

AO PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA FUNDAÇÃO NACIONAL DE SAÚDE – FUNASA

Edital n. 12/2022

Processo n. 25100.006254/2021-77

YM SECURITY LTDA, pessoa jurídica de Direito Privado, devidamente inscrita sob o CNPJ n. 07.143.513/0001-09, com sede à Rua da Copaíba, n. 1, torre A, Sala 1016 – Aguas Claras/DF, CEP 71919-540, neste ato, representada pelo seu representante legal, entendendo que os termos e especificações em epígrafe, realizado por este órgão, não atendem aos ditames legais, acarretando EXTREMA RESTRITIVIDADE, comprometendo a IGUALDADE e a COMPETITIVIDADE do certame, vem oferecer

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

em face da indevida RESTRIÇÃO DE COMPETITIVIDADE perpetrada por algumas cláusulas editalícias, conforme as razões de fato e de direito a seguir expandidas.

TEMPESTIVIDADE

A presente impunção é tempestiva com base no item 22.1 do Instrumento convocatório, abaixo reproduzido:

“21.1. Até 03 (três) dias úteis antes da data designada para a abertura da sessão pública, qualquer pessoa poderá impugnar o Edital.”

DOS FATOS

A impugnação ao referido Edital, se faz necessária para corrigir vícios contidos no ato convocatório que comprometem a sua legalidade, conforme o disposto no decreto 3.555/2000, na lei 10.520/2002 e no Artigo 41 da Lei nº. 8.666 de 21 de junho de 1993, tendo em vista a existência de restrição a competitividade e direcionamento do certame, ou veja-se:

“Qualquer restrição em relação ao objeto da licitação deve ter como fundamento razões aptas a justificarem que a finalidade e o interesse público reclamam por tal exigência de forma irremediável. Sem tal justificativa a restrição deve ser tomada por ilegal (art. 3º, § 1º, inc. I)..”

“Direcionar o edital de uma compra com as características de determinado conjunto de fornecedores não tem nenhuma convergência com o trabalho de especificar corretamente o objeto pretendido para um determinado processo de licitação.” - conforme entendimento do TCU no Acórdão 641/2004 – Plenário.”

De modo mais detido, são os itens direcionados.

- 2.6.14. A solução deve permitir a visualização das estatísticas no dashboard por serviço integrado (Exchange Online, Teams, Onedrive, Sharepoint) ;

A equipe técnica da impugnanda, realizou minuciosa análise a tais exigências e as comparou com o padrão de mercado para soluções de segurança para e-mail (Email security Gateway).

Segundo o padrão de mercado, inclusive utilizando-se como base a propria definição do Google Workspace (uma das plataformas de colaboração citadas no Edital) temos a seguinte definição.

Um gateway de e-mail de entrada é um servidor de e-mail que processa de alguma forma os e-mails recebidos, antes que as mensagens sejam entregues aos destinatários. Por exemplo, gateways de entrada normalmente verificam spam, arquivam mensagens e verificam anexos ou softwares nocivos.

fonte: <https://support.google.com/a/answer/60730?hl=pt-BR>

O objeto do Edital é claro ao definir o seguinte:

1.1. O objeto da presente licitação é a escolha da proposta mais vantajosa para aquisição de licenças de solução de gateway de segurança de e-mails (AntiSpam) para a FUNASA, com fornecimento de serviço de instalação e configuração, suporte, manutenção especializada e garantia de toda a solução por 12 (doze) meses, e ainda treinamento conforme condições, quantidades e exigências estabelecidas neste Edital e seus anexos.

Ou seja, ao colocar tal exigência, a FUNASA foge ao objeto do Edital, solicitando proteção para outras plataformas que não estão diretamente relacionadas a proteção de e-mail provida por uma plataforma de proteção do tipo “Gateway de segurança de e-mails’.

Ao fazer tal exigência a FUNASA extrapola a razoabilidade.

DO DIREITO

A licitação é um sistema baseado na ampla competitividade, no julgamento objetivo das propostas e na igualdade de condições, que devem ser respeitados para fins de buscar a proposta mais vantajosa à administração, e respeitar os princípios magnos da Administração Pública, como legalidade, moralidade, impessoalidade, etc.

Prima facie, vale consignar que a licitação é um sistema baseado na ampla competitividade, no julgamento objetivo das propostas e na igualdade de condições, que devem ser respeitados para fins de buscar a proposta mais vantajosa à administração, e respeitar os princípios magnos da Administração Pública, como legalidade, moralidade, impessoalidade, etc.

Não à toa, é o sistema eleito pelo Constituinte Originário para as contratações da Administração:

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.

A lei nº 8.666/90 vem especificar o que vem a ser licitação, em todas as suas modalidades, especificando seus objetivos:

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.

A legislação quanto aos objetivos e princípios da licitação, acima dispostos, é aplicável a pregões, consoante expressamente disposto na Lei nº 10.520/02:

Art. 9º - Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

O sistema pressupõe **alta competitividade**, pelo que o artigo 3º, §1º, da lei de licitações estabelece de maneira peremptória a vedação a que **sequer se tolere** a restrição de competitividade:

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;

No mesmo sentido, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, por exemplo, **há muito já vedou de maneira peremptória** a restrição indevida da competitividade do certame:

REPRESENTAÇÃO. LICITAÇÃO CUSTEADA COM RECURSOS FINANCIADOS POR INSTITUIÇÕES QUE COMPÕEM O GRUPO BANCO MUNDIAL. ENTENDIMENTO DO TCU. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE. FIXAÇÃO DE PRAZO PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME.

1. De acordo com o art. 42, § 5º, da Lei n. 8.666/1993, é possível a realização de processos licitatórios que obedeçam às condições previstas em contratos assinados com instituições financeiras multilaterais e, ainda, a adoção de procedimentos por elas exigidos. 2. Nada obstante, consoante a Decisão n. 1.640/2002 - Plenário, eventual contrato de empréstimo internacional não pode conter cláusulas conflitantes com a Constituição Federal, uma vez que os princípios constitucionais prevalecem em caso de divergência com as normas dos organismos de financiamento, sendo cabível, ainda, a aplicação subsidiária dos ditames da Lei n. 8.666/1993. 3. A exigência não justificada, do ponto de vista técnico-econômico, de experiência mínima de dez anos na prestação de serviços similar ao licitado consubstancia restrição ao caráter competitivo do certame. 4. Deve ser fixado prazo para a anulação de certame maculado do vício insanável da restrição à competitividade.¹

Verifica-se, assim, que exigências indevidas e que restringem a competitividade do certame sem fornecer proporcional benefício à futura contratação são ilegais.

O instrumento convocatório deve estabelecer regras que respeitem as EXIGÊNCIAS NECESSÁRIAS, a fim de assegurar a proposta mais vantajosa para a Administração - essência primordial da realização dos torneios licitatórios. Nesse sentido, Marçal Justen Filho:

"O ato convocatório tem de estabelecer as regras necessárias para seleção da proposta vantajosa. Se essas exigências serão ou não rigorosas, isso dependerá do tipo de prestação que o particular deverá assumir. Respeitadas as exigências necessárias para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, serão inválidas todas as cláusulas que, ainda indiretamente, prejudiquem o caráter "competitivo" da licitação"

In casu, verifica-se que o item 2.6.14. não seomente é ilegal por restringir a competitividade do certame licitatório proposto, como também por se tratar de exigência que não condiz com o objeto da licitação, como fora demonstrado no item anterior.

Desta forma, observa-se que a exigência se mostra indevida, gerando restrição da competitividade que não se justifica, de modo que o edital incide em vedação expressa no artigo 3º, §1º, da Lei nº 8.666/1993, importando ainda em indevida quebra de tratamento isonômico entre as empresas e illegalidade flagrante.

Vale sempre relembrar, e como é certamente conhecido por Vossa Senhoria, a legalidade administrativa é princípio que adstringe completamente toda a atuação do gestor público.

Consabido que, ao revés das pessoas de direito privado, as de direito público, quando agindo como públicas, estão circunscritas ao âmbito da Administração, estando assim adstritas aos princípios que as norteiam, dentre os quais o da legalidade, **EXPRESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL** nos seguintes termos:

"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 (...)".

Elucidativo para o que representa o teor desse princípio é o magistério de Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências

do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso".⁵

Ademais, pode evitar a contratação de proposta mais vantajosa a esse órgão, frustrando objetivo precípuo do pregão eletrônico, ocasionando igualmente a sua ilegalidade consoante entendimento do e. TCU.

DOS PEDIDOS

Ex positis, é a presente impugnação para requerer:

- a. Liminarmente, a sustação do certame, por estar devidamente motivada, presente as razões de interesse público, bem como presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*;
- b. A procedência da presente impugnação para retirar do edital as exigências descritas no subitem 2.6.14 a fim de garantir a isonomia, o caráter competitivo da licitação, e principalmente o princípio da legalidade e moralidade, nos termos acima descritos.
- c. A abertura de prazo para divulgação das novas condições de apresentação da proposta (§ 4º, art.21 da Lei 8.666/93).

Nestes termos, pede e espera deferimento.

Brasília, 7 de dezembro de 2022.

Documento assinado digitalmente
YM SECURITY LTDA  YAGO MORGAN FERREIRA GOMES
Data: 07/12/2022 18:28:38-0300
Verifique em <https://verificador.it.br>