenário menciona especificamente a questão da discricionariedade, conforme trechos do voto do Excmo. Ministro Relator Marcos Vinícios Vileça e da decisão:*

‘45. Não se deve perder de vista também que a forma eletrônica de pregão é a que viabiliza o maior acesso de concorrentes à licitação, ou seja, é a que propicia a mais ampla competitividade. Não é à toa que foi definida em regra como obrigatória.’

(...)

‘9.2.1. o uso da modalidade pregão obrigatoriamente na forma eletrônica, salvo se houver comprovada e justificada inviabilidade, não confundível com opção discricionária, de conformidade com o § 1º do art. 4º do Decreto nº 5.450/2005;’

Conclusão 3

31. *A escolha da forma de realização do pregão não é irrestritamente discricionária para a Administração, que deverá optar pela forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, devidamente justificada pela autoridade competente.*

Argumento 4

32. *Haveria inviabilidade do uso da forma eletrônica, devido à complexidade da licitação, peculiaridades e elevado custo do objeto, relevância da contratação e exigências de segurança da informação.*

Análise 4

33. *Quanto à suposta inviabilidade do pregão na forma eletrônica devido a particularidades da licitação ou do objeto, o item anterior esclarece que essa inviabilidade deve ser entendida como impossibilidade e não como mera preferência de forma. Assim, não sendo comprovada a inviabilidade de utilização do pregão na forma eletrônica, a Administração deverá realizar o certame com adoção do pregão eletrônico.*

34. *Ora, a Administração pública já realizou numerosos pregões eletrônicos bem-sucedidos da área de TI nas mais diversas situações de complexidade de objeto, vulto da contratação ou criticidade da solução, o que demonstra que essas características não são um impeditivo para a adoção da forma eletrônica.*

(...)

Conclusão 4

36. *Não procede o argumento de que complexidade da licitação, peculiaridades e elevado custo do objeto, relevância da contratação seriam impeditivos para a adoção do pregão na sua forma eletrônica.*

37. *No caso concreto, não foram identificadas exigências de segurança da informação que tornassem o pregão eletrônico inviável.*

38. *A Administração deve atentar para o uso da modalidade pregão obrigatoriamente na forma eletrônica, mesmo considerando a complexidade e peculiaridades do objeto, salvo se houver comprovada e justificada inviabilidade.*

(...)

Argumento 6

44. *Haveria uma tendência crescente de adoção do pregão presencial pela Administração.*

Análise 6

(...)

48. *(...) a eventual existência de uma tendência crescente de adoção do pregão na forma presencial pela Administração Pública não justifica o uso do pregão presencial no caso concreto. A opção por vários órgãos não torna legítima deixar de utilizar a forma eletrônica do pregão quando essa for viável, de acordo com a legislação vigente.*

49. *No entanto, caso se confirmasse essa tendência de adoção do pregão presencial pela Administração, ficariam reforçadas as conclusões anteriores da necessidade de combate às vulnerabilidades do pregão eletrônico por meio da adoção sistemática de penalidades.*

Conclusão 6

50. *Eventual aumento na adoção pela Administração do pregão na sua forma presencial não justifica o seu uso no caso concreto.*

(...)

Conclusão final

68. *As justificativas apresentadas não são suficientes para estabelecer a inviabilidade do pregão eletrônico para a presente licitação (...).*

Vê-se, pois, que a inviabilidade de realização do pregão na forma definida pela lei como preferencial (a forma eletrônica) precisa ser demonstrada de modo inequívoco, o que, definitivamente, não ocorre no presente caso, não havendo que se falar em discricionariedade do órgão licitante relativamente à adoção de uma ou outra modalidade.

Naturalmente, como destacado nas decisões do Tribunal de Contas da União, a observância do princípio da competitividade impõe que, salvo em situações de real

impossibilidade (ausência de sistema eletrônico e/ou de acesso à internet), seja adotado o pregão eletrônico em detrimento do pregão presencial.

O princípio da competitividade é um dos princípios específicos da licitação e está insculpido no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal:

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.***

Logo, na busca pela proposta mais vantajosa para a Administração, não se pode tolerar a existência de circunstâncias que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, sendo o princípio da competitividade verdadeira matriz interpretativa em face de qualquer edital.

Trocando em miúdos, quanto maior a competição, maior será a chance de se encontrar a melhor proposta para o ente contratante.

Nessa esteira, a Lei nº 8.666/93, aplicável a toda e qualquer modalidade de licitação, prevê:

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 (...).

O mesmo raciocínio é encampado pela Lei nº 9.784/99, que regula os processos administrativos em âmbito federal e impõe:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

(...)

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

(...)

VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; (...).

Por fim, na Lei nº 4.717/65, que regula a ação popular, lê-se:

Art. 4º São também nulos os seguintes atos ou contratos, praticados ou celebrados por quaisquer das pessoas ou entidades referidas no art. 1º.

(...)

III - A empreitada, a tarefa e a concessão do serviço público, quando:

(...)

b) no edital de concorrência forem incluídas cláusulas ou condições, que comprometam o seu caráter competitivo (...).

Confira-se, ainda, a lição da melhor doutrina³:

A licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades (...) possibilidades de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios (...).

O que se conclui é que todo o arcabouço legal, doutrinário e jurisprudencial pertinente à matéria aqui discutida alinha-se no sentido de que, salvo demonstração cabal e inquestionável quanto à inviabilidade do procedimento, a adoção do pregão eletrônico é norma cogente, pelo fato de propiciar ao ente contratante maiores chances de encontrar, entre aqueles que pretendem se relacionar com o Poder Público, a melhor proposta para a Administração.

De se ver, por fim, que no conturbado momento vivido pelo país, com a

participação no certame somente a quem possa comparecer presencialmente à Secretaria Municipal da Fazenda de Pelotas seria ainda mais grave e mais conflitante com os princípios e regras a serem observados.

Faz-se necessária, destarte, a revisão do edital ora impugnado no ponto em que é estabelecida a realização de pregão presencial, e não de pregão eletrônico.

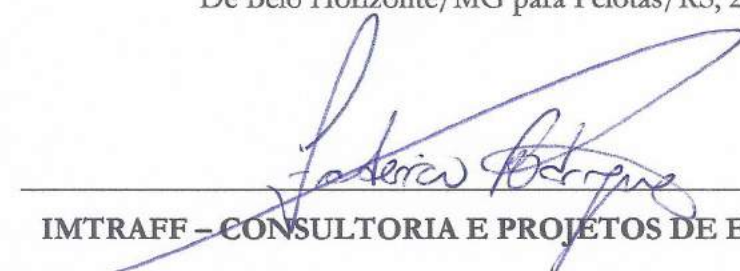
II. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, requer-se a alteração do item 1.1 do instrumento convocatório, fazendo-se as pertinentes adaptações de modo a viabilizar a realização do procedimento na forma eletrônica.

Em caso de negativa de alteração do instrumento convocatório e da forma do procedimento, fica desde já requerida a expressa manifestação do Departamento de Compras Governamentais e de todo o corpo integrante da comissão de licitação acerca das matérias tratadas nesta impugnação, para que seja possível eventual questionamento junto às autoridades competentes e junto aos entes de controle externo, quais sejam, o Tribunal de Contas e o Ministério Público, tendo em vista que a restrição imposta viola frontalmente o caráter competitivo do certame.

Nestes termos,
Pede deferimento.

De Belo Horizonte/MG para Pelotas/RS, 28 de maio de 2018.



IMTRAFF – CONSULTORIA E PROJETOS DE ENGENHARIA LTDA. - ME

...e a possibilidade de se obter resultados mais precisos e confiáveis, o que é fundamental para a tomada de decisões estratégicas.

...e a possibilidade de se obter resultados mais precisos e confiáveis, o que é fundamental para a tomada de decisões estratégicas.

CONCLUSÃO

...e a possibilidade de se obter resultados mais precisos e confiáveis, o que é fundamental para a tomada de decisões estratégicas.

...e a possibilidade de se obter resultados mais precisos e confiáveis, o que é fundamental para a tomada de decisões estratégicas.

...e a possibilidade de se obter resultados mais precisos e confiáveis, o que é fundamental para a tomada de decisões estratégicas.

...e a possibilidade de se obter resultados mais precisos e confiáveis, o que é fundamental para a tomada de decisões estratégicas.



...e a possibilidade de se obter resultados mais precisos e confiáveis, o que é fundamental para a tomada de decisões estratégicas.