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

**Edital de pregão eletrônico nº 79/2024.
Processo administrativo nº 10855/2024**

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 79/2024, cujo objeto é a **AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTOS E MATERIAIS PERMANENTES PARA A ESTRUTURAÇÃO DA REDE DE SERVIÇOS DA ATENÇÃO BÁSICO DE SAÚDE - SEMSA**, 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 15 de agosto de 2024, até às 23h59, esta será **TEMPESTIVA**.

2. DOS FATOS

Foi disponibilizado no sítio eletrônico do Município de Guarapari/ES o edital de pregão eletrônico nº 79/2024, cujo objeto, acima já discriminado, visa a aquisição de materiais para a SEMSA.

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 5, 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 de 10 (dez) minutos para manifestar intenção de recurso administrativo após o julgamento dos documentos de habilitação e proposta comercial, bem como o prazo de 10 (dez) dias para entrega dos materiais solicitados, entretanto, em ambos os casos vemos a 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.

Outra situação que também agrava a violação à proporcionalidade e razoabilidade das licitações é a determinação de entrega dos bens licitados no curto período de dez dias.

Compreende-se que esta Administração Pública não possui a expertise técnica para compreender qual o prazo razoável para a entrega dos bens, motivo que se faz necessária a presente impugnação para demonstrar a afronta no prazo estipulado.

Pois bem. Para análise desse ponto precisamos partir de dois cenários, sendo o primeiro deles a própria modalidade escolhida: sistema de registro de preços.

Tal modalidade não concede o imediato direito ao fornecimento dos produtos, mas uma expectativa de que ele será solicitado dentro do prazo de um ano, prorrogável por mais um ano.

Dessa forma, a Administração tem a prerrogativa de solicitar ao fornecedor a entrega dos bens licitados a qualquer momento, dentro do prazo de um ano. Em contrapartida, o fornecedor tem a obrigação de cumprir com a entrega, sem qualquer aviso prévio da solicitação. Contudo, é necessário considerar que, na ausência de entrega imediata após a homologação do certame e a emissão da ordem de fornecimento, não é razoável exigir que o contratado esteja preparado para satisfazer a pronta necessidade da Administração.

Em simples palavras: não há razoabilidade em uma ata de registro de preços, em que o fornecedor pode ser instado a qualquer momento da entrega, exigir que este esteja preparado para cumprir com sua obrigação em um prazo curto.

Seria preciso manter em estoque os produtos para quando for instado a qualquer momento pela Administração o que, consequentemente, não é interessante à mesma, pois os bens, ainda que duráveis, estariam sujeitos ao perecimento.

Ainda na ponderação do prazo em detrimento à modalidade, é importante também lembrar que o sistema de registro de preços estará sujeito às chamadas "caronas" de outros órgãos, assim, além das necessidades desta contratante, outras também poderão requerer os bens e exigir, no prazo do edital, a sua entrega.

A demanda, evidentemente, seria vantajosa para ambos, fornecedor e contratante, no entanto, a logística do prazo de entrega prejudicaria o cumprimento da obrigação.

É preciso ter ponderação na determinação do prazo.

Além da questão da modalidade, é preciso também levar em consideração os itens licitados que, por sua própria natureza, não favorecem a entrega imediata.

Isso porque, muitos deles possuem fornecedores em diversos estados do país, podendo vir tanto do Espírito Santo quanto de outros lugares, como São Paulo, Rio Grande do Sul entre outros.

Levando em consideração que esta Administração Pública busca a vantajosidade no menor preço, não pode a mesma dar um prazo tão curto que prejudicaria a participação de outras empresas que poderiam fornecer os itens a menor custo.

Assim, inúmeros seriam os argumentos para alterar o prazo de entrega, a fim de ser, no mínimo, vinte dias, para favorecer a ampla concorrência, competitividade e busca da vantajosidade que se espera de uma licitação.

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 Pietrol¹, 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.

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

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 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 mandou 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 operacional contida na Cláusula 11.3.4. 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.

3.4. POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DOS VALORES PACTUADOS NA ATA DE REGISTROS DE PREÇOS.

Ao analisar o instrumento convocatório verificamos que tanto no seu teor quanto na minuta da Ata de Registro de Preços não há a previsão de alteração dos preços registrados.

A Lei Federal nº 14.133/2024, em seu artigo 82, inciso VI, deixa claro que a ata de registro de preços deverá conter as informações necessárias quanto às condições para alteração dos preços:

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:

(...)

VI - as condições para alteração de preços registrados;

Visando regular essa situação, em 28 de março de 2023 o Estado do Espírito Santo publicou o Decreto nº 5.354-R, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços no âmbito estadual e, poucos dias depois, em 31 de março de 2023 adveio o Decreto Federal nº 11.462, que também trouxe a mesma regulamentação, desta vez voltada aos órgãos e entidades federais.

Tais legislações **trouxeram fato novo sobre as atas de registro de preços e que impactam diretamente o entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo**. Vejamos:

DECRETO Nº 11.462, DE 31 DE MARÇO DE 2023

Alteração ou atualização dos preços registrados

Art. 25. Os preços registrados poderão ser alterados ou atualizados em decorrência de eventual redução dos preços praticados no mercado ou de fato que eleve o custo dos bens, das obras ou dos serviços registrados, nas seguintes situações:

I - em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução da ata tal como pactuada, nos termos do disposto na alínea "d" do inciso II do **caput** do art. 124 da Lei nº 14.133, de 2021;

II - em caso de criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou superveniência de disposições legais, com comprovada repercussão sobre os preços registrados; ou

III - na hipótese de previsão no edital ou no aviso de contratação direta de cláusula de reajustamento ou repactuação sobre os preços registrados, nos termos do disposto na Lei nº 14.133, de 2021.

DECRETO Nº 5354-R, DE 28 DE MARÇO DE 2023.

CAPÍTULO II

MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Art. 46. É garantida a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos preços registrados, que se efetivará por reajuste, repactuação ou revisão.

§ 1º O reajuste em sentido estrito consiste na aplicação do índice de correção monetária previsto no instrumento convocatório ou equivalente, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, nos termos do inciso LVIII do art. 6º e do § 7º e inciso I do § 8º do art. 25 da Lei 14.133, de 2021.

§ 2º A repactuação compreende a atualização da remuneração para serviços contínuos em regime de dedicação exclusiva ou com predominância de mão de obra, nos termos do inciso LIX do art. 6º e do inciso II do § 8º do art. 25 da Lei 14.133, de 2021.

§ 3º A revisão corresponde à atualização do preço registrado, para mais ou para menos, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem sua execução tal como pactuado, nos termos da alínea "d" do inciso II do art. 124 da Lei 14.133, de 2021.

Art. 47. Os contratos originários da ARP formalizados antes da alteração do preço registrado para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não poderão ter seus preços automaticamente alterados.

Parágrafo único. O reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de que trata o **caput** deverá observar o disposto nas cláusulas contratuais.

Art. 48. Para efeitos do disposto no art. 46, aplicam-se as disposições do regulamento que trata da formalização e execução dos contratos administrativos.

Art. 49. Quando o preço registrado se tornar superior ao preço praticado no mercado por motivo superveniente, o órgão ou entidade gerenciadora convocará os fornecedores para negociarem a redução dos preços aos valores praticados pelo mercado, ressalvado o disposto no inciso I do **caput** do art. 52.

§ 1º Os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços aos valores praticados pelo mercado serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade.

§ 2º A ordem de classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado observará a classificação registrada na ARP.

Art. 50. Quando o preço de mercado se tornar superior aos preços registrados, é facultado ao fornecedor requerer a revisão, mediante demonstração de fato superveniente que tenha provocado elevação que impossibilite o cumprimento das obrigações contidas na ata e desde que atendidos os seguintes requisitos:

I - o requerimento seja formulado antes da formalização do contrato ou aceite da ordem de fornecimento ou execução;

II - a modificação das condições que impactam na formação do preço seja substancial e extraordinária, de forma a caracterizar alteração desproporcional entre os encargos do fornecedor da ARP e os da Administração Pública; e

III - seja efetivamente comprovada a desatualização, por meio de apresentação de planilha de custos e documentação comprobatória correlata que demonstre que os preços registrados se tornaram inviáveis nas condições inicialmente pactuadas;

§ 1º A iniciativa e o encargo da demonstração da necessidade de atualização de preço serão do fornecedor, cabendo ao órgão ou entidade gerenciadora a análise e deliberação a respeito do pedido.

§ 2º Ao receber o pedido, o órgão ou entidade gerenciadora poderá decidir pela suspensão da ata, até a conclusão da análise.

§ 3º Comprovada a desatualização decorrente de fato superveniente que prejudique o cumprimento da ata, a Administração poderá:

I - efetuar a atualização do preço registrado, nos termos requeridos pelo fornecedor, mediante celebração de termo aditivo; e

II - cancelar o preço registrado, liberando o fornecedor do compromisso assumido, sem a aplicação de sanções administrativas.

§ 4º Se não houver prova efetiva da desatualização dos preços e da existência de fato superveniente, o pedido será indeferido pela Administração e o fornecedor continuará obrigado a cumprir os compromissos pelo valor registrado, sob pena de cancelamento do registro de preços e de aplicação das penalidades administrativas previstas em lei e na ata.

§ 5º Na hipótese do cancelamento do registro de preços previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o órgão ou entidade gerenciadora poderá convocar os demais fornecedores integrantes do cadastro de reserva que aceitaram cotar o objeto em preços iguais aos do vencedor ou que mantiveram sua proposta final, nos termos do inciso II do art. 28 deste regulamento.

§ 6º Excepcionalmente, na hipótese do § 4º deste artigo, a Administração poderá liberar o fornecedor do compromisso assumido sem a aplicação de sanções quando,

constatada a existência de fato superveniente que implique em desatualização dos preços, não for possível quantificar seu impacto no valor originalmente registrado.

§ 7º O reajuste e a repactuação dos preços registrados dependerão de requerimento do fornecedor, observando as normas aplicáveis aos contratos administrativos.

Não obstante esta Municipalidade não dispor de legislação própria sobre o tema, à luz da Lei Federal nº 14.133/2021, **não há prejuízo quanto à aplicação das normas suso ditas por analogia, até porque elas somente demonstram uma interpretação mais correta dos incisos III e VI do artigo 82 da Lei Federal nº 14.133/2021, ao considerar alteração também a possibilidade de reajuste dos preços.**

A necessidade dessa alteração advém da consequência lógica de alteração do prazo de registro de preços, que agora é de um ano prorrogado por mais um ano, dando a ele o mesmo direito que os contratos de atualização, revisão de seus valores e manutenção das condições da proposta (art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal).

Assim, protegendo os fornecedores quanto ao demasiado tempo da ata de registro de preços e contra as alterações do mercado, torna-se primordial adequar o edital para constar a possibilidade de aplicar os institutos do reequilíbrio econômico-financeiro.

Para trazer mais segurança a essa Administração Pública, vejamos a seguir a aplicação correta e atual da previsão defendida da possibilidade de reajuste das atas de registro de preços:

1. Município de Cachoeiro de Itapemirim/ES - EDITAL DE PREGÃO ELETRÔNICO Nº. 008/2024 COM REGISTRO DE PREÇOS. OBJETO: aquisição de concreto usinado:²

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – DO REAJUSTE

11.4. Os preços inicialmente contratados são fixos e irremovíveis, no prazo de um ano, contado da data do orçamento estimado, em 24/01/2024.

11.4.1. Após o interregno de um ano, os preços iniciais poderão ser reajustados, mediante a aplicação do índice IPCA - Índice Nacional e Preços ao Consumidor Amplo, exclusivamente para as obrigações iniciadas e concluídas após a ocorrência da anualidade.

11.4.1.2. Caso o índice estabelecido para reajustamento venha a ser extinto ou de qualquer forma não possa mais ser utilizado, será adotado, em substituição, o que vier a ser determinado pela legislação então em vigor.

11.4.1.3. Na ausência de previsão legal quanto ao índice substituto, as partes elegerão novo índice oficial, para reajustamento do preço do valor remanescente, por meio de termo aditivo.

11.4.3. O reajuste será efetuado por meio de apostilamento, nos termos do art. 136, I, da Lei nº 14.133/2021, sem necessidade de aditivo contratual específico para esse fim. E, salvo em casos de relevante indagação jurídica, fica dispensada a prévia manifestação da Procuradoria-Geral do Município (PGM) sobre apostilamentos que tenham por objeto reajustes contratualmente previstos, podendo ser formalizados no âmbito do próprio órgão contratante.

2. Município de Vargem Alta/ES – PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO Nº 014/2024 - OBJETO: Registro de preço para eventual e futura aquisição de blocos de concreto

² Chromeextension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://sistemasprefeitura.cachoeiro.es.gov.br/sac/pagin as_modulo/modulo_licitacao/dfiles/2.%20PE%20008-2024%20ASS.pdf

(pavs) e meio fio, para atender as demandas da Secretaria Municipal Interior e Secretaria Municipal de Obras, Desenvolvimento e Serviços Urbanos:³

5 - CLÁUSULA QUINTA – DA ALTERAÇÃO DOS PREÇOS

5.1 **Visando restabelecer o equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato, os preços poderão ser revistos nas seguintes hipóteses.**

- a) Alteração da política econômica do país, que resulta reflexos nos preços ajustados;
- b) Em decorrência de eventual aumento ou redução dos /preços praticados no mercado;
- c) Por força de situações imprevisíveis que produzam nos preços de mercado;
- d) Por outras hipóteses que sejam devidamente comprovada e inviabilidade de praticar o preço ofertado, desde que devidamente aceitos pela Administração.

Acreditando que esta Administração Pública aplicará corretamente a inovação legislativa do sistema de registro de preços, requer-se, desde já, a indicação do prazo de resposta dos pedidos, conforme determina o artigo 92 da Lei Federal nº 14.133/2021, aplicável ao caso por analogia e por medida de justiça e transparência:

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

(...)

X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

Diante disso, ante o advento de norma federal e estadual que preveem expressamente a possibilidade de aplicação dos institutos do reequilíbrio econômico-financeiro das atas de registro de preços, **requer-se seu uso por analogia, para que esta Municipalidade também se adeque aos novos procedimentos licitatório, até que advinda norma municipal sobre o tema.**

4. 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, 14 de agosto de 2024.

ROBERTA BRAVIN FABELO
OAB/ES nº 27.681