

**AO CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL DE SAÚDE E SERVIÇOS DO ALTO DO RIO PARÁ -
CISPARÁ
PROCESSO LICITATÓRIO Nº 09/2024
MODALIDADE: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 05/2024
REGISTRO DE PREÇOS Nº 05/2024**

A empresa **DION & CO. ASSESSORIA E CONSULTORIA EM LICITAÇÕES LTDA**, inscrita no CNPJ nº23.124.524/0001-90, com sede na Al Rio Negro, nº503, sala 2020, Alphaville, Barueri, São Paulo/SP, CEP 06.454-000 representada neste ato por seu representante legal abaixo assinado, vem apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

apresentando no articulado as razões de sua irresignação.

I - DA TEMPESTIVIDADE

O instrumento convocatório do pregão em tela traz o seguinte a respeito do prazo de Pedidos de Impugnação:

“4.3. Qualquer pessoa é parte legítima para solicitar esclarecimentos sobre os termos do edital. Os pedidos de esclarecimentos deverão ser encaminhados por meio do sistema de pregão (www.ammlicita.org.br), no link próprio deste pregão, até o 3º dia útil antes da data de abertura do certame, com identificação do interessado.”

O pregão tem data prevista para 22/04/2024, desta feita, podemos dizer que o as licitantes interessadas poderão apresentar pedido de Impugnação até o dia 17/04/2024. Sendo esta peça apresentada no dia 17/04/2024, ela é TEMPESTIVA.

Havendo sido comprovada a tempestividade da peça, passemos às razões da irresignação da Impugnante:

DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

“A hipótese de restrição à competitividade não deve ser examinada somente sob a ótica jurídica e teórica, deve levar em conta também se as cláusulas supostamente restritivas culminaram em efetivo prejuízo à competitividade do certame. Acórdão 2066/2016-Plenário”

Inicialmente, cumpre salientar que a licitação visa, por meio de processo público que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, selecionar a proposta mais vantajosa à Administração. Esta pode ser considerada a síntese da finalidade da licitação, conforme Lei 14.133/2021:

“ Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;... “

Assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes e selecionar a proposta mais vantajosa à Administração, são ações que a um só tempo satisfazem tanto o interesse dos licitantes quanto o interesse público, consistente na capacidade de contratar e empregar bem o dinheiro público.

DOS FATOS E DOS MOTIVOS AUTORIZADORES À REFORMA DO EDITAL

O CISPARÁ, publicou edital tornando pública a abertura de licitação, na modalidade Pregão Eletrônico, do tipo maior desconto por lote, tendo como objeto *“Registro de Preços para contratação de empresa (s) de engenharia, especializada (s) em eficiência energética, para o suprimento de energia elétrica por meio de geração de energia solar fotovoltaica, conectada à rede, do tipo on-grid, para atendimento das necessidades futuras e eventuais dos Municípios que fazem parte do Consórcio Intermunicipal de Saúde e Serviços do Alto do Rio Pará- Cispará. A sessão pública está prevista para o dia 19/03/2024.”*

Ocorre que o Edital está eivado de vícios e a presente impugnação pretende afastar do presente procedimento licitatório, exigências feitas em extrapolação ao disposto no estatuto que disciplina o instituto das licitações, com intuito inclusive, de evitar que ocorra restrição desnecessária do universo de possíveis e capacitados competidores, obstando a BUSCA DA CONTRATAÇÃO MAIS VANTAJOSA, ou mesmo, DIRECIONANDO o certame para Empresa Específica, senão vejamos: Após a análise minuciosa do edital ora impugnado, verificaram-se exigências que podem comprometer a obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração Pública, além de representarem patente afunilamento da competitividade. O edital vergastado está maculado por condições de realização e de participação que ferem de morte os termos da Lei 14.133/2021.

DO POSSÍVEL DIRECIONAMENTO DO CERTAME E DA AFRONTA À COMPETITIVIDADE

O CISPARÁ, em 15/04/2024, já às vésperas da abertura da sessão, publicou Retificação ao Edital **09/2024**, passando a VEDAR a participação de Consórcios no certame em tela.

Acontece que tal modificação trazido ao edital possui por base justificativa ultrapassada, utilizando-se jurisprudência com base na revogada Lei 8.666/93. Podemos dizer que em sua forma atual, tal vedação, fere diversos princípios basilares da licitação, a saber, Legalidade, Impessoalidade, Isonomia e igualdade entre licitantes, principalmente considerando que o edital tem como base legal a Lei 14.133/2021 e não a Lei 8.666/93.

A vedação à participação de Consórcios na licitação, coloca em risco até mesmo o objetivo principal da licitação: selecionar a proposta mais vantajosa.

Vejamos alguns trechos utilizados como “justificativa” técnica para vedação à participação de consórcios no certame:

“Corroborando esta tese, o Prof. MARÇAL JUSTEN FILHO, leciona que:

"Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta riscos da dominação do mercado, através de pactos de eliminação de competição entre empresários. No campo de licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. **O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados, em vez de estabelecerem disputa entre si, formalizariam acordo para eliminar a competição.** Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias de mercado e (ou) a complexidade do objeto torna problemática a competição. Isso se passa quando grandes quantidades de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar de licitações. Nesse caso, o intuito do consórcio é a via adequada para propiciar ampliação do universo de participantes. **É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões ou a complexidade do objeto ou das circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas umas poucas empresas estariam aptas a**

preencher as condições especiais exigidas para a licitação." (grifo nosso)

A respeito da participação de consórcio, a jurisprudência do TCU destaca:

"Ademais, a participação de consórcios em torneio licitatório não garante aumento de competitividade, consoante arestos do Relatório e Voto que impulsionaram o Acórdão no 2.813/2004 - I""

...

"Portanto, considerando que é ato discricionário da Administração diante da avaliação de conveniência e oportunidade no caso concreto; considerando que inexistente a complexidade do objeto; e considerando que existem no mercado diversas empresas com potencial técnico, profissional e operacional suficiente para atender satisfatoriamente às exigências previstas neste estudo, entende-se que é conveniente a vedação de participação de empresas em "consórcio", tendo em vista, ainda, que a vedação não causará prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência da respectiva contratação"

Sabemos que a jurisprudência não perde sua validade, desde que não conflite com a legislação vigente, ou com entendimento mais recente. No caso concreto, este Consórcio apresentou TODA a sua justificativa em jurisprudência baseada ainda na Lei 8.666/93. Aqui é que está o conflito, pois a Lei 8.666/93 traz diretrizes totalmente diversas da Lei 14.133/2021 no que diz respeito à participação de Consórcios em licitações, desta feita, não é legalmente possível, basear-se em jurisprudência da Lei 8.666/93 para justificar a vedação de participação de Consórcios em uma licitação baseada na Lei 14.133/2021.

Inclusive, em simples pesquisa na internet, é possível verificar que na verdade este Consórcio apenas **COPIOU** justificativa utilizada pelo MINISTÉRIO DA GESTÃO E DA INOVAÇÃO EM SERVIÇOS PÚBLICOS, no Pregão 08/2023 (https://www.gov.br/gestao/pt-br/acao-a-informacao/licitacoes-e-contratos/licitacoes-e-contratacoes-diretas/central-de-compras-seges/2023/pregoes/arquivos/pregao-eletronico-srp-no-08-2023/sei_mgi-39041567-decisao-de-impugnacao-1.pdf), sem sequer levar em consideração as diferenças entre os editais e suas especificidades. A justificativa para a vedação à participação de consórcio deve ter base em um profundo estudo do mercado e suas especificidades, não uma simples cópia de processo alheio.

É importante trazer à baila que sob a égide da Lei nº 8.666/93, os consórcios eram tratados com reserva no âmbito das licitações, onde a participação de consórcios em licitações

era a EXCEÇÃO. Desta forma, a lei permitia a formação e participação de consórcios APENAS quando expressamente previsto no edital, sendo que na maioria dos editais havia uma proibição, sem necessidade de justificar tal escolha.

Já na Lei nº 14.133/21 a realidade é outra:

“Art. 15 - Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio”

Logo, o consórcio passa a ser sempre permitido, a menos que haja uma justificativa explícita para sua proibição, há de se convir que a justificativa utilizada pela CISPARG não possui qualquer fundamentação legal, uma vez que se baseou em fundamentação ultrapassada, e tampouco técnica possui justificativa técnica, devendo ser totalmente desconsiderada.

Como pode a CISPARG mencionar que “inexiste complexidade do objeto”? Caso o objeto não possuísse complexidade, não seria uma atividade sob a fiscalização de conselhos profissionais, tais como CREA e CAO. Este Consórcio tem total consciência de tal complexidade, tanto que exige no item 7.7.15.2. do edital que os atestados sejam devidamente registrados no CREA ou no CAU. Ora, se o objeto não possuísse complexidade técnica, qual seria a justificativa para esta exigência?

Podemos citar ainda que na categoria dos engenheiros, somente o eletricitista possui as atribuições para projetar e executar projetos fotovoltaicos, conforme o artigo 8º da resolução nº 218, de 29/06/1973 do Crea/Confea. Comprovando-se mais uma vez que o objeto possui complexidade sim e não deve ser tratado de forma leviana.

Este Consórcio utiliza o entendimento ultrapassado do Prof. Marçal Justen Filho, baseado na Lei 8.666/93 na tentativa de justificar algo injustificável, uma vez que o entendimento atual do Prof. Marçal Justen filho é o seguinte:

“a Lei 14.133/201 *consagra, como regra geral, a admissibilidade de participação de consórcio.* ...

Ou seja, a decisão de vedar a participação de consórcio deverá ser antecedida de uma avaliação da realidade de mercado em face do objeto licitado...” – comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas, Prof. Marçal Justen filho – pág. 296

O entendimento é o mesmo do prof. Ronny Charles:

“ O Legislador não criou regra expressa acerca da obrigatoriedade ou não da

*participação dos consórcios. Essa decisão ficará a cargo do administrador, de acordo com as regras de boa gestão que objetivem ampliação da competitividade. **Haverá situações em que a participação dos consórcios ocorrerá pela complexidade do certame ou pelo tamanho objeto contratual envolvido**, nesse caso, permitir tal coligação empresarial **fomentará a competitividade** pela união e participação das empresas que não teriam condições de concorrer sozinhas. – Leis de Licitações Públicas comentadas- Ronny Charles, Ed. Juspodivm.*

A prof^a. Flávia Vianna, em seu livro: Licitações e contratos- 2024 – Editora Vianna, reforça o mesmo entendimento:

*“**A regra** é a possibilidade de participação de empresas em consórcio, sendo que a proibição deverá ser justificada nos autos do processo:*

Lei 14.133/21

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:”

Vejamos igualmente o entendimento do TCU:

*“O art. 15 da Lei 14.133/2021 admite, **em regra, a participação de empresas em consórcio nas licitações**, salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório”- Licitações e Contratos. Orientações e Jurisprudência do TCU. 5.ed , pág. 421*

Não pode esta Administração, ter estudado profundamente o mercado de energia fotovoltaica ao ponto de entender que o objeto, no volume licitado, pode ser executado por uma única empresa. Está claro, principalmente devido ao volume do objeto, assim como do seu valor estimado, que sua execução por uma única empresa é **INEXEQUÍVEL**.

Considerando ainda a exigência do item “7.6.13. Comprovação de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da

contratação.” Parece-nos estranho que esta Administração realmente acredite em sua própria justificativa de que a permissão da participação de consórcios não afetaria a competitividade. Está esta administração realmente convencida que haverá no mercado uma ampla quantidade de empresas que possuem, isoladamente, patrimônio líquido ou capital social de pelo menos **R\$ 12.993.121,49** (doze milhões, novecentos e trinta e um mil, cento e vinte e um reais e quarenta e nove centavos)? Ou a “inclusão” tardia da vedação de participação de consórcios tem por único **objetivo favorecer uma empresa específica?**

Tais justificativas dependem de mais embasamento técnico, pois da forma que está não é plausível e quiça merece atenção dos órgãos de controle.

Em vista do exposto até aqui, considerando que a vedação à participação de Consórcios na licitação não é REGRA e sim EXCEÇÃO e que **a justificativa técnica apresentada não cabe ao objeto ou ainda a legislação vigente**, solicitamos que a mesma seja retirada do edital, permitindo-se a participação de consórcio, dada a complexidade e o volume do objeto.

DO QUALIFICAÇÃO FINANCEIRA

Conforme é possível verificar o objeto da licitação é: **“Registro de Preços para contratação de empresa (s) de engenharia, especializada (s) em eficiência energética, para o suprimento de energia elétrica por meio de geração de energia solar fotovoltaica, conectada à rede, do tipo on-grid, para atendimento das necessidades futuras e eventuais dos Municípios que fazem parte do Consórcio Intermunicipal de Saúde e Serviços do Alto do Rio Pará- Cispará.”**

Não há dúvidas tratar-se de Registro de Preços, onde a Administração não possui a obrigatoriedade de contratação. Parece dearrazoado a exigência de comprovação de 10% do valor total estimado para a contratação, sem sequer haver a certeza de que o objeto será contratado em sua integridade.

A própria Lei 14.133/2021 define o Registro de Preços da seguinte forma:

*“XLVI - ata de registro de preços: documento vinculativo e obrigacional, **com característica de compromisso para futura contratação**, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas;”*

Ou seja, apesar de tratar-se de um compromisso, não é um Contrato.

Vejamos o que diz a Lei 14.133/2021 sobre a qualificação Econômico-financeira:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação: [...]
§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação. (Grifo nosso)

No tocante à imposição de patrimônio líquido mínimo como requisito para a habilitação, é imprescindível frisar que, no âmbito do Acórdão nº 1.321/2020-Plenário, os Eminentes Senhores Ministros do Tribunal de Contas da União deliberaram que:

“9.3.1.1. exigência, como critério de habilitação, de patrimônio líquido de 5% do valor estimado da contratação, sem a realização de estudo de mercado com vistas a verificar o seu potencial restritivo, em afronta ao disposto no inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993; [...] (Grifo nosso)”

Embora o aludido Acórdão faça menção ao inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei 8.666/1993, tal disposição pode ser extrapolada para abranger a Lei Federal nº 14.133/21, uma vez que a redação do primeiro ostenta uma lógica administrativa análoga à consubstanciada no artigo 9º, inciso I, alínea "a" da Nova Lei de Licitações e Contratos Seu entendimento foi mantido, conforme cristalizado no Acórdão nº 430/2021 - Plenário.

Trazemos à baila ainda o entendimento do auditor da Controladoria Geral da União, Franklin Brasil, por meio de indagação consignada no ambiente do Gestgov, ressalta, em sua obra "Fraudes em Licitação", que:

“Considerando o regulamento do SICAF, Sistema de Cadastro de Fornecedores do Governo Federal e a lógica da racionalidade dos controles, deve-se fixar percentual mínimo de Capital Social ou Patrimônio Líquido proporcional aos riscos. Os riscos principais, nesse caso, são: (1) inexecução

ou falha no contrato; e (2) restrição indevida à competição. Essa ponderação deve considerar, entre outros fatores, o valor estimado do contrato, a essencialidade do objeto, o tempo de duração do contrato, as características do mercado fornecedor em potencial. Espera-se justificativa nos autos e estudo de mercado com vistas a verificar o potencial restritivo (Acórdão TCU nº 1.321/2020-P) **(Grifo nosso)**”

Franklin Brasil acrescenta ainda seguinte:

“Em síntese, conforme aumenta o valor licitado e/ou o prazo e/ou escopo, aumentam os riscos, e com isso aumenta a relevância de estudos mais sofisticados. (Grifo nosso)”

Diante desse contexto, após análise do edital e seus anexos, constata-se a inexistência de qualquer registro concernente a um estudo de mercado que respalde a imposição do requisito de Patrimônio Líquido (PL) igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação em pauta, nos termos do Edital do pregão eletrônico nº 09/2024.

Constata-se que a ausência de um estudo de mercado apropriado, incide numa notável disparidade informacional. Do ponto de vista estatístico, a quantidade de empresas capazes de atender ao requisito de Patrimônio Líquido estipulado no item 7.6.13 do Edital, que demanda um mínimo de aproximadamente **R\$ 12.993.121,49** (doze milhões, novecentos e trinta e um mil, cento e vinte e um reais e quarenta e nove centavos), revela-se não significativa. O número de empresas capazes de atender tal requisito é tão ínfimo que o certame tem grandes chances de restar deserto ou fracassar na fase de habilitação, pela ausência de empresa capaz de atender tal requisito.

A exigência da qualificação Econômico-financeira é legal, o que contestamos aqui é a razoabilidade, uma vez que 10% é o valor máximo que poderá ser exigido, sendo discricionário à Administração Pública, após profundo estudo de mercado, exigir percentual que seja **razoável e exequível** para boa parte das empresas do ramo.

Dessa maneira, em um cenário caracterizado pela presença de uma significativa pluralidade de agentes econômicos, tanto no segmento dos proponentes quanto no dos demandantes, a imposição de um requisito que compelia o licitante a demonstrar um Patrimônio Líquido equivalente, no mínimo, a 10% do valor estimado do contrato configura uma medida que, incontestavelmente, incide na restrição da competitividade do certame em questão, em afronta ao postulado consagrado no artigo 5º da Lei Federal nº 14.133/2021, conforme segue:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da **competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (Grifo nosso)**

Como explanado acima, para que a exigência seja compatível com a capacidade financeira das empresas presentes no mercado, este consórcio deverá realizar um estudo de mercado aprofundado, a fim de determinar um percentual mais apropriado para comprovação de qualificação econômico-financeira.

DA NÃO REABERTURA DO PRAZO

Como é possível observar no portal onde a licitação será realizada, o aviso de alteração ao edital, com a vedação de participação de consórcios foi divulgado em 15/04/2024. Porém, não houve alteração da data de abertura da proposta, o que configura grave irregularidade que poderá resultar na anulação do certame.

A Lei 14.133/2021, estipula o seguinte:

“Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de:

...

II - no caso de serviços e obras:

a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia;

...

§ 1º **Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos** dos atos e procedimentos originais, exceto **quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.**”

A única exceção que permitiria a não reabertura dos prazos, conforme Art. 55 da Lei 14.133/2021, é quando a alteração não altera a formulação das propostas. A alteração apresentada por este consórcio é drástica, e certamente influencia na apresentação da proposta, pois empresas que porventura estivessem se preparando para participar em consórcio, agora precisam refazer todo o projeto para verificar a viabilidade ou não de poderem arcar com o objeto de forma isolada, se possuem capacidade financeira e técnica para tal. Então, **HOUVE SIM, alteração substancial** que afetou a apresentação de propostas. Desta feita, o edital deveria ser divulgado com suas alterações, havendo a reabertura de mais 10 (dez) dias úteis para que as empresas formulassem e apresentassem suas propostas. Da forma em que foi publicada a alteração do edital, ela é nula e poderá causar nulidade de todo o processo.

O TCU reforça este entendimento:

*“A alteração de cláusula editalícia capaz de afetar a formulação das propostas das licitantes sem a **republicação do edital e a reabertura dos prazos para apresentação de novas propostas** ofende os princípios da publicidade, da vinculação ao instrumento convocatório e da isonomia. (TCU - Acórdão 2032/2021 Plenário)”*

DO PEDIDO

Diante do exposto, pugna-se pela imediata suspensão do certame, para que se providencie a correção do Edital, sanando os vícios apontados e ao final, requer-se seja acolhida a presente Impugnação Administrativa, como medida necessária para resguardar a legalidade do certame.

Resumimos nosso pedido em:

- 1) Que o edital continue permitindo a participação de consórcios, dada a complexidade e o volume do objeto;

- 2) Que sejam revistos os parâmetros estipulados para comprovação de qualificação econômico-financeira, a fim de se adequar à realidade do mercado;
- 3) Que o edital seja relançado com as devidas alterações e seja reaberto o prazo legal de 10 dias úteis para registro de propostas;

Pede-se deferimento,

Barueri, 17 de abril de 2024.

Jônatan Dionizio de Oliveira Campos
117.450.276-29