

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

ILUSTRÍSSIMO PREGOEIRO DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

A empresa ATIVA INSTALAÇÃO DE MATERIAL ELÉTRICO – ME, entidade de direito privado, com sua sede estabelecida na cidade de Teresina, Estado do Piauí, situada na Avenida Nossa Senhora de Fátima, nº 530, devidamente inscrita no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica sob o registro nº 32.667.048/000144, por meio de seu representante legal, o signatário do presente ato, respeitosamente, e em estrita conformidade com o preceito insculpido no artigo 164 da Lei Federal nº 14.133/2021, comparece tempestivamente para apresentar o presente pedido de impugnação em relação ao Edital do pregão nº 45/2023 – Sistema de Registro de Preços (SRP), promovido pela PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO.

IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

Processo administrativo nº 9558/2023.

IDENTIFICAÇÃO DO EDITAL A SER IMPUGNADO

Edital do pregão eletrônico nº 45/2023 – SRP.

DO OBJETO A SER LICITADO

Registro de preços para futura e eventual aquisição e instalação de Sistemas de Microgeração de Energia Elétrica a partir da fonte primária solar – ON GRID com no mínimo as seguintes potências: 4 kilowatt-pico, 6,5 kilowatt-pico, 12,5 kilowatt-pico e 24,5 kilowatt-pico, compreendendo a elaboração do projeto executivo, aprovação deste pela Concessionária de energia elétrica, fornecimento de serviços de instalação de todos os materiais e equipamentos, efetivação do acesso na rede da Concessionária, software de monitoramento de desempenho, bem como suporte técnico durante a garantia de acordo com todas as especificações deste Edital e seus anexos.

DA LEGALIDADE DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

Tendo em vista que o mencionado Edital encontra-se submetido aos preceitos estatuídos na Lei Federal nº 14.133/2021, bem como às demais disposições normativas pertinentes ao objeto em questão, bem como às estipulações e requisitos consignados no próprio Edital e seus apensos.

Considerando a fundamentação subjacente à solicitação de impugnação do edital, conforme previsto no artigo 164 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, conforme se descreve a seguir:

*Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação **por irregularidade na aplicação desta Lei** ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame. (Grifo nosso)*

Tendo em vista a indicação das irregularidades, tal como consignadas no atual pleito, justifica-se a razão subjacente à interposição deste pedido de impugnação ao Edital do Pregão nº 45/2023 – Sistema de Registro de Preços (SRP), promovido pela PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO.

TEMPESTIVIDADE

Considerando que o certame licitatório em questão encontra-se agendado para o dia 26 de outubro de 2023, às 10 horas, conforme preceituado no Edital.

Em virtude da justificativa subjacente à formulação do pleito de impugnação do edital, em estrita conformidade com o disposto no artigo 164 da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, da seguinte forma:

*Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo **protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.** (Grifo nosso)*

Nesse contexto, cumpre ressaltar que o presente requerimento de impugnação é oportuno, haja vista ter sido protocolado em cumprimento ao prazo de antecedência de três (3) dias úteis em relação à data de abertura do certame licitatório.

DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

No item 8.5.4 do Edital do pregão nº 45/2023 – Sistema de Registro de Preços (SRP), estabelece-se como requisito de habilitação econômico-financeira a apresentação de um Patrimônio Líquido (PL) igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação.

Relativamente a esse tópico, a Constituição Federal de 1988 estabelece as seguintes disposições concernentes à mencionada demanda, conforme segue:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifo nosso)

Adicionalmente, nota-se que o artigo 69 da Lei Federal nº 14.133/2021 dispõe acerca deste assunto nos seguintes termos:

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação: [...]

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de **capital mínimo ou de patrimônio líquido** mínimo equivalente a **até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.** (Grifo nosso)

No que concerne à imposição de patrimônio líquido mínimo como critério para a habilitação, cumpre destacar que, no Acórdão nº 1.321/2020-Plenário¹, os Excelentíssimos Senhores Ministros do Tribunal de Contas da União deliberam que:

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

Salienta-se que, mesmo o referido Acórdão citar o inciso I do § 1º do artigo 3º da Lei 8.666/1993, este também pode ser aplicado à Lei Federal nº 14.133/21, uma vez que a redação do primeiro apresenta uma lógica administrativa análoga à estabelecida no artigo 9º, inciso I, alínea "a" da Nova Lei de Licitações e Contratos.

Ressalta-se que, mesmo após a solicitação de reexame do mencionado Acórdão, o pedido foi indeferido, conforme consubstanciado no Acórdão nº 430/2021 - Plenário².

¹ Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1321%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0

² Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/KEY:%22ACORDAO-COMPLETO-2428987%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0

No que concerne a este tema, o eminente auditor da Controladoria Geral da União, responsável pela área de estratégia da Central de Compras do Governo Federal, Franklin Brasil, em uma consulta registrada no Gestgov³, destaca, em seu livro "Fraudes em Licitação", que:

*Considerando o regulamento do SICAF, Sistema de Cadastro de Fornecedores do Governo Federal e a lógica da racionalidade dos controles, **deve-se fixar percentual mínimo de Capital Social ou Patrimônio Líquido proporcional aos riscos. Os riscos principais, nesse caso, são: (1) inexecução ou falha no contrato; e (2) restrição indevida à competição.** Essa ponderação deve considerar, entre outros fatores, o valor estimado do contrato, a essencialidade do objeto, o tempo de duração do contrato, as características do mercado fornecedor em potencial. Espera-se justificativa nos autos e estudo de mercado com vistas a verificar o potencial restritivo (Acórdão TCU nº 1.321/2020-P) (Grifo nosso)*

³ Disponível em: <https://gestgov.discourse.group/t/como-definir-o-percentual-de-ate-10-para-comprovacao-de-patrimonio-liquido-minimo/9484/2>

Adicionalmente, o ilustre professor Franklin Brasil sustenta⁴ o seguinte:

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

A considerar esta conjuntura, após uma minuciosa análise dos documentos disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas⁵, constata-se a ausência de qualquer registro de um estudo de mercado que justifique a imposição do requisito de um Patrimônio Líquido (PL) igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação em questão, no âmbito do Edital do pregão nº 45/2023 – Sistema de Registro de Preços (SRP).

Mesmo após a análise do Estudo Técnico Preliminar, que, a princípio, seria o documento capaz de fornecer fundamentação para a imposição do referido requisito, em conformidade com o disposto na Instrução Normativa nº 58, de 8 de agosto de 2022, não foi possível encontrar a justificativa necessária para a estipulação do Patrimônio Líquido (PL) igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a mencionada contratação.

⁴ Disponível em: (<https://gestgov.discourse.group/t/como-definir-o-percentual-de-ate-10-para-comprovacao-de-patrimonio-liquido-minimo/9484/3>)

⁵ Disponível em: <https://pncp.gov.br/app/editais/06354468000160/2023/200>

Verifica-se que a carência desse devido estudo de mercado, que fundamentaria tal condição de habilitação no Edital do pregão nº 45/2023 – SRP, propicia uma significativa assimetria de informação em favor da PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO, uma vez que, no que concerne ao lado ofertante, não foi levada em consideração a conjuntura do mercado de energia renovável no Brasil. Isso ocorre porque, devido à baixa barreira de entrada, o setor de energia renovável atualmente abriga cerca de 20 mil empresas ativas nesse segmento da atividade econômica⁶.

Portanto, estatisticamente, a quantidade de empresas que poderiam cumprir o requisito de um Patrimônio Líquido de, no mínimo, aproximadamente R\$ 793 mil reais,

como estabelecido no item 8.5.4 do Edital do pregão nº 45/2023 – SRP, não é significativa.

Ressalta-se que a assimetria de informação é uma situação em que uma das partes em uma transação econômica ou comercial detém um conhecimento substancialmente maior do que a outra, resultando em desequilíbrios e distorções no processo decisório. Essa falta de equilíbrio informativo pode gerar vantagens indevidas ou prejuízos para a parte menos informada.

Disponível em: <https://www.portalsolar.com.br/empresas-de-energia-solar-maiores-do-brasil>

No que diz respeito à demanda, de acordo com o Anuário Estatístico de Energia Elétrica (ano base 2022)⁷, elaborado pela Empresa de Pesquisa Energética, o consumo de energia elétrica pelo Poder Público no ano de 2022 totalizou 15.145 GWh, demonstrando a substancial demanda desse ente público.

Nesse cenário, evidencia-se a presença de um grande número de participantes no mercado de oferta de energia elétrica solar e uma demanda significativa no âmbito do setor público brasileiro. Isso propicia um ambiente econômico propício à promoção de uma estrutura de mercado competitiva, seguindo as premissas estabelecidas por Pindyck e Rubinfeld⁸.

“Mercado com muitos compradores e vendedores, de tal modo que nenhum comprador ou vendedor pode, individualmente, afetar o preço.”

⁷Disponível em: <https://www.epe.gov.br/pt/publicacoes-dados-abertos/publicacoes/anuario-estatistico-de-energia-eletrica>)

⁸Pindyck, Robert S; Rubinfeld, Daniel L. Microeconomia, 8 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2013. 742 p.

Assim, em um cenário caracterizado por uma pluralidade considerável de agentes econômicos, tanto no âmbito dos ofertantes quanto dos demandantes, estabelecer como requisito que o licitante demonstre um Patrimônio Líquido equivalente a, no mínimo, 10% do valor estimado do contrato representa uma medida que, inequivocamente, incide na restrição da competitividade deste certame, contrariando o preceito contido no artigo 5º da Lei Federal nº 14.133/2021, conforme segue:

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

Por fim, o risco associado à restrição à competitividade em licitações públicas refere-se a situações em que a competição entre os licitantes é prejudicada ou limitada de alguma forma, muitas vezes devido a práticas inadequadas, regras mal elaboradas ou condições que desencorajam a participação de empresas concorrentes. Esse risco é prejudicial para o processo de compras públicas por várias razões:

1. Aumento de Preços: Quando a competição é restrita, as empresas participantes podem não ser motivadas a oferecer propostas mais competitivas em termos de preço e qualidade. Isso pode levar a preços mais altos para os órgãos públicos, resultando em custos maiores para a administração e, por extensão, para os contribuintes.
2. Falta de Inovação: A competição saudável estimula a inovação, uma vez que as empresas buscam apresentar propostas melhores e mais criativas para ganhar contratos. Quando a competição é limitada, a motivação para inovar diminui, o que pode prejudicar o desenvolvimento de soluções mais eficientes e inovadoras.
3. Qualidade e Prazos: A falta de competição pode resultar em empresas que não se esforçam para entregar produtos ou

serviços de alta qualidade no prazo determinado, uma vez que não enfrentam pressão concorrencial para fazê-lo.

4. Possibilidade de Fraudes e Corrupção: Quando há menos competição, as oportunidades para práticas fraudulentas e corrupção podem aumentar, uma vez que as empresas podem estar mais inclinadas a buscar contratos por meios ilícitos, sabendo que há menos competidores para denunciá-las.
5. Limitação das Opções: Restrições à competitividade também podem resultar na limitação das opções disponíveis para a administração pública. Menos opções podem levar a decisões menos informadas e à escolha de fornecedores que talvez não sejam os mais adequados para atender às necessidades da administração.

GARANTIA DE EXECUÇÃO CONTRATUAL

Em um primeiro momento, cumpre ressaltar que o Edital em análise não impõe a necessidade de constituição de garantia para a execução do contrato, em consonância com o que se preceitua na Cláusula Décima Primeira da Minuta do Contrato (constante no Anexo V do instrumento convocatório).

No que concerne ao item 16 do Termo de Referência, destaca-se a motivação subjacente à ausência de tal exigência:

*“A contratação é eventual e futura, logo não existe a previsibilidade do valor a ser contratado e, portanto, não pode ser definido o valor da garantia;
Devido à falta de complexidade do objeto e devido aos baixos riscos envolvidos em serviços de pequeno porte.”*

Nesse ínterim, quanto à primeira justificativa supracitada, faz-se mister salientar que a presente contratação ostenta um caráter eventual, haja vista tratar-se de certame promovido sob a égide do sistema de registro de preços. Nesse contexto, a obrigação de prestar garantia contratual somente se consolida no momento da efetiva celebração do Contrato Administrativo, ou seja, quando a Contratante materializa a Ata de Registro de Preços e transmuda a respectiva demanda quantitativa para o instrumento contratual. Nesse cenário, inexistente qualquer onerosidade na aquisição da apólice em favor da Contratada antes da formalização do contrato.

No tocante à segunda justificativa elencada no item 16 do Termo de Referência, considerar uma contratação cujo valor estimado alcança a cifra de R\$ 7.902.828,26 (sete milhões, novecentos e dois mil, oitocentos e vinte e oito reais e vinte e seis centavos) como de baixa complexidade, baixo risco e de pequeno porte, manifesta-se destituído de congruência com a realidade do mercado e com o montante do orçamento aprovado para o Ministério Público do Maranhão.

Através de um exame minucioso dos registros constantes no Portal da Transparência deste órgão, constata-se que, para o exercício de 2023, foram destinados R\$ 589.792.221,00 (quinhentos e oitenta e nove milhões setecentos e noventa e dois mil e

duzentos e vinte e um reais) provenientes de receitas próprias, além de R\$ 25.173.000,00 (vinte e cinco milhões cento e setenta e três mil reais) oriundos do Fundo Especial do Ministério Público (FEMPE). Isso totaliza, em termos de dotação orçamentária, o montante de R\$ 614.965.221,00 (seiscentos e quatorze milhões novecentos e sessenta e cinco mil duzentos e vinte e um reais).

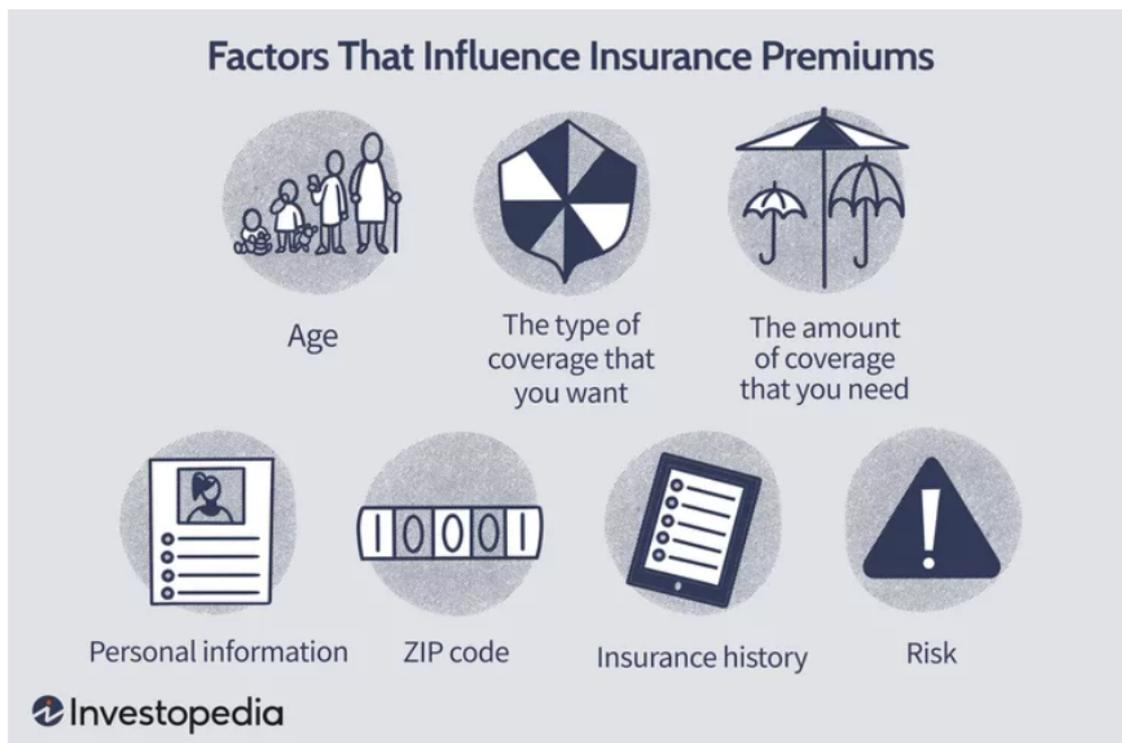
9 Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/category/portal-da-transparencia/execucao-orcamentaria-e-financeira/?post=2568#result>

Logo, o valor estimado para a contratação em apreço representa meros 1,28% do orçamento global alocado ao Ministério Público do Maranhão. Convém frisar que tal orçamento abarca rubricas como despesas com pessoal, diárias e passagens, indenizações e compensações trabalhistas, bem como obrigações previdenciárias que consideravelmente elevam o conjunto orçamentário.

Portanto, considerando que a imposição de garantia contratual, nos termos do item 16 do Termo de Referência anexo ao Edital em questão, deve estar alinhada com o critério de risco reduzido inerente a um serviço de dimensões modestas, é cabível inferir que em uma contratação singular, quando se torna mandatório, em conformidade com as disposições legais vigentes, a anexação de disponibilidade de dotação orçamentária em montante equivalente a aproximadamente 1% do orçamento do órgão, não há do que se justificar a ausência do estabelecimento de garantia contratual em decorrência do baixo risco envolvido em serviço de pequeno porte, conforme disposto no item 16 do Termo de Referência, anexo do Edital em comento. Nesse contexto, cumpre ressaltar que a Lei Federal nº 14.133/21, em seu artigo 98, contempla a possibilidade de imposição de garantia a ser vinculada ao Contrato Administrativo, onde:

*Art. 98. **Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.***

Constata-se que o seguro contratual encerra diversas variáveis a serem ponderadas no momento da avaliação da apólice, quais sejam¹⁰:



Investopédia / Ellen Lindner

Desse modo, a seguradora pondera diversos elementos, a saber: informações inerentes ao potencial segurado, fatores conjunturais e a natureza do risco associado à apólice. Consequentemente, a avaliação do montante da apólice estará condicionada às circunstâncias que cercam o licitante melhor posicionado na Ata de Registro de Preços desta presente licitação. Além disso, é de se destacar que o valor da apólice representa uma fração insignificante do valor total segurado.

Cumprе ressaltar, adicionalmente, que é prática consagrada no mercado de seguros que as seguradoras compartilhem, em certa medida, o ônus do seguro firmado, notadamente ao celebrar um segundo contrato lastreado no original, mediante a intervenção de uma empresa resseguradora.

¹⁰ Disponível em: <https://www.investopedia.com/ask/answers/09/calculating-premium.asp>

Assim sendo, o referido mecanismo visa ampliar a competitividade do certame, ao invés de restringi-la por meio da imposição de requisitos como a exigência de um Patrimônio Líquido correspondente, no mínimo, a 10% do valor estimado da contratação, o que inviabilizaria uma parcela substancial das empresas que atuam no setor de energia solar no território brasileiro de participarem da presente licitação.

DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

Submete-se à consideração a republicação do Edital do pregão eletrônico nº 45/2023 – Sistema de Registro de Preços (SRP), com a exclusão do item 8.5.4, bem como a inserção da exigência de apresentação de garantia contratual pelo licitante vencedor do certame.

Com vistas a assegurar a plenitude da competitividade no processo licitatório, solicita-se respeitosamente a Vossa Senhoria que esta Impugnação seja prontamente apreciada e seu processamento seja de imediata deliberação.

Requer-se, por conseguinte, que este pleito seja julgado procedente, culminando na retificação do Edital em questão. Recomenda-se, adicionalmente, a republicação do Edital, isento do vício identificado, o que ensejaria a reabertura do prazo inicialmente estipulado, de acordo com o que preceitua o artigo 21, § 4º da Lei Federal nº 14.133/2021.

Termos em que
Pede deferimento

Teresina, 13 de outubro de
2023.

