

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PREGOEIRO DA PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO

A sociedade empresária ATV Energia - ME, ente de natureza privada, com sua sede fixada na cidade de Teresina, Estado do Piauí, localizada na Avenida Nossa Senhora de Fátima, nº 530, devidamente registrada no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica sob o número 32.667.048/000144, por intermédio de seu representante legal, o subscritor do presente instrumento, respeitosamente e em estrita observância ao preceito consagrado no artigo 164 da Lei Federal nº 14.133/2021, comparece tempestivamente para formular o presente pleito de impugnação concernente ao Edital do pregão nº 90004/2024 (processo nº 9558/2023), 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 de pregão eletrônico nº 90004/2024.

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 kilowat-pico, 6,5 kilowat-pico, 12,5 kilowat-pico e 24,5 kilowat-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 em Edital e seus anexos.

DA LEGALIDADE DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

Em virtude da submissão do presente Aviso de Convocação aos preceptivos consignados na Lei Federal nº 14.133/2021, bem como às demais normativas congruentes ao escopo em voga e, ademais, às cláusulas e requisitos especificados no próprio Aviso de Convocação e seus apêndices, impõe-se uma análise perscrutadora da fundamentação subjacente à demanda de impugnação do certame, em consonância com os ditames inscritos no artigo 164 da Lei nº 14.133, datada de 1º de abril de 2021, cujos contornos são delineados de forma subsequente:

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)

Diante da explicitação das vicissitudes, consoante registradas no presente pleito, enseja-se a fundamentação inerente à formalização desta postulação de impugnação ao certame de pregão eletrônico sob o número 90004/2024, perpetrado pela PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO.

TEMPESTIVIDADE

Em face do agendamento do certame licitatório para o dia 16 de janeiro de 2023, às 10 horas (horário de Brasília), nos termos consagrados no Edital, e considerando a fundamentação subjacente à instauração do pedido de impugnação do edital, em estrita consonância com as disposições normativas insculpidas no artigo 164 da Lei Federal nº 14.133, datada de 1º de abril de 2021, cumpre expor o seguinte:

*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 cenário, impera evidenciar que o presente pleito impugnatório ostenta oportunidade, visto ter sido protocolizado em estrita observância ao interstício temporal de três (3) dias úteis, considerando a data de desdobramento do certame licitatório.

DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

No dispositivo 8.5.4 do Edital do pregão eletrônico nº 90004/2024, delinea-se como requisito de habilitação econômico-financeira a necessidade de apresentação de um Patrimônio Líquido (PL) equivalente ou superior a 10% (dez por cento) do montante estimado para a contratação.

No tocante a esta temática, a Carta Magna de 1988 estatui as seguintes disposições pertinentes à demanda supracitada, conforme se descreve:

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)*

Acrescenta-se que o tema em apreço encontra positividade no artigo 69 da Lei Federal nº 14.133/2021, cujas disposições assim se delinham:

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

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

No tocante à imposição de patrimônio líquido mínimo como requisito para a habilitação, é imprescindível frisar que, no âmbito do Acórdão nº 1.321/2020-Plenário¹, os Eminentes Senhores Ministros do Tribunal de Contas da União deliberaram que:

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

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

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%2520NUMACORDAINT%2520desc/0

Sublinha-se que, mesmo após a instauração do pleito de reexame do supracitado Acórdão, a solicitação restou indeferida, conforme cristalizado no Acórdão nº 430/2021 - Plenário².

No tocante a esta temática, o ilustre auditor da Controladoria Geral da União, incumbido da área estratégica na Central de Compras do Governo Federal, Franklin Brasil, por meio de indagação consignada no ambiente do Gestgov³, ressalta, em sua obra "Fraudes em Licitação", que:

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

² Disponível em:

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

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)

Diante desse contexto, após uma meticolosa análise dos documentos disponíveis no endereço eletrônico do certame em comentário⁵, constata-se a inexistência de qualquer registro concernente a um estudo de mercado que respalde a imposição do requisito de Patrimônio Líquido (PL) igual ou superior a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação em pauta, nos termos do Edital do pregão eletrônico nº 90004/2024.

Mesmo após a escrutinação do Estudo Técnico Preliminar, que, em tese, deveria constituir o instrumento apto a subsidiar a fundamentação para a estipulação do aludido requisito, conforme preceitua a Instrução Normativa nº 58, de 8 de agosto de 2022, não se revelou possível encontrar a justificativa necessária para a imposição do Patrimônio Líquido (PL) no quantum estipulado, correspondente 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-comprovação-de-patrimônio-líquido-mínimo/9484/3>

⁵ Disponível em:

<https://cnetmobile.estaleiro.serpro.gov.br/comprasnet-web/public/compras/acompanhamento-compra?compra=9251290590004>
2024

Constata-se que a ausência de um estudo de mercado apropriado, o qual fundamentaria a condição de habilitação estipulada no Edital do pregão eletrônico nº 90004/2024, incide numa notável disparidade informacional em favor da PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO. Isso decorre do fato de que, no que concerne à parte ofertante, não se levou em consideração a atual conjuntura do mercado de energia renovável no Brasil. Tal omissão advém, em grande parte, da natureza do setor, caracterizado, hoje no Brasil, por figurar entre as dez nações com uma das maiores capacidades instaladas no mundo⁶, resultante da baixa barreira de entrada.

Destarte, do ponto de vista estatístico, a quantidade de empresas capazes de atender ao requisito de Patrimônio Líquido estipulado no item 8.5.4 do Edital, que demanda um mínimo de aproximadamente R\$ 793 mil, revela-se não significativa.

É imperioso salientar que a assimetria de informação configura uma circunstância na qual uma das partes envolvidas em uma transação econômica ou comercial detém um conhecimento substancialmente superior em relação à outra, gerando desequilíbrios e distorções no processo decisório. Essa disparidade informacional, no contexto presente, pode acarretar vantagens indevidas ou prejudiciais à parte menos esclarecida.

⁶Disponível em: <https://www.portalsolar.com.br/empresas-de-energia-solar-maiores-do-brasil>

No tocante à solicitação em apreço, consoante o Anuário Estatístico de Energia Elétrica (ano base 2022)⁷, confeccionado pela Empresa de Pesquisa Energética, constata-se que o consumo de energia elétrica pelo Poder Público no exercício de 2022 atingiu a expressiva cifra de 15.145 GWh, delineando a notável demanda desse ente governamental.

Nesse contexto, desponta a presença substancial de diversos intervenientes no mercado de fornecimento de energia elétrica solar, acompanhada de uma demanda relevante no seio do setor público nacional. Essa conjuntura propicia um ambiente econômico propenso à instauração de uma estrutura de mercado competitiva, consonante com os postulados consagrados por Pindyck e Rubinfeld⁸.

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

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

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

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

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

Por derradeiro, o perigo associado à restrição da competitividade em licitações públicas manifesta-se em situações nas quais a competição entre os licitantes é prejudicada ou limitada, frequentemente decorrente de práticas inapropriadas, formulação inadequada de normativas ou condições desencorajadoras à participação de empresas concorrentes. Este risco acarreta prejuízos ao processo de aquisições públicas por diversas razões:

1. **Aumento de Preços:** Na contingência de competição restrita, as empresas participantes podem carecer de incentivo para apresentar propostas mais competitivas, seja em termos de preço ou qualidade. Tal cenário pode resultar em custos mais elevados para os órgãos públicos, acarretando despesas superiores para a administração e, por extensão, para os contribuintes.

2. **Falta de Inovação:** A competição saudável fomenta a inovação, uma vez que as empresas buscam destacar-se com propostas mais aprimoradas e criativas para conquistar contratos. Quando a competição é limitada, o ímpeto para inovar reduz-se, prejudicando o desenvolvimento de soluções mais eficazes e inovadoras.

3. Qualidade e Prazos: A ausência de competição pode resultar em empresas que não se empenham em entregar produtos ou serviços de elevada qualidade nos prazos estabelecidos, uma vez que não enfrentam pressão competitiva para fazê-lo.

4. Possibilidade de Fraudes e Corrupção: Em um ambiente de menor competição, as oportunidades para práticas fraudulentas e corrupção podem aumentar, dado que as empresas podem sentir-se inclinadas a buscar contratos por meios ilícitos, cientes da escassez de concorrentes para denunciá-las.

5. Limitação das Opções: Restrições à competitividade também podem resultar na redução das opções disponíveis para a administração pública. A escassez de opções pode conduzir a decisões menos informadas e à seleção de fornecedores que possivelmente não sejam os mais adequados para satisfazer às necessidades da administração.

GARANTIA DE EXECUÇÃO CONTRATUAL

Primordialmente, insta salientar que o Edital objeto de escrutínio não impõe a obrigação de instituição de garantia para a execução contratual, alinhando-se, assim, aos preceitos consignados na Cláusula Décima Primeira da Minuta do Contrato, elencada no Anexo V do aludido instrumento convocatório.

No tocante ao disposto no item 16 do Termo de Referência, ressalta-se a justificativa subjacente à inexistência de tal imposição:

“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 interstício, no que concerne à primeira justificativa retrocitada, impera ressaltar que a presente contratação reveste-se de caráter eventual, dado ser um certame instaurado sob a égide do sistema de registro de preços. Nesse contexto, a obrigação de prestar garantia contratual apenas se concretiza no instante da efetiva celebração do Contrato Administrativo, momento em que a Contratante formaliza a Ata de Registro de Preços e converte a correlata demanda quantitativa no instrumento contratual. Nesse cenário, não se verifica qualquer onerosidade na aquisição da apólice em prol da Contratada anteriormente à formalização do contrato.

Quanto à segunda justificativa delineada no item 16 do Termo de Referência, a consideração de uma contratação cujo valor estimado ascende a 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, revela-se desprovida de aderência à realidade do mercado e ao montante do orçamento aprovado pela PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MARANHÃO.

Por meio de escrutínio metucioso dos registros consubstanciados no Portal da Transparência deste Órgão⁹, constata-se que, para o exercício de 2023, foram alocados recursos da ordem de 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, acrescidos de R\$ 25.173.000,00 (vinte e cinco milhões cento e setenta e três mil reais) provenientes do Fundo Especial do Ministério Público (FEMPE). Tal montante totaliza, em termos de dotação orçamentária, a cifra 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:

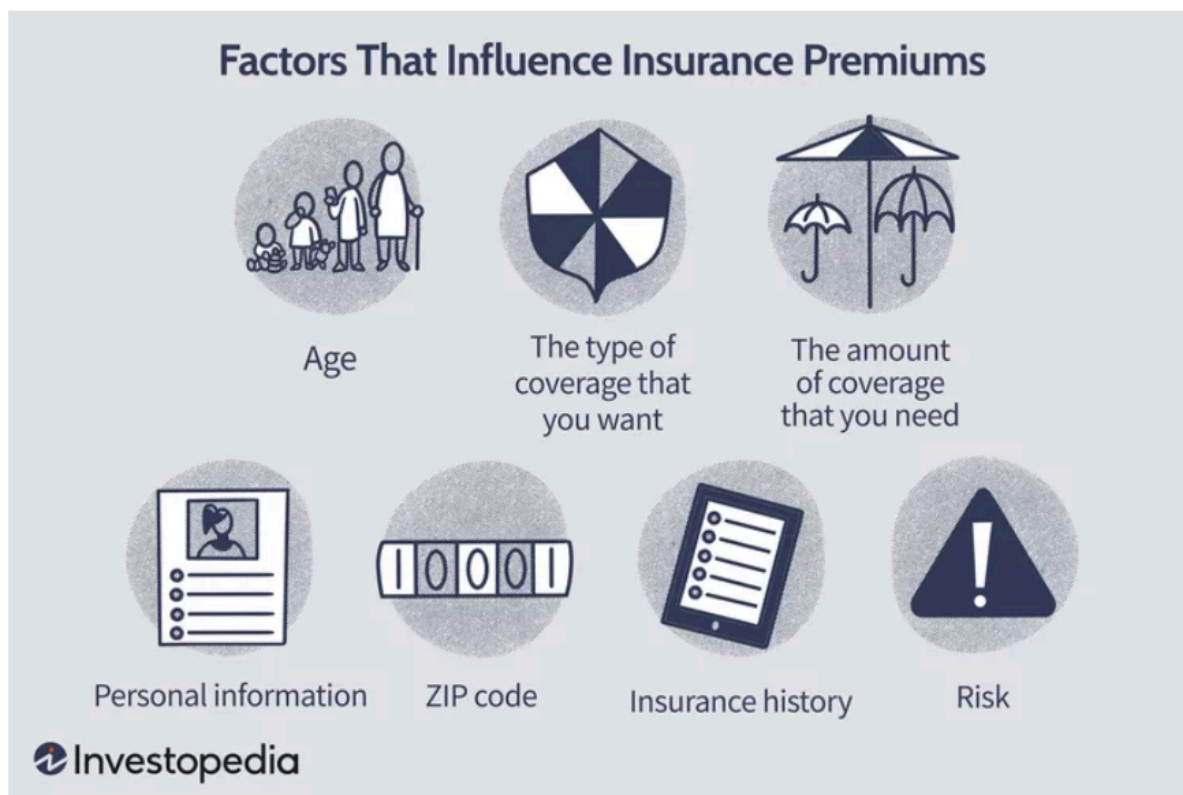
<https://www.mpma.mp.br/category/portal-da-transparencia/execucao-orcamentaria-e-financeira/?post=2568#result>

Deste modo, o montante estimado para a contratação em apreço representa uma módica fração de 1,28% do orçamento global alocado ao Contratante do certame em foco. Cumpre salientar que esse orçamento abrange diversas rubricas, incluindo despesas com pessoal, diárias e passagens, indenizações e compensações trabalhistas, além de obrigações previdenciárias, fatores que substancialmente ampliam a envergadura do conjunto orçamentário.

Assim sendo, diante da necessidade de alinhar a imposição de garantia contratual, nos termos do item 16 do Termo de Referência anexo ao Edital em análise, com o critério de risco reduzido inerente a um serviço de modestas proporções, é admissível inferir que, em uma contratação singular, quando se torna imperativo, conforme as vigentes disposições legais, a anexação de disponibilidade de dotação orçamentária em montante correspondente a aproximadamente 1% do orçamento do órgão, não há justificativa para a ausência da estipulação de garantia contratual em virtude do baixo risco inerente a serviços de pequeno porte, nos termos delineados no item 16 do Termo de Referência anexo ao Edital em questão. Nesse contexto, ressalta-se que a Lei Federal nº 14.133/21, em seu artigo 98, prevê a possibilidade de imposição de garantia vinculada ao Contrato Administrativo, conforme segue:

*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.***

Observa-se que o contrato de seguro envolve uma multiplicidade de variáveis a serem sopesadas durante a análise da apólice, a saber:¹⁰:



Investopédia / Ellen Lindner

Dessa forma, a seguradora realiza uma análise criteriosa de diversos elementos, a saber: as informações inerentes ao potencial segurado, os fatores conjunturais e a natureza intrínseca do risco associado à apólice. Nesse contexto, a avaliação do montante da apólice estará inextricavelmente vinculada às circunstâncias que circundam o licitante mais bem posicionado na Ata de Registro de Preços emanada do presente certame licitatório. Ademais, ressalta-se que o valor da apólice representa uma fração insignificante do valor total segurado.

Ressalte-se, outrossim, que é prática consolidada no mercado de seguros que as seguradoras compartilhem, em certa medida, o ônus do seguro estabelecido, notadamente ao celebrar um segundo contrato lastreado no contrato original, mediante a intervenção de uma empresa resseguradora.

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

Desse modo, o mencionado expediente busca ampliar a competitividade do certame, contrapondo-se à restrição que poderia advir da imposição de requisitos, tais como a demanda de um Patrimônio Líquido equivalente, no mínimo, a 10% do valor estimado da contratação. Esta exigência, caso implementada, resultaria na inviabilização da participação de uma parcela substancial das empresas atuantes no setor de energia solar no território brasileiro na presente licitação.

DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

Submete-se à apreciação a proposta de republicação do Edital de pregão eletrônico nº 90004/2024, com a supressão do item 8.5.4 e a introdução da exigência de apresentação de garantia contratual pelo licitante vencedor do certame.

Com o escopo de salvaguardar a integridade da competitividade no certame licitatório em curso, respeitosamente roga-se que esta Impugnação seja objeto de análise imediata, com pronta deliberação acerca de seu processamento.

Postula-se, por conseguinte, que o pleito em tela seja acolhido, resultando na emenda do Edital em apreço. Recomenda-se, adicionalmente, a subsequente republicação do mencionado Edital, isento do vício identificado, ocasionando, por corolário, a prorrogação do prazo originariamente estabelecido, conforme preceitua o artigo 21, § 4º da Lei Federal nº 14.133/2021.

Por conseguinte,

Pede deferimento.

Teresina, 10 de janeiro de 2024.