

AO(À) EXMO(A). SR(A). PRESIDENTE DA COMPANHIA DE DESENVOLVIMENTO DOS VALES DO SÃO FRANCISCO E DO PARNAÍBA - CODEVASF, POR INTERMÉDIO DO PRESIDENTE DA COMISSÃO TÉCNICA DE JULGAMENTO

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL
EDITAL Nº 11/2014 - CONCORRÊNCIA TÉCNICA E PREÇO

KL SERVIÇOS DE ENGENHARIA S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob nº 06.022.644/0001-67, com sede na Av. Eng. Santana Junior, nº 3000, salas 401-405, bairro Cocó, Fortaleza, Ceará, CEP 60.192-200, por seu representante legal, vem, por seus advogados abaixo signatários, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO ADMINISTRATIVA** contra os termos do edital supramencionado, fazendo-o com fundamento no artigo 41 e parágrafos da Lei nº 8.666/1993, pelas razões a seguir aduzidas.

I - BREVE RESUMO DO EDITAL.

Constitui objeto do certame licitatório em tela a Elaboração de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental, com elaboração do AIA – Avaliação de Impacto Ambiental, e consolidação dos Anteprojetos de Engenharia da alternativa selecionada, numa área de 138.541,00 km², localizada na Bacia Hidrográfica dos Rios Carindé/Piauí, Itauciras e Gurguéia, afluentes pela margem direita do rio Parnaíba, no Estado do Piauí.

Todavia, o objetivo licitatório de selecionar a melhor proposta para a Administração não será atingido, vez que o Edital está eivado de ilegalidade, bem como fora objeto de alterações relevantes sem a necessária republicação, conforme será abaixo demonstrado.

II - DA TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO.

Em vista da fixação do dia 14.05.2014 como data da sessão pública do certame, vê-se tempestiva a presente impugnação, dado que protocolada dentro do prazo de até dois dias úteis antes da data fixada para abertura da sessão pública.

III - DOS TERMOS COMBATIDOS DO EDITAL.

III. 1. Da disparidade excessiva do índice técnico em detrimento do índice de preço para fins de julgamento da licitante vencedora. Peso da nota técnica muito superior ao da proposta comercial. Necessidade de ser sanada a falha e republicado o ato convocatório.

É do conhecimento geral que foram apresentados diversos questionamentos ao edital vergastado, tendo sido apresentadas as respostas no último dia 08/05/2014, às vésperas da licitação, sendo evidente que as respostas realizaram diversas e significativas alterações no edital, alterações que impactam na elaboração das propostas.

É clarividente a necessidade de republicação do edital, posto que, dentre as modificações, foi alterada a forma de cálculo para a Nota Financeira, fazendo com que a mesma tenha irrisória relevância em relação a Pontuação Total da Proposta, uma vez que cerceia o caráter competitivo do edital, uma vez que limita a variação da nota da proposta financeira, e tal mudança foi feita a cinco dias da abertura da proposta sem justificativa plausível como se vê abaixo:

PERGUNTA 1: NA AVALIAÇÃO DOS "CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS" O ITEM 14.4 APRESENTA A SEGUINTE FÓRMULA PARA A NOTA FINANCEIRA:

$N_f = 100 - []$, ONDE:

N_f = NOTA FINANCEIRA ALCANÇADA PELA LICITANTE;

P_o = PREÇO OFERTADO PELA LICITANTE; E

P_m = PREÇO MÍNIMO OFERTADO.

VISTO QUE OS DEMAIS EDITAIS DA CODEVASF CONSIDERAM A NOTA FINANCEIRA DEFINIDA PELA FÓRMULA A SEGUIR:

A) NOTA FINANCEIRA

$N_f = 100 - [] * 20$

N_f = NOTA FINANCEIRA OBTIDA PELA LICITANTE (VARIANDO ENTRE 80 A 100);

P_o = PREÇO OFERTADO PELA LICITANTE;

V_e = VALOR MÁXIMO ORÇADO/MI; E
 P_m = PREÇO MÍNIMO OFERTADO. ENTENDE-SE QUE PODE TER OCORRIDO ALGUM EQUÍVOCO NA APRESENTAÇÃO DA NOTA FINANCEIRA APRESENTADA NOS TERMOS DE REFERÊNCIA DO EDITAL 11/14. O NOSSO ENTENDIMENTO ESTÁ CORRETO?

OBSERVA-SE NO ANEXO VII - RELAÇÃO DE EVENTOS PARA EFEITO DE FATURAMENTO DA VIABILIDADE, DOS TERMOS DE REFERÊNCIA, NO ITEM 1 ESTUDO DE VIABILIDADE - O EVENTO E15 JÁ INDICA A APRESENTAÇÃO DOS TRABALHOS RELACIONADOS AOS ESTUDOS AMBIENTAIS SOB O TÍTULO "AVALIAÇÃO DOS IMPACTOS AMBIENTAIS".

RESPOSTA 1: SIM, EXISTE UM EQUÍVOCO NA FÓRMULA APRESENTADA, ASSIM, PARA CÁLCULO DA NOTA FINANCEIRA DEVERÁ SER CONSIDERADA A FÓRMULA CONFORME SEGUE:

A) NOTA FINANCEIRA - N_f

$$N_f = 100 - [(P_o - P_m) / (V_e - P_m)] \times 20$$

ONDE:

N_f - NOTA FINANCEIRA OBTIDA PELA LICITANTE (VARIANDO ENTRE 80 E 100 PONTOS);

P_o = PREÇO OFERTADO PELA LICITANTE;

V_e = VALOR MÁXIMO ORÇADO PELA CODEVASF;

P_m = PREÇO MÍNIMO OFERTADO.

Claramente se percebe, pois, que para a definição do vencedor, ante a disparidade elegida pelo Edital, os critérios mais subjetivos e parciais preponderam sobre o critério objetivo, de forma a conferir um peso exagerado e desproporcional para a técnica no julgamento da melhor proposta.

Em casos como o aqui analisado, em vista da prevalência dos critérios mais subjetivos e parciais em detrimento ao aspecto objetivo, para validade do Edital, exige-se que tal diferença seja, no mínimo, justificada, e bem justificada, definindo-se nas explicações os fundamentos necessários para encampar tal prevalência. Essa justificativa é condição de validade para que se possa manter e aceitar essa disparidade quando do julgamento das propostas.

A imperiosa necessidade de se exigir uma justificativa plausível para dois pesos tão distantes e para prevalência do aspecto mais subjetivo tem seu cerne na obrigatoriedade de assegurar a igualdade dos licitantes, de forma que todos tenham um tratamento isonômico, impedindo vantagens e tratamentos diferenciados. Visa, portanto, elencar fundamentos válidos para que os

concorrentes sejam esclarecidos da motivação da diferença exagerada entre os critérios que compõem o julgamento e tenham condições de avaliar a pertinência ou não de tal situação para a licitação, de forma a minimizar o grau de subjetividade inerente a esse tipo de concorrência, impedindo escolhas abusivas, comprometidas e desleais, baseadas tão somente em aspectos subjetivos e parciais.

Nas licitações públicas, o julgamento a partir de critérios objetivos é a regra de ouro que deve nortear as escolhas, conforme imposto pelos comandos contidos nos arts. 44, § 1º, e 45 da Lei nº 8.666/1993. Dessa forma, os critérios subjetivos são exceções à regra e, como tal, para sua validade e pertinência, devem apresentar uma justificativa formal plausível e aceitável, ainda mais quanto tem um peso determinante para a escolha da melhor proposta.

A escolha da preponderância de um critério subjetivo como o da técnica vai muito além da conveniência do Administrador. **É essencial, para que a exigência seja válida, que essa exceção seja justificada formalmente nos autos do procedimento, para que não se restrinja o potencial de competidores com base em argumentos inválidos e não necessários, sob pena de ferimento ao artigo 3º, §1.º, inciso I, da Lei nº 8666/1993.**

E como não poderia deixar de ser, **É ESSA A ORIENTAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO**, que, reiteradamente, vem decidindo neste sentido, conforme demonstrado abaixo:

“b) adoção de licitação do tipo técnica e preço sem apresentar justificativas para a distribuição de peso 7 para a nota técnica e peso 3 para a avaliação do preço, em desacordo com a jurisprudência deste Tribunal, privilegiando demasiadamente, sem razão aparente, a técnica em detrimento do preço – resposta às fls. 6-7 do Anexo 7.

(...)

34. *Sobre a ausência de prévia justificativa para o formato dado à pontuação técnica e de preços, o Ministério deixou de se manifestar acerca da impropriedade, embora já devesse constar, dos autos, arazoado para justificar tal desproporção, com ponderação efetiva do benefício esperado para a execução contratual, as eventuais restrições prejudiciais à competitividade do certame e o impacto sobre os preços contratados, conforme jurisprudência do Tribunal.*

(...)

43. *Cabe ressaltar, ainda, que além da expressiva disparidade entre os fatores de ponderação, há registro de controvérsia relevante sobre o subjetivismo e a ausência de critérios claros no exame aplicado às propostas técnicas, já abordados anteriormente. À presente simulação interessou apenas apontar que haveria alteração no resultado final do certame, se os fatores de pontuação fixados fossem*

mais equitativos, mesmo mantidas integralmente as pontuações verificadas no certame.

(...).

45. O entendimento firmado por meio do Acórdão nº 1782/2007-Plenário amparou deliberação do Tribunal no sentido de determinar a anulação de edital caracterizado pelo estabelecimento de disparidade excessiva da técnica em detrimento do preço, sem haver justificativas suficientes para tanto, podendo resultar em contratação a preços desvantajosos para a Administração. Entende-se que a negociação de preços levada a efeito pela empresa vencedora do certame e a Administração não convalida o vício verificado, por ter configurado meio indireto para a obtenção do menor preço, ato incompatível com regras de isonomia e de proporcionalidade, nos termos do art. 3º c/c art. 44, ambos da Lei de Licitações.

(...)

48. Ante o exposto, propõe-se determinar à Secretaria Executiva do Ministério do Esporte que se abstenha de prever, em caso de licitação do tipo técnica e preço, excessiva valoração atribuída à proposta técnica, em detrimento da proposta de preços, sem amparo em justificativas suficientes que demonstrem a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração, nos termos do art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/1993, e conforme a jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do Acórdão nº 1.782/2007-Plenário.

(...)

VOTO

(...)11. Em relação aos pesos estabelecidos para os índices técnico e de preços (7x3), a escolha do Ministério deveria, conforme jurisprudência deste Tribunal (vide Acórdãos 2.079/2006 e 1.782/2007, ambos do Plenário), estar acompanhada de um estudo demonstrando que a grande disparidade verificada (a nota técnica tem peso superior ao dobro da proposta de preços) é justificável (ocorrência descrita na alínea "b" do item 3 supra).

(...)

16. A Instrução Normativa SLTI/MPOG 2/2008, que trata de regras e diretrizes para a contratação de serviços, continuados ou não, bem demonstra o espírito a ser observado nesses casos:

'Art. 27. A licitação tipo 'técnica e preço' deverá ser excepcional, somente admitida para serviços que tenham as seguintes características:

(...)

§ 2º A adoção do tipo de licitação descrito no caput deverá ser feita mediante justificativa, consoante o disposto neste artigo.

§ 3º É vedada a atribuição de fatores de ponderação distintos para os índices técnica e preço sem que haja justificativa para essa opção' (grifei).

17. ASSIM, FAZ-SE NECESSÁRIA A APRESENTAÇÃO DE RAZÕES PARA A ADOÇÃO DO TIPO 'TÉCNICA E PREÇO', QUE JÁ É UMA EXCEÇÃO. A ATRIBUIÇÃO DE FATORES DE PONDERAÇÃO

DISTINTOS PARA OS ÍNDICES TÉCNICA E PREÇO SOMENTE DEVE OCORRER EM SITUAÇÕES AINDA MAIS EXCEPCIONAIS, DEVIDAMENTE COMPROVADAS, O QUE NÃO OCORREU NOS PRESENTES AUTOS.

Acórdão) (...)9.3.6. abstenha-se de prever, em caso de licitação do tipo técnica e preço, excessiva valoração atribuída à proposta técnica, em detrimento da proposta de preços, sem amparo em justificativas técnicas suficientes que demonstrem a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração, observado o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e a jurisprudência deste Tribunal, a exemplo do Acórdão nº 1.782/2007-Plenário;" (ACÓRDÃO 1488/2009 ATA 27 - PLENÁRIO Relator: AUGUSTO SHERMAN; grifos nossos).

"28. A primeira delas diz respeito à excessiva valoração atribuída à proposta técnica, em detrimento da proposta de preços, sem amparo em justificativas técnicas suficientes que demonstrem a sua necessidade, o que vai de encontro à jurisprudência deste Tribunal (v.g. Acórdãos 1488/2009, 2750/2009, 2.079/2006 e 1.782/2007, todos do Plenário, dentre outros).

(...)

31. Observa-se, assim, que foi atribuído o peso de 80 à proposta técnica e apenas de 20 à proposta de preços, o que caracteriza a excessiva valorização da primeira em detrimento da segunda.

(..)

33. ASSIM, CONSOANTE ENTENDIMENTO DESTES TRIBUNAL, A VALORAÇÃO SUPERIOR DA PROPOSTA TÉCNICA EM RELAÇÃO À PROPOSTA DE PREÇOS DEVERIA OCORRER TÃO SOMENTE EM SITUAÇÕES EXCEPCIONALÍSSIMAS E DEVIDAMENTE JUSTIFICADAS E COMPROVADAS, REQUISITO ESSE QUE, AO QUE PARECE, NÃO FOI LEVADO EM CONSIDERAÇÃO NO CERTAME ORA ANALISADO.

(...)

IV. Conclusão

(...)

a) DESPROPORCIONALIDADE DAS FAIXAS DE PONTUAÇÃO UTILIZADAS PARA VALORAÇÃO DA PROPOSTA TÉCNICA, EM DESCONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTES TRIBUNAL (V.G. ACÓRDÃOS NºS 264/2006 E 55/2007, AMBOS DO PLENÁRIO) – ITENS 10 A 17 RETRO;

(...)

c) EXCESSIVA VALORAÇÃO ATRIBUÍDA À PROPOSTA TÉCNICA, EM DETRIMENTO DA PROPOSTA DE PREÇOS, SEM

AMPARO EM JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS SUFICIENTES QUE DEMONSTREM A SUA NECESSIDADE, O QUE VAI DE ENCONTRO À JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL (V.G. ACÓRDÃOS 1488/2009 E 2750/2009) – ITENS 28 A 33 RETRO; E

(...)

4.4.3 sejam dirigidos alertas à Unifesp para que:

(...)

d.3 ABSTENHA-SE DE PREVER EXCESSIVA VALORAÇÃO ATRIBUÍDA À PROPOSTA TÉCNICA, EM DETRIMENTO DA PROPOSTA DE PREÇOS, SEM AMPARO EM ESTUDOS TÉCNICOS PRELIMINARES E JUSTIFICATIVAS SUFICIENTES QUE DEMONSTREM A SUA NECESSIDADE, O QUE VAI DE ENCONTRO À JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL (v.g. Acórdãos TCU nº 1.488/2009 e 2.750/2009, do Plenário) - subitem 3.3.3, b.2. (...)” (ACÓRDÃO Nº 210/2011 – TCU – Plenário - Relator AUGUSTO NARDES; grifos nossos)

“Licitações do tipo técnica e preço: atribuição de pontuação distinta para técnica e preço demanda justificativa

Para o exame de representação por meio da qual teve notícias de possíveis irregularidades na Concorrência 1/2010, promovida pela Secretaria Executiva do Ministério do Esporte, e que teve por objeto a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria, planejamento estratégico e prestação de serviços de assessoria de imprensa e relações públicas para promover o Ministério do Esporte, seus programas e suas ações, no Brasil e no exterior, o TCU promoveu diligência para esclarecer, dentre outros fatos, as razões para atribuição de peso 6 para a proposta técnica e peso 4 à proposta de preço, em desconformidade com o item 9.3.6 do Acórdão 1488, de 2009, do Plenário do Tribunal. Naquela oportunidade, o colegiado entendeu elevados os pesos 7, para técnica, e 3, para preço. Para o Ministério, a atribuição dos pesos na Concorrência 1/2010 estaria de acordo com o decisum de 2009, do que divergiu o relator. Para ele, na espécie, “a redução da diferença entre os pesos, embora signifique avanço em relação ao edital anterior, não atende integralmente a determinação do Acórdão 1.488/2009 – Plenário”. AINDA SEGUNDO O RELATOR, SERIA ESSENCIAL, E NÃO CONSTOU DO EDITAL DA CONCORRÊNCIA 1/2010, A APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS QUE DEMONSTREM A RAZOABILIDADE DA PONDERAÇÃO, UMA VEZ QUE “A ADOÇÃO DE CRITÉRIO DESPROPORCIONAL PODERIA ACARRETAR PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME E À OBTENÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA PELA ADMINISTRAÇÃO”. Nesse sentido, estaria configurado o descumprimento parcial da determinação anterior do Tribunal. Entendeu, todavia, ser suficiente, no ponto, a expedição de alerta ao Ministério do

Esporte, de modo a evitar irregularidade semelhante em suas futuras licitações, votando nesse sentido, no que foi acompanhado pelo Plenário. (Acórdão nº 546/2011-Plenário, TC-033.677/2010-7, rel. Min-Subst. Augusto Sherman Cavalcanti, 02.03.2011; grifos nossos).

Analisando o Edital em referência, não existem as necessárias justificativas por parte da Administração que esclareçam o motivo da mudança na nota financeira para a definição da proposta vencedora. Não existe no processo nada que fundamente essa escolha, levando-se à conclusão que foi uma escolha sem nenhum critério definido, baseada na conveniência injustificada da Administração.

Ora, como já dito, existindo essa mudança, a justificativa é essencial, mostrando-se como condição de validade para que o critério de escolha possa subsistir.

Dessa forma, não havendo justificativa para a mudança na fórmula de obtenção da nota financeira, deve-se manter a nota financeira já existente ou reaprazar o edital por mais 45 (quarenta e cinco) dias, uma vez que altera o edital substancialmente.

**III. 2. Das alterações decorrentes das respostas aos esclarecimentos.
Necessidade de ser republicado o ato convocatório.**

Outra irregularidade identificada nos presentes autos decorre alteração, sem republicação do edital, da complexidade dos serviços. Veja-se que as mudanças realizadas impactam diretamente na formulação dos preços por parte dos licitantes, posto que serviços inicialmente simples passaram a ser de grande complexidade, sendo necessária alteração na proposta técnica a ser apresentada, senão observe-se:

PERGUNTA 4: DE ACORDO COM O EDITAL SUPRA, OS SERVIÇOS TOPOGRÁFICOS CONSTANTES DO QUADRO FPRO-V DO EDITAL PARA CONTRATAÇÃO DOS ESTUDOS DE VIABILIDADE, SENDO 2.750 KM² NA ESCALA 1:25.000 E 320 KM² NA ESCALA 1:2.000, DEVERÃO SER EXECUTADOS DE ACORDO COM AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS CONSTANTES DO ANEXO III DO TR DO EDITAL. ANALISANDO AS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO ANEXO III SUPRACITADO, IDENTIFICAMOS ALGUMAS DIVERGÊNCIAS,

QUANDO CONFRONTADAS COM O QUADRO FPRO V DO ESTUDO DE VIABILIDADE, DESTACADAS NAS PERGUNTAS A SEGUIR:

PERGUNTA 4.1: NO MAPEAMENTO 1:25.000 CONSTA NAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO ANEXO III QUE A DENSIDADE DO PERFILAMENTO LASER DEVERÁ SER DE 0,5 PONTO/M², ENTRETANTO NO QUADRO FPRO V CONSTA 1 PONTO/M². SOLICITAMOS ESCLARECER QUAL DENSIDADE DEVERÁ SER CONSIDERADA.

RESPOSTA 4.1: 0,5 (ZERO VIRGULA CINCO) PONTOS / KM²

PERGUNTA 4.2: NO MAPEAMENTO 1:2.000 CONSTA NAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO ANEXO III QUE A DENSIDADE DO PERFILAMENTO LASER DEVERÁ SER DE 5 PONTOS/M², ENTRETANTO NO QUADRO FPRO V CONSTA 1 PONTO/M². SOLICITAMOS ESCLARECER QUAL DENSIDADE DEVERÁ SER CONSIDERADA.

RESPOSTA 4.2: 05 (CINCO) PONTOS / KM² (grifo nosso)

PERGUNTA 4.3: NO MAPEAMENTO 1:2.000 NAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO ANEXO III NÃO ESTÁ PREVISTO O SERVIÇO DE RESTITUIÇÃO, ENTRETANTO NO QUADRO FPRO V CONSTA TAL SERVIÇO. SOLICITAMOS ESCLARECER SE DEVERÁ SER CONSIDERADO OU NÃO.

RESPOSTA 4.3: SIM, DEVERÁ SER CONSIDERADO O SERVIÇO DE RESTITUIÇÃO.

PERGUNTA 4.4: NAS ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DO ANEXO III, REFERENTE AO MAPEAMENTO 1:2.000 NÃO CONSTA A GERAÇÃO DE CURVAS DE NÍVEL. NO QUADRO FPRO V CONSTA CURVAS A CADA 5 METROS. SOLICITAMOS ESCLARECER SE DEVERÁ SER CONSIDERADA A GERAÇÃO DE CURVAS DE NÍVEL OU NÃO E QUAL A EQUIDISTÂNCIA.

RESPOSTA 4.4: SIM, DEVERÁ SER CONSIDERADO O SERVIÇO DE GERAÇÃO DE CURVAS DE NÍVEL E A SUA EQUIDISTÂNCIA É DE 1(UM) METRO.

É evidente que vários serviços, notadamente os de topografia, foram substancialmente alterados, impactando diretamente na formulação das propostas, sendo primordial a republicação do edital para que seja concedido tempo necessário à formulação da proposta.

Do mesmo modo, em razão da ampliação da relevância de determinados serviços, potencialmente empresas que possuem maior expertise, especificamente no serviço que teve complexidade alterada, no caso a topografia, passam a ser de grande valia, sendo certo que podem se consorciar com outras para atribuir maior pontuação, medida inviável de se realizar neste momento acaso não republicado o edital.

Assim, novamente, denota-se a necessária e obrigatória republicação do edital por força das alterações efetuadas.

III. 3. Da participação de consórcios. Necessidade de ser sanada a falha e republicado o ato convocatório.

Seguindo a toada do item anterior, outra irregularidade se refere à formação de consórcio para participação no certame, medida permitida pelo instrumento convocatório, haja vista que apenas no dia 08/05/2014, em resposta aos questionamentos, foram devidamente esclarecida as formas de composição/participação, observe-se:

PERGUNTA 15: O EDITAL EM SEU ITEM 2. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO, MENCIONA: "2.1. PODERÃO PARTICIPAR DOS SERVIÇOS OBJETO DESTE EDITAL EMPRESAS DE CONSULTORIA, INDIVIDUALMENTE OU CONSORCIADAS, (...)" OCORRE QUE AO LONGO DO EDITAL NÃO É MENCIONADA NENHUMA OUTRA ORIENTAÇÃO PARA O CONSÓRCIO, COMO, QUAIS OS DOCUMENTOS A SEREM APRESENTADOS POR CADA EMPRESA. INFORMAÇÕES ESSAS DE SUMA IMPORTÂNCIA PARA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA. DIANTE DISSO PERGUNTAMOS, QUAL ORIENTAÇÃO PARA AS EMPRESAS QUE DESEJAM PARTICIPAR EM CONSÓRCIO?

RESPOSTA 15: DEVERÃO SER CONSIDERADAS AS SEGUINTESS CONDIÇÕES PARA PARTICIPAÇÃO SOB A FORMA DE CONSÓRCIO, INCLUINDO OS SEGUINTESS SUBITENS NO EDITAL: (grifo nosso)

2.1.1. É VEDADA A PARTICIPAÇÃO DE EMPRESA CONSORCIADA ATRAVÉS DE MAIS DE UM CONSÓRCIO OU ISOLADAMENTE.

4.2.8. AS EMPRESAS COMPONENTES DE CONSÓRCIO DEVERÃO:

- A) SER CONSTITUÍDOS SOB AS LEIS BRASILEIRAS;
- B) PREENCHER INDIVIDUALMENTE OS CRITÉRIOS DE QUALIFICAÇÃO RELATIVOS À SITUAÇÃO JURÍDICA E À REGULARIDADE FISCAL, E ATENDIMENTO AOS ÍNDICES ECONÔMICO-FINANCEIRO PREVISTOS NA ALÍNEA "C2" DO SUBITEM 4.2.2.4 DESTE EDITAL;
- C) SATISFAZER COLETIVAMENTE OS CRITÉRIOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.

4.2.9. AS EMPRESAS CONSORCIADAS DEVERÃO APRESENTAR, AINDA, TERMO DE COMPROMISSO DE CONSTITUIÇÃO DE CONSÓRCIO QUE DEVERÁ CONSTAR NO MÍNIMO O SEGUINTE:

- A) COMPOSIÇÃO DO CONSÓRCIO E PROPORÇÃO EM PERCENTUAL DA PARTICIPAÇÃO DE CADA CONSORCIADA;
- B) DESIGNAÇÃO DA EMPRESA LÍDER E DO REPRESENTANTE LEGAL DO CONSÓRCIO;
- C) OBJETIVO DA CONSORCIAÇÃO;
- D) PRAZO DE DURAÇÃO DO CONSÓRCIO QUE DEVE, NO MÍNIMO, COINCIDIR COM A DATA DA VIGÊNCIA OU DO FORNECIMENTO/EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS, OBJETO DESTA LICITAÇÃO E ENDEREÇO;
- E) COMPROMISSOS E OBRIGAÇÕES DE CADA UMA DAS CONSORCIADAS, INDICANDO O PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO DE CADA UMA DELAS, EM RELAÇÃO À EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS OBJETO DA LICITAÇÃO;
- F) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS INTEGRANTES PELOS ATOS PRATICADOS EM CONSÓRCIO, TANTO NAS FASES DE LICITAÇÃO QUANTO NA EXECUÇÃO DO CONTRATO;
- G) NÃO SERÁ ADMITIDA ÀS CONSORCIADAS DISSOLVER, RESCINDIR, DISTRATAR OU CINDIR O CONSÓRCIO CUJA RESPONSABILIDADE PERDURARÁ INTEGRALMENTE ATÉ O ENCERRAMENTO DOS TRABALHOS CONTRATADOS,

RESGUARDADA A SOLIDARIEDADE DAS OBRIGAÇÕES ASSUMIDAS;

- H) COMPROMISSO DE QUE NÃO SERÁ ALTERADA A CONSTITUIÇÃO OU COMPOSIÇÃO DO CONSÓRCIO SEM PRÉVIA ANUÊNCIA DA CODEVASF, VISANDO MANTER VÁLIDAS AS PREMISSAS QUE ASSEGURARAM A HABILITAÇÃO DO CONSÓRCIO ORIGINAL, EXCETO QUANDO AS EMPRESAS CONSORCIADAS DECIDIREM FUNDIR-SE EM UMA SÓ QUE AS SUCEDA PARA TODOS OS EFEITOS LEGAIS;
- I) COMPROMISSO DE QUE O CONSÓRCIO NÃO SE CONSTITUI NEM SE CONSTITUIRÁ EM PESSOA JURÍDICA DIVERSA DE SEUS INTEGRANTES E DE QUE O CONSÓRCIO NÃO ADOTARÁ DENOMINAÇÃO PRÓPRIA;
- J) OBRIGAÇÃO DO CONSÓRCIO DE APRESENTAR, ANTES DA ASSINATURA DO CONTRATO, OBJETO DESTA LICITAÇÃO, O TERMO DE CONSTITUIÇÃO DO CONSÓRCIO, DEVIDAMENTE FORMALIZADO DE ACORDO COM O QUE ESTABELECEM OS ARTS. 278 E 279 DA LEI Nº 6.404, DE 15/12/1976, QUE DISPÕE SOBRE AS SOCIEDADES POR AÇÕES E ART. 33 DA LEI 8.666/93, DEVIDAMENTE REGISTRADO NA JUNTA COMERCIAL OU CARTÓRIO DE REGISTRO DE TÍTULOS, DE ACORDO COM A NATUREZA DAS PESSOAS CONSORCIADAS.

As alterações supra têm forte impacto nas propostas, haja vista que as empresas buscam parceiros para se consorciar à medida que esclarecida a forma de participação dos consórcios, tendo impactado diretamente o impedimento à participação de consórcio com empresa estrangeira, medida que compromete gravemente a formulação da proposta pela impugnante, evidenciando a necessidade de republicação do edital, sob pena de restrição à competitividade.

IV - DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME. NECESSIDADE DE SEREM SANADAS AS FALHAS E REPUBLICADO O ATO CONVOCATÓRIO.

As diversas alterações do edital, sem a competente republicação, representam ofensa crassa ao princípio da competitividade do certame, insculpido no art. 3º da Lei nº 8.666/1993, *in verbis*:

"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. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

§ 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; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)

[...]"

A ofensa à competição da disputa materializada nos diversos itens do Edital decorre do fato de as novas disposições aludidas imporem aos licitantes condições ostensivamente desfavoráveis, impactando diretamente na formulação as propostas. Portanto, considerando que diversas alterações do ato convocatório restringem inquestionavelmente a competição da disputa, ora se requer seja republicado o edital.

As previsões ilegais do EDITAL, notadamente no tocante ao valor atribuído à técnica e preço, representam a manifesta restrição ao caráter competitivo da licitação, dado que impedem indevidamente a participação de licitantes, quando a jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO é de clareza solar quantos aos diversos aspectos acima narrados.

Cabe aqui insistir que, em decorrência das alterações, haverá sensível e inquestionável restrição do universo de competidores. A competitividade da disputa está consideravelmente mitigada. Não há dúvidas, então, da existência de ilegalidades no Edital, aptas, acintosamente, a afastar a competitividade da disputa, e a produzir grave lesão econômica à Administração, tudo decorrente da vedação à participação de maior número de interessados na disputa.

À luz das normas constitucionais e legais vigentes, deve ser assegurada a participação de licitantes que possuem condições técnicas de executar o objeto licitado. As previsões do Edital **transgridem frontalmente o princípio da competitividade**, e certamente afastarão a adesão de vários licitantes interessados em contratar com o Município. Por consequência, o objetivo magno da realização de certames licitatórios, qual seja a **seleção da**

melhor proposta, não será alcançado. E na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, temos, "in verbis":

"[...] VIOLAR UM PRINCÍPIO É MUITO MAIS GRAVE QUE TRANSGREDIR UMA NORMA. A desatenção ao princípio implica ofensa não a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É A MAIS GRAVE FORMA DE ILEGALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de estrutura mestra." (RDP. Revista de Direito Público 15:284)

Deve, assim, ser revisado e alterado o Edital, para modificar o texto vigente, passando a seguir os ditames da lei. O caráter restritivo do edital é ostensivo, e manifestamente contrário ao mandamento constitucional insculpido no art. 37, XXI, da Constituição Federal/1988, o qual estabelece que "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 revisão do Edital, principalmente no que se refere aos critérios de pontuação, para amoldá-lo à Lei nº 8.666/1993 e aos Acórdãos do TCU acima transcritos é medida que se impõe.

Em síntese, deve esse de imediato, suspender o trâmite deste procedimento, e, após minuciosa análise, dar provimento à presente impugnação ao Edital, garantindo a plena competição da disputa, mediante adequação do ato convocatório à lei e às decisões do TCU citadas.

V - DO PEDIDO.

Em face de todo o arrazoado acima, bem como considerando ter sido fartamente demonstrado que o Edital é ilegal, REQUER se digne essa ilustre Comissão a:

(A) de imediato, manter o edital nos moldes publicados, sem as alterações decorrentes dos esclarecimentos FAX Nº 159/14; OU, caso entenda impossível, suspender, de imediato, o trâmite deste procedimento;

(B) após minuciosa análise, conhecer e dar provimento à presente impugnação ao Edital, republicando o edital;

(C) por fim, uma vez não atendida à solicitação, submeter à análise da autoridade superior.

Por último, esclarece a impugnante que, caso necessário, irá também se valer das medidas judiciais e/ou administrativas cabíveis, inclusive no âmbito do Tribunal de Contas da União e do Ministério Público, tudo com o fim de trazer o feito ao curso da legalidade.

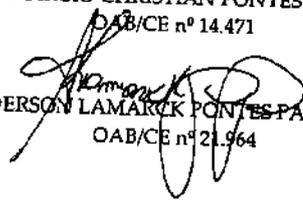
Espera deferimento.

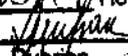
Fortaleza(Ce), 12 de maio de 2014

YASSER DE CASTRO HOLANDA
OAB/CE nº 14.781

JOSÉ ARAÚJO TAVARES NETO
OAB/CE nº 15.331

MÁRCIO CHRISTIAN PONTES CUNHA
OAB/CE nº 14.471


ANDERSON LAMARCK PONTES PARENTE
OAB/CE nº 21.964

PR/SL - Recebido
Em, 17/05/14, Horas 15h45

Rubrica