

À ASSOCIAÇÃO DOS MUNICÍPIOS DA BACIA DO MÉDIO SÃO FRANCISCO - AMMESF

At. Ilmo. Sr. Pedro Henrique Soares Braga, Presidente da AMMESF

DIVERSAS ILEGALIDADES:

Denúncia protocolizada no Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais

Referência: **Edital de Concorrência SRP nº. 01/2021**

CONSTRUTORA REMO LTDA., sociedade empresária sediada à Avenida Francisco Sales, nº 1838, 1º andar, bairro São Lucas, CEP 30.150-221, Belo Horizonte/MG, inscrita no CNPJ sob o nº 18.225.557/0001-96, com respaldo na legislação aplicável, vem, respeitosamente, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

em virtude dos fundamentos de fato e de direito que passa a expor.

1 – DA TEMPESTIVIDADE

Considerando que a sessão pública de abertura foi designada para o dia 08/09/2021, a presente peça é **tempestiva**, visto que o artigo 164 da Lei nº 14.133/2021 dispõe que o licitante poderá impugnar o ato convocatório até **três dias úteis** antes da data fixada para a abertura do certame.

Importante consignar que o edital prevê em seu item 16.3 que a impugnação deve ser protocolizada em até 05 (cinco) dias úteis anteriores à data da sessão, indo de encontro com a disposição legal expressa.

Portanto, **deve a Administração considerar o prazo estipulado pela Lei nº 14.133/2021, sendo este o primeiro ponto de impugnação.**

Insta salientar que sequer na égide da Lei nº 8.666/93 o prazo de impugnação é de 5 (cinco) dias úteis anteriores à data da sessão pública, mas sim de 02 (dois) dias úteis, nos termos do art. 41, §2º.

Portanto, o prazo descrito no edital não encontra amparo legal.

Eventualmente, na remota hipótese da r. comissão desconsiderar a norma aplicável, ainda assim deverá receber a presente impugnação e analisá-lo de forma fundamentada, em cumprimento ao DIREITO DE PETIÇÃO e em observância à autotutela administrativa, considerando que as diversas irregularidades encontradas no edital são passíveis de controle externo e responsabilização ao agente que deu causa.

3 - DO DIREITO

3.1 - NECESSIDADE DE RECEBIMENTO DE IMPUGNAÇÃO, ESCLARECIMENTOS E RECURSOS POR E-MAIL

O Edital determina que impugnações, pedidos de esclarecimentos e recursos sejam protocolizados junto à Comissão de Licitação, dando a entender que se trata de protocolo físico e no restrito horário de 8-14h.

As cláusulas são irregulares por restringir os meios de impugnação, esclarecimento e interposição de recursos à forma presencial e em horário restrito, impedindo o envio por fax, correios ou e-mail, por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório inseridos no artigo 5º, inciso LV da Constituição da República.

Há vários julgados do Tribunal de Contas de Minas Gerais nesse sentido, como as decisões proferidas pelo Conselheiro Sebastião Helvécio, na Denúncia nº 969107, sessão do dia 20/09/16; do Conselheiro Cláudio Terrão, nos autos de Denúncia nº 924.253, em 01/11/2016 e do Conselheiro José Alves Viana, na Denúncia nº 977735, em sessão de 30/10/2018.

O tema foi bem apreciado pelo Conselheiro José Alves Viana nos autos da Denúncia n. 1024701, apreciada em Sessão da Segunda Câmara do dia 9/11/2017:

Não havendo qualquer justificativa para que a petição de impugnação/pedido de esclarecimento não seja aceita por meio eletrônico, a exigência de impugnação presencial do ato convocatório constitui vício no que tange ao exercício da ampla defesa e à livre concorrência, inviabilizando ilegalmente a participação de interessados que possuem sede em outros municípios ou estados.

Trata-se, pois, de entendimento firmado há vários anos, antes inclusive da pandemia, que é fator agravante no caso concreto. Cite-se ementa de acórdão que apreciou certame para fornecimento e instalação de luminária:

CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA EXECUÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO E INSTALAÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA.

EXIGÊNCIA DE CREDENCIAMENTO JUNTO À CEMIG COMO UM DOS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. IRREGULARIDADE. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE DO CERTAME. INFRINGÊNCIA AO ART. 3º DA LEI 8.666/93. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO DE HABILITAÇÃO TÉCNICA QUE EXTRAPOLA A PREVISÃO LEGAL. **RESTRIÇÃO NA APRESENTAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO E RECURSOS POR E-MAIL. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO VIOLADOS.** EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE QUITAÇÃO JUNTO À ENTIDADE DE CLASSE. EXIGÊNCIA DE VISTO DO CREA/MG DO LOCAL DE EXECUÇÃO DA OBRA. EXIGÊNCIA ABUSIVA. PRESENTES OS REQUISITOS DO FUMUS BONI JURIS E DO PERICULUM IN MORA. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA. 1. **A Lei de Licitações não estabelece a forma de protocolo dos documentos relativos a recursos ou impugnações e, diante da evolução tecnológica, amplamente adotada pelos Tribunais pátrios, é preciso que não se estipule meios que exorbitem ou restrinjam direitos, mas estabelecer formas de ampliá-los.** 2. A exigência de visto do CREA/MG, do local de execução da obra é para possibilitar o controle e a fiscalização sobre o exercício da profissão de engenharia e de arquitetura. Assim, segundo a legislação, sempre que uma pessoa física ou jurídica, que se submeta à incidência da Lei nº 5.194/66, prestar serviços fora da localidade em que possui registro junto ao órgão fiscalizador, deve apresentar o visto em seu registro profissional, meio hábil para estender os efeitos do registro profissional para região diversa daquela de onde o profissional habitualmente exerce sua profissão, na qual pretende exercer atividades inerentes ao ramo de engenharia. 3. Somente é exigível o visto no registro da licitante (empresa) que vier a ser contratada e do profissional responsável pela execução do objeto do contrato. Exigir o visto de todos os participantes é medida excedente, que não encontra guarida legal, nem mesmo na Lei nº 5.194/66, que disciplina a exigência do visto apenas para o exercício profissional. [DENÚNCIA n. 1088815. Rel. CONS. WANDERLEY ÁVILA. Sessão do dia 04/06/2020. Disponibilizada no DOC do dia 17/06/2020.

Ante o exposto, a Remo pugna para que o edital seja alterado, de modo a permitir de forma expressa que os pedidos de esclarecimentos, impugnações e recursos sejam recebidos por fax, e-mail ou correios, em obediência aos princípios constitucionais de que asseguram aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, o contraditório e a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes.

**3.2 – APLICAÇÃO COMBINADA DA LEI 8.666/93 E 14.133/21 –
NULIDADE ABSOLUTA DO EDITAL**

Como é de conhecimento, a Lei nº 14.133/21 entrou em vigor em abril do ano corrente, sem que fosse estipulado um *vacatio legis* (vacância da lei), razão pela qual na data da publicação a referida lei já poderia produzir efeitos no mundo jurídico.

Contudo, como forma de adaptação para os operadores da lei, previu-se que as Leis 8.666/93, 10.520/02 e 12.462/11 seriam revogadas apenas após 02 anos da entrada em vigor da Lei 14.133/21 e que neste período a Administração Pública poderia optar por utilizar as leis antigas ou a lei nova, sendo vedado o uso combinado das legislações. Veja-se:

Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, **vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso**.

Parágrafo único. Na hipótese do **caput** deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

Art. 193. Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

Ainda que não haja menção expressa à Lei nº 8.666/93 no edital em comento, percebe-se em suas disposições que a AMMESF mesclou normas da Lei nº 8.666/93 com a nova Lei nº 14.133/21, o que torna o edital de concorrência nº 01/2021 absolutamente nulo.

Senão vejamos:

A Lei nº 14.133/21 elencou os requisitos de habilitação de forma diversa do que dispunha a Lei nº 8.666/93.

Enquanto na antiga lei os documentos que poderiam ser exigidos eram os relativos à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento ao disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (art. 27), a nova lei dispõe:

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

I - jurídica;

II - técnica;

III - fiscal, social e trabalhista;

IV - econômico-financeira.

(...)

§ 1º Constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

Art. 66. **A habilitação jurídica** visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele **limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.**

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.

(...)

Art. 68. **As habilitações fiscal, social e trabalhista** serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

(...)

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:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis **dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;**

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

Inobstante o que prevê **o art. 69, I da Lei nº 14.133/21 acima transcrito, o edital exige a demonstração contábil apenas do último exercício social, conforme item 13.2 que possui redação idêntica ao art. 31, I da Lei nº 8.666/93.** Veja-se:

Edital: 13.2. Cópia autenticada ou Extrato de Balanço Patrimonial e demonstração contábil do último exercício social, já exigíveis na forma da lei, que comprove a boa situação financeira da proponente, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios.

Lei 8.666/93 Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

O item 12 do edital, por sua vez, é uma cópia do art. 28 da Lei nº 8.666/93 e o item 14 é uma cópia do art. 29 da mesma lei, que possuem redações bem diferentes da Lei nº 14.133/21.

Ainda, **o item 13.7 do Edital é, a um só tempo, ilegal e inconstitucional, por não estar elencado no art. 69 da Lei nº 14.133/21, cuja redação aponta que a habilitação econômico-financeira será RESTRITA aos documentos indicados no referido artigo.** Cite-se art. 37, XXI da Constituição:

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.**

Além dos requisitos de habilitação que claramente foram redigidos com base na Lei nº 8.666/93 e não com base na Lei nº 14.133/21, percebe-se que a r. comissão não se atentou para as novas regras introduzidas no ordenamento jurídico, quando optou por licitar pela nova lei.

Isso porque **o item 25 do edital prevê as sanções administrativas em total descompasso com os artigos 155 e 156 da Lei nº 14.133/21.** Veja-se que a nova lei impôs a observância de critérios para aplicação de penalidades, que não foram observadas no edital. Inclusive, a nova lei distinguiu a inexecução parcial da inexecução parcial com grave dano, bem como da inexecução total. Porém, o edital trata os tipos de inexecução sem qualquer distinção, aplicando a sanção de impedimento de licitar para ambos os casos, quando a Lei nº 14.133 atribui à inexecução parcial sem grave dano apenas a sanção de advertência.

Fato mais grave é que **o edital prevê que as normas do art. 156 serão aplicadas subsidiariamente a esta licitação e ao contrato dela decorrente (item 25.9), ou seja, flagrantemente afasta a aplicação da Lei nº 14.133, dando maior relevância ao instrumento convocatório que foi elaborado à margem da legislação.**

Ora, sabe-se que pelo princípio da legalidade administrativa estampado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, só é dado ao administrador público fazer o que a lei permite ou, no mínimo, autorize. Até mesmo os atos discricionários devem ser previstos na legislação como tal.

No presente caso, a r. comissão afastou a aplicação da lei para criar disposições, fazendo as vezes do legislador, sem observar ainda o procedimento de aplicação da penalidade de impedimento de licitar e declaração de inidoneidade previsto no art. 158 da Lei nº 14.133/21, *verbis*:

Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

Veja-se que o procedimento é muito mais formal e não pode ser incluído no mesmo procedimento para outras penalidades, tal como previsto no item 25.11 do instrumento convocatório.

Ademais, o edital prevê o prazo de 5 (cinco) dias úteis para interposição de recurso, tal qual o art. 109 da Lei nº 8.666/93, quando a Lei nº 14.133/21 prevê o prazo de 03 (três) dias úteis, nos termos do art. 165, I.

Por estas razões percebe-se que, a despeito da nobre intenção da Administração em inovar utilizando os preceitos da Lei nº 14.133/21, o que é de fato recomendável, não cuidou de observar as regras que lhe são aplicáveis, ensejando na **nulidade absoluta da presente licitação**, tendo em vista que os atos são insuscetíveis de aproveitamento.

**3.3 – LICITAÇÃO SEM PROJETO BÁSICO E EXECUTIVO - ILEGALIDADE –
POSSIBILIDADE APENAS QUANDO SE TRATAR DE CONTRATAÇÃO
INTEGRADA OU SEMI-INTEGRADA**

Extrai-se do objeto da licitação a previsão de que o serviço contratado envolve a execução e a elaboração dos projetos básico e executivo, conforme item 2.1 do edital.

O item 4 do instrumento convocatório justifica a utilização do critério de maior desconto, tendo em vista que a Administração "*não possui condições financeiras para arcar com despesas necessárias a realizar os projetos básicos e executivos de todos os municípios que compõem o consórcio.*"

Ainda que o critério maior desconto não guarde nenhuma relação com a elaboração do projeto básico ou executivo, sendo que a justificativa não se presta a embasar a não elaboração dos documentos obrigatórios, é necessário esclarecer que tal sistemática só é admitida pela lei na hipótese de contratação integrada – quando envolver a elaboração dos projetos básico e executivo – ou semi-integrada - quando envolver a elaboração apenas do projeto executivo. É o que dispõe o art. 6º da Lei 14.133/21:

XXXII - contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

XXXIII - contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

As contratações integrada e semi-integrada não são uma novidade no mundo jurídico, haja vista estarem previstas na lei do Regime Diferenciado de Contratação e possuem um procedimento próprio, a começar pelo prazo de divulgação do edital.

Conforme art. 55, II, alínea c da Lei nº 14.133/21, o prazo mínimo para apresentação de propostas, contados a partir da divulgação do edital, é de 60 (sessenta) dias quando o regime de execução for o de contratação integrada. O Diário Oficial do Estado de Minas Gerais comprova ter a AMMESF publicado o aviso de licitação em 15 de julho de 2021. Veja-se (ANO 129 – Nº46 – 15/07/21 – PÁG. 01):

Pirapora

Associação dos Municípios da Bacia do Médio São Francisco - AMMESF

CONCORRÊNCIA Nº 01/2021.

A Associação dos Municípios do Médio São Francisco - AMMESF torna pública a todos que se interessarem que fará realizar licitação no dia 08/08/2021 às 09:00 hrs na Rua Moisés Campos, 1144 Bairro Nossa Senhora de Fátima - Pirapora/MG. Objeto: Execução atrelada de contratação na modalidade CONCORRÊNCIA - SISTEMA REGISTRO DE PREÇOS - SRP sendo o critério de julgamento do tipo TÉCNICA E PREÇO através de constatação pelo maior desconto, sem disputa (fechada) e sendo constatação de posse jurídica ou comarca de empresas para a elaboração de projeto básico, projeto executivo e substituição do parque de iluminação pública dos municípios que compõe a AMMESF, incluindo a implantação do sistema de iluminação integrado à iluminação, por meio da substituição dos equipamentos e demais serviços e operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. O edital anexo e demais informações encontram-se no endereço eletrônico <http://ammesf.org.br> ou pelo e-mail licitacoesammesf@gmail.com, informações e ou esclarecimentos pelo telefone (35) 3741-3744 ou pelo e-mail licitacoesammesf@gmail.com.

4 em 141303601 - 1

Como pode-se observar, não houve a observância do prazo mínimo entre a divulgação do edital e apresentação das propostas, tendo em vista que entre 15/07 e 08/09 não se passaram 60 (sessenta) dias. No presente caso, a licitação só poderia ocorrer em 14/09, haja vista que deve ser considerado o dia seguinte ao último dia de prazo.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou no sentido de que a sessão não pode ocorrer nem no último dia útil:

(...)à Subsecretaria de Planejamento, Orçamento e Administração do Ministério do Esporte sobre a irregular inobservância do prazo mínimo de oito dias úteis previstos no art. 4º, V, da Lei nº 10.520/2002, **devendo-se observar que a abertura da sessão pública não pode ocorrer no oitavo dia útil seguinte à publicação do aviso, por ainda não estar expirado o prazo conferido aos licitantes para a elaboração de suas propostas** (item 1.5.1.3, TC-026.206/2010-2, Ac. 5.838/2010-2ª Câmara. DOU de 13.10.2010).

Portanto, não há possibilidade de adoção da contratação integrada, ainda que não tenha sido mencionada em nenhum momento no edital, sendo que o item 3.1 menciona que o regime de contratação é o de maior desconto.

Insta salientar que esse regime de execução não existe, o que existe é o critério de julgamento maior desconto.

Apenas a título de conhecimento, a licitação pode ser processada por:

- Modalidades: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo;
- Critério de julgamento: menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance e maior retorno econômico;
- Regimes de execução: empreitada por preço unitário, empreitada por preço global, empreitada integral, contratação por tarefa, contratação integrada, contratação semi-integrada e fornecimento e prestação de serviço associado.

Portanto, uma licitação pode ser, por exemplo, na modalidade concorrência, pelo critério de técnica e preço, pelo regime de contratação integrada.

Porém, no presente edital a r. comissão confundiu-se, *data venia*, em prever a combinação de vários critérios e nenhum regime de execução. Veja-se:

Fundamento legal: ALÍNEA "C" - INCISO XXXVIII, ALÍNEA "A" – INCISO III E § 5º DO ART. 82 E INCISOS XXXII, LIII DO ART. 6º, DA LEI Nº 14.133/2021;
Forma de execução da licitação: CONCORRÊNCIA - SRP , na sala de licitações da AMMESF;
Modo de disputa: FECHADO ;
Regime de Contratação: CONTRATAÇÃO MAIOR DESCONTO
Critério de julgamento: TÉCNICA E PREÇO – MENOR PREÇO

Percebam que a licitação mistura três critérios diferentes de julgamento, quais sejam, maior desconto, técnica e preço e menor preço, o que é completamente irregular porque interfere diretamente na elaboração das propostas.

Lado outro, não há a indicação correta de nenhum regime de execução e, apesar de indicar de forma bem confusa o inciso XXXII, do art. 6º da Lei nº 14.133/21 no fundamento legal, que trata da contratação integrada, não há a observância de nenhum dos requisitos de tal contratação.

Vê-se que sequer o anteprojeto foi elaborado pela Administração, pelo menos não da forma como exigido pela Lei nº 14.133/21 no art. 6º, inciso XXIV:

XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;
- b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;
- c) prazo de entrega;
- d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;
- e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;
- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;
- h) levantamento topográfico e cadastral;

- i) pareceres de sondagem;
- j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;

O edital prevê que o anteprojeto faz parte da proposta técnica do licitante (item 8.1.4), o que é equivocado. Ainda que o regime de contratação seja integrada, é a Administração quem elabora o anteprojeto.

Sequer o estudo técnico preliminar que contribui com as bases para o anteprojeto foi elaborado pela Administração, conforme art. 6º, inciso XX:

XX - estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

Ora, se não foi observado o prazo de publicação do edital, se não foi elaborado anteprojeto nem estudo técnico preliminar de acordo com a lei e se o Administração sequer distinguiu critério de julgamento de regime de execução, evidentemente que esta licitação não pode prosseguir.

Ressalte-se, ainda, que **a matriz de riscos colacionada ao edital se equivoca** na medida em que atribui à "SPE" o risco em relação à discordância quanto ao projeto elaborado pelo Município. Mas a questão é: que projeto elaborado pelo Município, sendo que a licitação foi instaurada sem projeto e anteprojeto?

O documento contém previsão de risco de estruturação na PPP (?), sendo que a presente licitação não se trata de parceria público-privada. Ou seja, não houve o devido cuidado em elaborar a matriz de riscos específica para o futuro contrato, muito provavelmente foi copiada uma matriz de risco de PPP.

É importante alertar que uma contratação com valor estimado de R\$ 115.000.000,00 (cento e quinze milhões) sem qualquer planejamento pode ensejar em dano ao erário, o que certamente não é o intuito.

Sobre o tema, importante consignar entendimento do Tribunal de Contas da União:

RELATÓRIO DE AUDITORIA. DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES - DNIT. OBRAS DE DERROCAGEM DO RIO TOCANTINS, NO ESTADO DO PARÁ. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO. CONTRATAÇÃO INTEGRADA. NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA FUNDAMENTADA PARA A ESCOLHA DESSA MODALIDADE. ANULAÇÃO DO CERTAME.

RECOMENDAÇÕES E CIÊNCIA. **Deixar de apresentar a correta justificativa para a utilização de contratação integrada é permitir a generalização dessa modalidade, que tem como característica a transferência da responsabilidade pela elaboração do projeto básico ao contratado para execução das obras. Por esse motivo, o ato administrativo que a autorize deve ser acompanhado de motivação adequada e fundamentada.** (TCU 00657020143, Relator: VITAL DO RÊGO, Data de Julgamento: 26/08/2015)

Deste modo, face às irregularidades apontadas, o edital deve ser anulado para que a contratação seja efetivamente planejada.

3.4 – LICITAÇÃO PRESENCIAL – EXCEPCIONALIDADE – NECESSIDADE DE JUSTIFICATIVA

Na hipótese remota de o Consórcio desconsiderar as alegações acima e decida prosseguir com o certame, mesmo que de forma ilegal e passível de nulidade futura com provável dano aos cofres públicos, ainda há que se considerar outras questões que maculam o procedimento, como é o caso da escolha por uma licitação presencial sem qualquer justificativa.

Na contemporaneidade, o legislador tem optado por prever que as licitações serão feitas preferencialmente de forma eletrônica, sendo esta a regra a ser observada, não vedando entretanto a utilização da licitação presencial, desde que forma motivada. Nesse sentido é a redação do art. 17, §2º e §5º, da Lei 14.133/21, *verbis*:

Art. 17 § 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, **desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.**

§ 5º Na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, **a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.**

Como é cediço, a licitação presencial restringe a participação de interessados, enquanto a licitação eletrônica propicia um ambiente mais competitivo, tendo em vista que empresas de todo o país podem participar simultaneamente do processo, sendo este o verdadeiro espírito da lei ao prestigiar o princípio da competitividade descrito no art. 5º da Lei nº 14.133/21.

Sobre o dever de motivação, o Decreto nº 9.830/2019 que regulamentou o art. 21 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro assim dispôs:

Motivação e decisão

Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos.

§ 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa.

§ 2º A motivação indicará as normas, a interpretação jurídica, a jurisprudência ou a doutrina que a embasaram.

§ 3º A motivação poderá ser constituída por declaração de concordância com o conteúdo de notas técnicas, pareceres, informações, decisões ou propostas que precederam a decisão.

Não se observa no edital impugnado qualquer justificativa acerca da utilização da licitação presencial em detrimento da eletrônica, mormente face à excepcionalidade que a lei previu.

Ainda, não há qualquer indicação acerca da gravação em áudio e vídeo conforme manda a nova lei, razão pela qual se a Administração entender pela continuidade do certame presencialmente (ainda que sem qualquer justificativa), deverá providenciar os referidos equipamentos e tornar público o seu conteúdo após o certame, sob pena de nulidade da sessão.

3.5 – PRÉ-QUALIFICAÇÃO EM DESACORDO COM A LEI Nº 14.133/2021

A pré-qualificação é um dos procedimentos auxiliares previstos na Lei nº 14.133/21 e tem como escopo selecionar previamente licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

Como o próprio nome diz, esse procedimento deve ser prévio à licitação, mas não no sentido que a r. Comissão aplicou no presente caso.

Extrai-se do item 8 do edital que a “fase” de pré-qualificação será realizada no 10º dia útil que anteceder a fase de abertura de licitação. Contudo, a pré-qualificação não se trata de uma fase da licitação, não estando elencada no art. 17 da Lei nº 14.133/2021.

Por ser um procedimento auxiliar prévio, a pré-qualificação deve ser realizada antes da própria divulgação do edital de licitação. Inclusive, para o procedimento é elaborado um edital próprio, chamado de edital de pré-qualificação.

A redação da lei é muito clara neste sentido. Veja-se:



Art. 80 § 3º Quanto ao procedimento de pré-qualificação, constarão do edital:

I - as informações mínimas necessárias para definição do objeto;

II - a modalidade, a forma da **futura licitação** e os critérios de julgamento.

Inclusive, optando a Administração por utilizar a pré-qualificação deverá observar os mesmos critérios de julgamento na licitação, conforme art. 78, §2º da Lei 14.133/21:

§ 2º O julgamento que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do caput deste artigo seguirá o mesmo procedimento das licitações.

Em termos práticos e ressalvada a necessidade de planejamento e conhecimento técnico sobre a nova legislação, a Administração deveria ter divulgado edital de pré-qualificação, analisados os documentos dos interessados deferindo ou indeferindo a documentação e aberto prazo de recurso nos termos do art. 165, I, a da Lei nº 14.133/21.

Assim, somente após a divulgação dos licitantes e bens pré-qualificados é que o edital da própria licitação poderia ser tornado público, com observância dos mesmos critérios utilizados na licitação.

Com isso, não basta que a pré-qualificação seja feita antes da sessão pública como entendeu a comissão, mas que seja feita antes mesmo da divulgação do próprio edital de licitação.

Resta claro que são dois editais diferentes e o expediente adotado pela Administração não encontra qualquer amparo legal, o que demonstra mais uma vez a necessidade de anulação do instrumento convocatório.

3.6 – TÉCNICA E PREÇO INCOMPATÍVEL COM O OBJETO DA LICITAÇÃO

Abstraindo o fato de que o edital prevê quatro tipos diferentes de critérios de julgamento, quais sejam, menor preço, maior desconto e técnica e preço e maior retorno econômico (este último será elucidado em tópico próprio) abordar-se-á neste tópico apenas no que tange à técnica e preço, que é inaplicável no presente caso.

Antes mesmo de defender que este tipo de contratação não requer a ponderação de critérios técnicos e econômicos, é importante ressaltar que, ainda fosse aplicável ao objeto da licitação, não poderia ser utilizado neste caso.

Isso porque a eleição deste critério de julgamento deve estar embasado em estudo técnico preliminar, o que já se mostrou inexistente no instrumento convocatório. É o que diz o art. 36, §1º da Lei nº 14.133/21, *in verbis*:

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV - obras e serviços especiais de engenharia;

V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

Acrescente-se que a análise da proposta técnica deve seguir o que dispõe o art. 37 da nova lei:

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.

Não obstante já ter-se demonstrado ser inviável a utilização do critério de técnica e preço, haja vista a inexistência de estudo técnico preliminar, não há nos autos elementos que justifiquem a adoção do referido critério.

Erro comum nas licitações é o entendimento de que apenas a complexidade do objeto é razão suficiente para adoção do tipo técnica e preço. Ora, se assim fosse todo serviço de engenharia teria esse caráter intelectual, pois é evidente que demanda a expertise de profissionais qualificados.

O serviço predominantemente intelectual envolve características pessoais de quem está executando, cabendo trazer à lume os ensinamentos do insigne Marçal Justen Filho¹:

Um serviço é técnico quando importar a aplicação do conhecimento teórico e da habilidade pessoal para promover uma alteração no universo físico ou social. A noção de "técnica" vincula-se, então, a dois aspectos inter-relacionados.

O primeiro é a transposição para vida prática de um conhecimento teórico, de modo a gerar uma utilidade efetiva e concreta. Os serviços ditos "técnicos" caracterizam-se por envolverem a aplicação de rigorosa metodologia ou formal procedimento para atingir determinado fim. A técnica pressupõe a operacionalização do conhecimento científico, permitindo aplicações práticas para uma teoria. (...)

A segunda característica do serviço técnico reside na exigência de uma habilidade individual, numa capacitação peculiar, relacionada com potenciais personalíssimos. Promove-se uma espécie de "transformação" do conhecimento teórico em prático, o que envolve um processo intermediado pela capacidade humana. Daí se segue que toda atividade técnica reflete a personalidade e a habilidade humana.

¹ Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 18ª ed. 2019

Não é o caso da presente licitação, tendo em vista que na simples análise dos requisitos técnicos vê-se que as especificações privilegiam empresas e não pessoas. A preocupação da Administração resolver-se-ia com os requisitos de habilitação técnica que antecedem a abertura da proposta de preços.

A grande questão da eleição do tipo técnica e preço no presente caso envolve a onerosidade excessiva a que a Administração está exposta, pois cria requisitos altamente restritivos, ficando a mercê de preços não vantajosos para os cofres públicos.

Inclusive, o entendimento do Tribunal de Contas da União é no seguinte sentido:

Na modelagem das licitações do tipo técnica e preço devem ser analisados, conjuntamente, a ponderação atribuída a esses quesitos e os critérios e as graduações de pontuação técnica, além de serem realizadas simulações e avaliações de possibilidades de resultados, considerando as características do mercado, de modo a minimizar o risco de contratações antieconômicas, restrição injustificada à competitividade e favorecimento indevido.
Informativo de Licitações e Contratos 319/2017

Em licitações do tipo técnica e preço em que houver preponderância da proposta técnica, os fatores de ponderação entre técnica e preço devem ser expressamente fundamentados, a fim de evidenciar sua razoabilidade e demonstrar que não representam privilégio ou proporcionam aumento indevido de preço em decorrência de diferenças técnicas não substanciais.
Informativo de Licitações e Contratos 224/2014

Nas licitações do tipo técnica e preço, **é irregular a atribuição de excessiva valoração ao quesito técnica**, em detrimento do preço, **sem amparo em estudo suficiente a demonstrar 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.

Informativo de Licitações e Contratos 190/2014

Novamente, traz-se os ensinamentos do ilustre Marçal Justen Filho:

As licitações de melhor técnica e de técnica e preço foram reservadas para situações excepcionalíssimas. Devem ser praticadas como exceção, sendo a regra a licitação de menor preço. Assim se passa porque a conjugação dos critérios técnicos e de preço condiz à possibilidade de sagrar-se vencedora a proposta que não apresente o menor preço. Somente se justifica que a Administração desembolse valor superior ao menor preço disponível no mercado quando isso envolver benefícios e vantagens indispensáveis à satisfação mais adequada de suas necessidades.

Nesse contexto, o legislador infraconstitucional elegeu, de forma incontroversa, o menor preço como referência basilar para as compras e contratações a serem promovidas pelo poder público, de qualquer esfera. Sendo a licitação do tipo 'técnica e preço' intermediária entre as tipologias 'melhor preço' e 'melhor técnica', resta inadmissível chegar a um resultado que desvirtua a observância do preço, ensejando anomalia de se comprar ou contratar, por mais, em razão de vantagens técnicas que não seriam absolutamente imprescindíveis à execução do objeto, ou mesmo nem seriam utilizadas, sobrevalorizando exigências desnecessariamente. O TCU tem reiterado tal entendimento (Acórdão 1782/2007-TCU-Plenário).

A atribuição de peso maior para a técnica e menor para o preço potencializa o risco de direcionamento da licitação, o que certamente não é o intuito.

Em licitação com objeto similar promovido pela Prefeitura Municipal e São José/SC², a comissão de licitação prestou os seguintes esclarecimentos ao controle externo:

Com relação à alegação (deste ilustre Tribunal sobre o título atribuído ao objeto deste Edital, entendemos ser fundamental considerar o Gerenciamento Integrado do Sistema de Iluminação Pública como sendo o objeto da licitação, e que a metodologia de sua execução seja apresentada pelos proponentes para que a Administração possa assegurar-se de que fará boa contratação. Cabe aqui destacar as melhores intenções da Administração que, **tendo sido contestada em licitação anterior por adotar licitação do tipo técnica e preço, teve a humildade de reconhecer que a licitação do tipo menor preço, com apresentação de metodologia nas formas da lei, além de se configurar como melhor modelo, poderá levar à obtenção de melhor preço, sem cercear o interesse à participação e, ao mesmo tempo, resguardar-se de contratação que possa levá-la a viver problemas hoje vividos por situações criadas em tempos anteriores à sua época.**

Inclusive, não se encontra nos autos estudos que comprovam que licitações com esse objeto tiveram mais sucesso com o tipo técnica e preço do que menor preço. No Brasil, centenas de licitações com mesmo objeto são instauradas pelo tipo menor preço, sem intercorrências.

Veja o que diz o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina³:

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. SERVIÇOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. CRITÉRIO DE JULGAMENTO BASEADO NA TÉCNICA E PREÇO. VÍCIO DE ORIGEM. ANULAÇÃO DO CERTAME.

² TCE.SC - ELC 08/00048903 - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO JOSÉ

³ Processos: TC-009377.989.19-9; TC-009429.989.19-7.

1. Incompatibilidade dos serviços de iluminação licitados com a utilização do tipo de julgamento baseado na "técnica e preço";

Trata-se de representações formuladas por MOBIL – MOBILIDADE ILUMINAÇÃO E TECNOLOGIA LTDA. e LUIS GUSTAVO DE ARRUDA CAMARGO, contra o edital da Concorrência Pública nº 001/19, do tipo melhor técnica e preço, promovida pela PREFEITURA MUNICIPAL DE CAMPO LIMPO PAULISTA, visando à **concessão dos serviços de gestão, modernização, otimização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura de rede de iluminação pública do município, bem como a exploração de seu potencial econômico por meio da obtenção de receitas acessórias.**

Instada a se manifestar nos autos, a SDG entendeu haver vício de origem que inviabiliza o prosseguimento da licitação, **considerando a incompatibilidade do objeto com o tipo de julgamento baseado na "técnica e preço".**

Com maestria, explica a Conselheira relatora Cristiana de Castro Moraes, nos TC's 001031.989.14, 015504.989.16, 015526.989.16, 015549.989.16, 00965.989.17:

De início, **ficou evidente que o tipo licitatório técnica e preço não pode ser utilizado no caso dos autos**, na medida em que o **sucesso na execução dos serviços licitados dependerá unicamente do domínio e do adequado emprego de normas técnicas e procedimentos padrão já amplamente disseminados no mercado, não havendo um único elemento a demonstrar que o objeto se utilizará dos serviços de natureza predominantemente intelectual** a que se reporta o artigo 46, da Lei de Licitações. Por outro lado, também **é suficientemente claro que o emprego dos recursos de informática, assim como da atividade intelectual humana, faz-se necessário em todos os serviços passíveis de contratação pelo Poder Público, de forma a não ser elemento que, por si só, possa justificar critério de julgamento pautado na melhor técnica, tal como pretende a Administração em suas justificativas.** Assim sendo, **deverá ser adotado o tipo licitatório menor preço.**

Nesta senda, manifestou-se de forma cirúrgica o Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco⁴:

Quanto à alegação da defesa acima de que não há padronização do serviço de verificador independente e que por isso o critério de técnica e preço traria ganhos relativos à metodologia/solução ofertada pela contratada, não bate com os termos do edital, pois **os critérios de avaliação e pontuação da proposta técnica presentes no item 14.2 do edital remetem ao passado das**

⁴ PROCESSO TCE-PE Nº 21100660-9 - RELATOR: CONSELHEIRO CARLOS PORTO – Medida Cutelar – 2021 - Prefeitura Municipal de Petrolina

empresas, a seu currículo e expertise e não a soluções novas que venham a ser apresentadas no certame. Ademais, **cite-se novamente o caso do município de São Paulo, maior metrópole do país e que contratou seu verificador independente para fiscalização da PPP da iluminação pública por meio de pregão eletrônico com julgamento por menor preço, sem necessidade de ponderação da técnica, e reforçasse, foi bem sucedida, estando o contrato em andamento.** (Medida Cautelar – 2021)

Conforme noticiado pelo TCE/SC⁵, o processo licitatório instaurado pela Prefeitura de Blumenau, cujo objeto é a seleção de empresa para executar os serviços técnicos de engenharia para a gestão integral - ampliação e manutenção - do sistema de iluminação pública do município, foi sustado pela corte, em razão de ilegalidades apontadas pela área técnica, sendo uma delas a adoção do tipo técnica e preço.

Portanto, não há outro caminho a não ser reconhecer que o critério eleito para a presente licitação (um deles) não foi o mais adequado, retificando o edital onde for necessário, sendo certo que o equívoco cometido será mais bem avaliado pela Comissão.

De outro bordo, importante repisar que a elaboração de anteprojeto é de competência da Administração, razão pela qual não pode ser utilizada como critério de pontuação técnica.

3.7 – IRREGULARIDADES NO SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS. INCOMPATIBILIDADE COM O CRITÉRIO DE TÉCNICA E PREÇO E COM REGIME DE CONTRATAÇÃO INTEGRADA. AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO DO SRP NA ÉGIDE DA LEI 14.133/21

Não bastasse todas as irregularidades e ilegalidades até aqui apontadas, a Administração ainda elegeu outro procedimento auxiliar na presente licitação, qual seja, o Sistema de Registro de Preços – SRP.

Como dito em edital, a ausência de recursos foi fator preponderante para escolha do SRP, tendo em vista que neste tipo de contratação a indicação de dotação orçamentária só é exigida para contratação.

Ocorre que a ausência de recursos não pode ser utilizada como fundamento para o SRP e a Administração deve se basear nos requisitos em

⁵ <https://www.tcesc.tc.br/tce-determina-sustacao-de-edital-para-ampliacao-do-sistema-de-iluminacao-publica-de-blumenau-0>

regulamento, sendo que o SRP sequer foi regulamentado na égide da nova lei, impedindo sua utilização.

Sabe-se que na Lei nº 8.666/93 o entendimento majoritário é de que o art. 15 que trata do SRP é autoaplicável e não necessita de regulamento, apesar de existir regulamentação do tema. Já na nova lei de licitações o legislador foi claro ao prever a necessidade de observância ao regulamento, cujo texto ainda não foi elaborado. Veja-se:

§ 5º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, observadas as seguintes condições:

I - realização prévia de ampla pesquisa de mercado;

II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;

III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle;

IV - atualização periódica dos preços registrados;

V - definição do período de validade do registro de preços;

VI - inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original.

Deste modo, ausente regulamento sobre o tema, ausente a possibilidade de utilização do SRP com base na nova lei e, como não é possível mesclar as legislações (como feito pela AMMESF), ainda não temos no ordenamento jurídico a possibilidade de instaurar licitações para registro de preços pela Lei nº 14.133/21.

De outro bordo, dispõe o art. 82, V da Lei nº 14.133/21 prevê que o edital de licitação para registro de preços deve prever o critério de julgamento, **que só poderá ser menor preço ou maior desconto.** Ou seja, **não pode a Administração utilizar o SRP concomitantemente com o critério de técnica e preço.**

Evidentemente que também não se pode eleger vários critérios de uma única vez como fez neste caso, devendo escolher apenas um, que é suficiente para o processamento de uma licitação.

Além disto, devem ser cumpridas as exigências do art. 82 para licitar por registro de preços, o que não foi observado.

Ademais, o SRP não é compatível com o regime de contratação integrada, haja vista necessidade de existência de projeto, o que não há nesta licitação. Veja-se:

Art. 85. A Administração poderá contratar a execução de obras e **serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos:**

I - existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional;

II - necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

Ainda cabe mencionar que o SRP exige o procedimento de intenção de registro de preços - IRP, cujo objetivo é proporcionar a participação de outros órgãos ou entidades, nos termos do art. 86 da Lei nº 14.133/21. Importa esclarecer que a participação de Municípios consorciados não obsta a observância do procedimento de IRP.

Portanto, resta claro que não foram observados os requisitos legais, mormente quanto à impossibilidade de utilização do SRP sob a égide da Lei nº 14.133/21 antes de regulamentada a matéria.

**3.8 – MAIOR RETORNO ECONÔMICO E CONTRATO DE EFICIÊNCIA –
MAIS UM CRITÉRIO DE JULGAMENTO ELEITO NO EDITAL -
ILEGALIDADE**

O instrumento convocatório mencionou três critérios de julgamento no edital, o que por si só é irregular, mas ainda previu o quarto critério de maior retorno econômico, ainda que não tenha utilizado exatamente este termo.

Chega-se a esta conclusão tendo em vista que o foi mencionado o art. 6º, inciso LIII na fundamentação legal sendo que o referido normativo trata sobre o contrato de eficiência, cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada.

Ademais, extrai-se da proposta econômica que a economia mensal não pode ser inferior à 60% (sessenta por cento), ou seja, nada mais é que exigir do licitante proposta que gere retorno econômico para a municipalidade.

Como a AMMESF expressamente indicou o dispositivo que trata sobre contrato de eficiência, importante transcrever o que dispõe o art. 39 da Lei nº 14.133/21:

Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

§ 1º Nas licitações que adotarem o critério de julgamento de que trata o caput deste artigo, os licitantes apresentarão:

I - proposta de trabalho, que deverá contemplar:

a) as obras, os serviços ou os bens, com os respectivos prazos de realização ou fornecimento;

b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, ao bem ou ao serviço e em unidade monetária;

II - proposta de preço, que corresponderá a percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

§ 2º O edital de licitação deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado.

§ 3º Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.

§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

Como pode-se facilmente perceber, o contrato de eficiência não é compatível com técnica e preço, apenas com maior retorno econômico e possui procedimento próprio.

Não sendo o caso de contrato de eficiência, o prazo da contratação por 120 (cento e vinte) meses é ilegal, tendo em vista a inaplicabilidade do art. 110 da Lei nº 14.133/21. Com efeito, deve ser observada a regra geral do art. 106 da nova lei, sendo o prazo máximo da



contratação de cinco anos, prorrogável somente nas hipóteses do art. 108 da mesma lei.

Como já defendido, a AMMESF utilizou quatro critérios de julgamento em uma única licitação, misturou regimes de execução e agora confunde os tipos de contratação.

Portanto, não restam dúvidas de que o presente edital deve ser anulado, pois as ilegalidades são muitas e o risco de expor a Administração à situação antieconômica é imensurável.

3.9 – NECESSIDADE DE CONTROLE PRÉVIO DE LEGALIDADE PELO ÓRGÃO DE ACESSORAMENTO JURÍDICO

Ao final da fase preparatória o processo licitatório deve ser encaminhado para o órgão de assessoramento jurídico para controle de legalidade, nos termos do art. 53 da Lei nº 14.133/21.

A análise jurídica prévia só é dispensável nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

Portanto, caso a presente licitação não tenha passado pelo controle prévio de legalidade é imprescindível que haja apoio técnico, notadamente quando à interpretação e aplicação da legislação vigente, até porque os atos do agente público devem estar embasados no parecer, se pretender se ver representado pela advocacia pública em demanda judicial ou extrajudicial, conforme art. 10 da nova lei:

Art. 10. Se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta Lei precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 desta Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.

§ 1º Não se aplica o disposto no **caput** deste artigo quando:

I - (VETADO);

II - provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial.

Inclusive, o controle externo poderá exigir prova de que os atos foram praticados em observância ao parecer jurídico e ausência deste poderá ser igualmente questionada.

**3.10 – NECESSIDADE DE REPUBLICAÇÃO DO EDITAL –
IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO POR SIMPLES “ERRATA”**

Extraí-se do site da AMMESF que foram promovidas alterações substanciais no instrumento convocatório sem a devida republicação do edital, com a edição de “erratas”, meio inadequado para este fim.

Para que o edital seja modificado, deve ser observado o que dispõe o art. 55, §1º da Lei nº 14.133/21:

§ 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.

Além de ser meio inadequado, as erratas ainda se contradizem entre si. É o caso das seguintes previsões:

Errata (clique aqui para conferir o original): Item 2.3.2 do edital, onde se Lê, O valor estimado da contratação em 120 (cento e vinte) meses não poderá ultrapassar o valor de R\$ 115.000,000,00 (Cento e quinze milhões).

Lê-se : 2.3.2 – O valor estimado da contratação a cada período de 60 (sessenta) meses não poderá ultrapassar o valor de R\$ 115.000,000,00 (Cento e quinze milhões).

Errata (clique aqui para conferir o original): 2. No item 2 do anexo XVI ao Edital ESPECIFICAÇÕES TÉCNICAS DAS LUMINÁRIAS, onde se Lê: As luminárias LED devem possuir garantia global (de todos os componentes, principalmente quanto aos módulos LED e drivers de alimentação) de 60 (sessenta) meses contra quaisquer defeitos de fabricação, a contar da data de sua instalação, independentemente da data de fabricação,

leia-se As luminárias LED devem possuir garantia global (de todos os componentes, principalmente quanto aos módulos LED e drivers de alimentação) de 120 (cento e vinte) meses contra quaisquer defeitos de fabricação, a contar da data de sua instalação, independentemente da data de fabricação.

Veja-se que, enquanto uma errata altera o prazo de 120 meses para 60 meses, a outra altera de 60 meses para 120 meses. E, outras erratas tratam sobre critérios da proposta técnica, ou seja, comprometem e alteram a formulação das propostas, devendo o edital ser republicado pelo mesmo prazo da publicação original.

3.11 – OUTRAS IRREGULARIDADES

Os tópicos anteriores são suficientes a anular o certame e para não delongar ainda mais, outras irregularidades podem ser apontadas de forma mais sucinta:

- O modo de disputa fechado não pode ser utilizado de forma isolada se o critério de julgamento for menor preço ou maior desconto (art. 56, §1º), ou seja, deve ser adotado o modo de disputa aberto ou aberto e fechado;
- A proposta econômica não prevê remuneração para elaboração dos projetos;
- A minuta de ata de registro de preços contém cópia do Decreto 7.892/13, que regulamenta o art. 15 da Lei 8.666/93, ou seja, não se aplica às licitações promovidas com base na lei 14.133/21, violando o art. 191 da nova lei;
- A minuta de contrato prevê a modalidade de “execução indireta”, que não existe e regime de execução de contratação integrada, que não foi citada no edital, mas por motivos já vastamente expostos não pode ser utilizada nesta contratação;

4 – DOS PEDIDOS

Ante o exposto, pede-se:

1. O **recebimento** da presente impugnação, porque própria e tempestiva, nos termos do item 1 da presente peça;
2. Seja dado **integral provimento** à impugnação, anulando essa licitação ou sanando todos os vícios apontados, fazendo correções e exclusões solicitadas.
3. Por fim, requer que esta r. Comissão proceda com a anulação do certame ou paralisação, adequação e reabertura de novos prazos.

De Belo Horizonte para Pirapora, 31 de agosto de 2021.


CONSTRUTORA REMO LTDA.
CNPJ: 18.225.557/0001-96

Construtora Remo Ltda.
Sérgio Mohallem - Diretor Presidente
Eng. Eletricista - CREA-MG 6683/D
CPF: 112.736.106-34