AO ILUSTRÍSSIMO PRESIDENTE DA FUNDAÇÃO INSTITUTO TECNOLÓGIO DE OSASCO - FITO.

REF.: PREGÃO PRESENCIAL Nº 004/2020

PROCESSO LICITATÓRIO Nº 303/2020

OUROLUX COMERCIAL LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob o n° 05.393.234/0001-60, com sede à Avenida Ugo Fumagali, 770 – Cidade Industrial Satélite de São Paulo, CEP: 07220-080, Guarulhos/SP, E-mail: licitacao1@ourolux.com.br, telefones: Direto (11) 2172-1009 ou Central 2172-1000, representada por seu Sócio **ROBERTO SAHELI**, brasileiro, casado, empresário, portador da cédula de identidade RG sob o nº 17.119.908-X SSP/SP, inscrito no CPF/MF nº 054.975.618-37, domiciliado à Rua Dr. Rafael de Barros, 387, Apto 61, Paraíso – CEP: 04003-040 – São Paulo – SP vem respeitosamente e tempestivamente, com fulcro no artigo 41, parágrafo §2º, da Lei 8.666, de 21 de Junho de 1993 e nos termos do item 15.5 do instrumento convocatório, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

I. DA TEMPESTIVIDADE E LEGITIMIDADE

Nos termos do disposto no item 15.5[1] do instrumento convocatório e artigo 41, parágrafo §2º, da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, toda e qualquer licitante pode impugnar o presente instrumento convocatório em até 02 (dois) dias úteis antes da data fixada para abertura do certame.

Portanto, considerando que o CNPJ da impugnante contempla o objeto licitado, demonstrada a legitimidade e tempestividade da presente impugnação.

Nestes termos, tempestivo a presente impugnação.

II. DOS FATOS

O Instituto Tecnológico de Osasco – FITO instaurou procedimento licitatório na modalidade Pregão, na forma Presencial, sob o nº 04/2020, visando à contratação de empresa para execução de projetos de energia solar, com fornecimento de material, mão de obra e regularização junto à concessionária de energia.

Contudo, a Ourolux tem este seu intento frustrado perante as imperfeições do Edital, contra as quais se investe, justificando-se tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar do certame.

Saliente-se que o objetivo da Administração Pública ao iniciar um processo licitatório é exatamente obter proposta mais vantajosa para contratação de bem ou serviço que lhe seja necessário, observados os termos da legislação aplicável, inclusive quanto à promoção da máxima competitividade possível entre os interessados.

Entretanto, com a manutenção das referidas exigências, a competitividade pretendida e a melhor contratação almejada, poderão restar comprometidos o que não se espera, motivo pelo qual a Ourolux impugna os

[1] 15.5 - Até 2 (dois) dias úteis anteriores à data fixada para recebimento das propostas, qualquer pessoa poderá solicitar esclarecimentos, providências ou impugnar o ato convocatório do Pregão.

termos do Edital e seus anexos, o que o faz por meio da presente manifestação.

III. DAS ALTERAÇÕES A SEREM FEITAS NO EDITAL E NOS ANEXOS

III. 1. Da ausência de previsão de permissão de participação de empresas em consórcio

No Edital deve ser estabelecida regra quanto à admissão ou vedação a consórcios.

Não obstante, em virtude da omissão quanto a essa regra no presente Edital, faz-se necessário a previsão da permissão expressamente, nos termos do artigo 33 da Lei n.º 8666/93, haja vista que a complexidade e diversidade do objeto tornam problemática a competição e que várias empresas isoladamente não dispõem de condições para participar da licitação.

No caso específico do ramo de usina fotovoltaica há situação peculiar que caracteriza o mercado de prestação desse tipo de serviço no país, uma vez que se trata de atividade restrita àqueles que possuem registro e certificação na entidade competente.

Inexiste no mercado um amplo leque de opções para a prestação do serviço pretendido, o que impede a inclusão de qualquer tipo de condição que impeça ou dificulte a participação das empresas em procedimentos licitatórios, sob pena de efetiva redução na competição.

Diante disso, o consórcio é a via adequada para propiciar a ampliação do universo de licitantes e, assim viabilizar a competitividade uma vez que a licitação, por sua própria natureza jurídica, pressupõe a existência de competição. A própria dinâmica capitalista demonstra que a competitividade gera, inexoravelmente, a redução dos preços ofertados, sendo assim um elemento fundamental na busca de preços módicos para a Administração Pública.

Convém lembrar que a admissão ou não da participação de empresas reunidas em consórcio trata-se de escolha **discricionária da Administração**. Portanto, admitir ou negar a participação de consórcios é resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto.

A discricionariedade administrativa, como se sabe, consiste na "margem de escolha deixada pela lei ao juízo do administrador público para que, na busca da realização dos objetivos legais, opte, entre as opções juridicamente legítimas, pela medida que, naquela realidade concreta, entender mais conveniente" (ARAGÃO, 2013, p. 161). Neste prisma, não se pode, no âmbito de um Estado Democrático de Direito, confundir discricionariedade com cheque em branco ou escusa universal para arbítrios vários.

Verifica-se que, que é consagrada a necessidade de se "demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios" (TCU, Acórdão 1.165/2012, Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro).

Nessa mesma linha, Marçal Justen Filho alerta que a discricionariedade em voga:

> "evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto. Como toda decisão exercitada em virtude de competência discricionária, admite-se o controle relativamente à compatibilidade entre os motivos e a realidade e no tocante à adequação proporcional entre os meios e os resultados pretendidos (2014, p. 661).

Contemporaneamente, diversos autores, o e. Superior Tribunal de Justiça4 , Tribunais de Justiça e a uníssona jurisprudência do Tribunal de Contas da União indicam que, embora aprioristicamente o Administrador disponha de grande margem decisória sobre o ponto, a participação de consórcios é obrigatória nas licitações em que a vultuosidade, a heterogeneidade e a inviabilidade de parcelamento material do objeto licitado tornem o universo de possíveis licitantes demasiadamente restrito.

Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld propugnou que:

> "nas hipóteses em que, embora tratando-se de um objeto de porte, mostre-se totalmente inviável, por razões operacionais, efetuar o parcelamento, deverá o edital, obrigatoriamente, admitir o consórcio de empresas" (1995, p. 67).

Endossando tal posicionamento, assim se manifestaram Egonn Bockmann e Fernando Vernalha:

> "produzindo-se uma licitação expressiva e exigente, a Administração deve buscar meios de mitigar a alta concentração do mercado, admitindo a participação de licitantes em regime de consórcio, tal como facultado pelo art. 33 da LGL. É evidente que a sistemática do consórcio poderá favorecer a ampliação da participação do mercado, compensando, em certa medida, a restrição do universo de ofertantes imposta pela dimensão técnica ou econômica do objeto licitado. (2012, p. 119).

Não é outro o entendimento esposado pelo e. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE LICITAÇÃO – MULTIPLICIDADE DE SERVIÇOS – HABILITAÇÃO SIMULTÂNEA – EXIGÊNCIA ILE GAL – PREJUÍZO À CONCORRÊNCIA – LEI N° 8.666/1993 – ARTS. 15, IV E 23, § 1° – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DESCABIMENTO EM SEDE DE WRIT. O parcelamento ou fracionamento do objeto licitado se faz imperioso

> quando, além de ser tecnicamente viável, não importar em prejuízo financeiro para a Administração. O ente contratante, por sua vez, não procedendo à contratação por item, tem o dever de explicitar as razões pela aquisição global, bem como prever no edital a possibilidade de participação de interessados constituídos sob a forma de consórcio, podendo, do contrário, restar caracterizada a ilegalidade da licitação, por violação ao princípio da competitividade. (TJMG – Apelação Cível 1.0024.06.098029-9/002, Relator(a): Des. (a) Cláudia Maia, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/09/2010, publicação da súmula em 29/10/2010).

Não em outro sentido, o Tribunal de Contas da União vem reiteradamente determinando que, em casos dessa natureza, o Administrador ou bem parcela o objeto licitado em diversos procedimentos, se possível for, ou bem realiza uma só concorrência, devendo, neste caso, impositivamente admitir a participação de empresas em consórcio. Ilustrativos dessa tendência jurisprudencial são os seguintes julgados:

> "9.1.1. considerando o disposto no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 8.883/94, e na Súmula 247 do Tribunal, realize o parcelamento do objeto da licitação a ser promovida com vistas à contratação das obras, serviços e fornecimentos necessários à Implantação e Complementação do Centro de Lançamento de Alcântara e Centro Espacial de Alcântara, devendo proceder anteriormente, para fundamentar a escolha da forma de configuração dos "blocos" ou "lotes" a serem formados em função do parcelamento, a estudos técnicos que considerem as características de mercado e que indiquem a alternativa de divisão que melhor satisfaz aos princípios da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, respeitadas as limitações de ordem técnica, sem prejuízo da possibilidade alternativa de realizar concorrência única para a contratação de todo o complexo ou conjunto com um só licitante, mas, neste caso, desde que admitida

> expressamente a participação no certame de empresas em consórcio, como forma de assegurar o parcelamento material do objeto, respeitando as regras prescritas no art. 33 da Lei 8.666/93. (TCU, Acórdão 108/2006, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, com nova redação conferida pelo Acórdão 766/2006, também do Plenário, Rel. Min. Augusto Nardes).

Nesse sentido é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

> "A constituição de consórcio visa, em última instância, a junção de 2 (duas) ou mais empresas para realização de determinado empreendimento, objetivando, sob a ótica da Administração Pública, proporcionar a participação de um maior número de empresas na competição, quando constatado que grande parte delas não teria condições de participar isoladamente do certame. (...)" (Acórdão n. º1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira)

Vale ressaltar, que no bojo e diversas Leis em âmbito nacional, os **Consórcios** são coligações despersonalizadas de empresas instituídas, pela via contratual, com vistas a executar determinado empreendimento em conjunto, que a princípio não há de se falar em restrição à constituição de um, considerando o que está exposto no art. 278 e 279 da Lei n.º 6.404/76, Lei das Sociedades por Ações. Ainda, a Lei n.º 8.884/94 proíbe a formação de consórcio de empresas apenas se isto restringir a liberdade de comércio, visando dominar o mercado, eliminar a concorrência ou monopolizar a obtenção de aumento de preço, dado a ilegalidade de tais finalidades, o que não é o caso.

O consórcio é instituto seguro para a Administração, tendo em vista que no consórcio todas as empresas respondem solidariamente por eventuais danos causados. Nesse sentido, o disposto no artigo 33, inciso V da Lei n.º 8.666/93.

Sendo assim, a possibilidade da participação de empresas em consórcio garante a adoção do princípio da razoabilidade, da segurança jurídica e o atendimento do interesse público no caso em tela.

Considerando as dimensões e a complexidade crescentes das atividades estatais e, via de consequência, dos objetos das licitações públicas, pode-se afirmar que a associação consorcial no âmbito das contratações administrativas consiste em fenômeno de grande atualidade e relevância. O seu manejo adequado, em consonância com os parâmetros apontados, pode ampliar muito a competitividade de alguns certames, gerando consideráveis ganhos ao erário. Por outro lado, o instituto, se empregado ardilosa ou atecnicamente, pode viabilizar o doloso direcionamento de importantes procedimentos licitatórios ou a culposa constrição da ampla competitividade que deve ser inerente a qualquer licitação, implicando incalculáveis prejuízos à Administração, às empresas eventualmente alijadas do direito de concorrer e, indiretamente, à sociedade.

Registra-se ainda, conforme pedido de esclarecimento enviado a este respeitado órgão, que o segmento de energia solar é seccionado em dois grandes grupos, qual seja: empresas Distribuidores de equipamentos, e, Epcista (da sigla em inglês *EPC: Engineering, Procurement, Construction*), qual seja, empresa com expertise na instalação, por este motivo é veemente a autorização da participação em consórcio.

Ante o exposto, de forma a possibilitar a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, requer seja incluído no Edital a inclusão de dispositivo que permita a participação em consórcio de empresas do mesmo grupo, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

IV. DO PEDIDO

Para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, **a Ourolux, com o devido respeito, requer que V.**

Sª. julgue motivadamente e no prazo de 24 horas a presente Impugnação, acolhendo-a e promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, sua consequente republicação e suspensão da data de realização do certame.

Guarulhos-SP, 17 de novembro de 2020.

OUROLUX COMERCIAL LTDA
CNPJ/MF n° 05.393.234/0001-60
Roberto Saheli
RG nº 17.119.908-X SSP/SP
CPF/MF nº 054.975.618-37

Página de assinaturas

Roberto Saheli
Ourolux Comercial Ltda
Signatário

HISTÓRICO

17 Nov 2020 15:45:01 — **DEBORA PATRICIA A MOREIRA** criou este documento. (E-mail: gerencialicit@ourolux.com.br, CPF: 118.481.818-50)

17 Nov 2020 16:58:52 — **Roberto Saheli** *(E-mail: roberto@ourolux.com.br, CPF: 054.975.618-37)* visualizou este documento por meio do IP 179.191.125.150 localizado em São Paulo - Sao Paulo - Brazil.

17 Nov 2020 17:04:42 — **Roberto Saheli** *(E-mail: roberto@ourolux.com.br, CPF: 054.975.618-37)* assinou este documento por meio do IP 179.191.125.150 localizado em São Paulo - Sao Paulo - Brazil.