

**AO (À) ILMO(A) . AGENTE DE CONTRATAÇÃO DO MUNICÍPIO DE VARGEM
ALTA/ES**

PROCESSO ADMINISTRATIVO: 001449/2024

ROBERTA BRAVIN FABELO, brasileira, casada, advogada inscrita na OAB/ES n° 27.681, com endereço profissional na Rua 25 de Março, n° 146, Bairro Centro, Município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, vem, respeitosamente, à presença de V. Senhoria, com fulcro no artigo 164, da Lei Federal n° 14.133/2021, apresentar

IMPUGNAÇÃO

Com pedido de esclarecimentos

em face do Edital de **Pregão Eletrônico para Registro de Preço n° 014/2024**, cujo objeto é o **Registro de preço para eventual e futura aquisição de blocos de concreto (pavs) e meio fio, para atender as demandas da Secretaria Municipal Interior e Secretaria Municipal de Obras, Desenvolvimento e Serviços Urbanos**, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

1. DA TEMPESTIVIDADE

De acordo com o artigo 164 da Lei Federal 14.133/2021, fundamento do presente edital, decai em três dias úteis, antes do edital, o direito de impugnar o presente instrumento convocatório. Portanto, sendo a presente impugnação protocolada até o dia 06 de maio de 2024, até às 23h59, está será **TEMPESTIVA**.

1. DOS FATOS

Foi disponibilizado no sítio eletrônico do Município de Vargem Alta/ES o edital de Pregão Eletrônico n° 014/2024, cujo objeto, acima já discriminado, visa **AQUISIÇÃO DE BLOCOS DE CONCRETOS E MEIO FIO**.

No entanto, o edital é passível de impugnação, conforme os pontos que serão mais bem analisados a seguir.

Dito isto, no uso dos direitos conferidos no edital, através da Cláusula 2, a Impugnante vem apresentar seus argumentos visando à nulidade parcial do edital licitatório.

2. DAS RAZÕES PARA IMPUGNAÇÃO

2.1. APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES (LEI Nº 14.133/2021)

Registra-se, nesta oportunidade, os votos de admiração por esta municipalidade, pois, ao aplicar a nova legislação com tamanho esmero, demonstra que a Administração Pública está avançando junto à sociedade e na nova legislação.

Entretanto, precisamos mencionar que alguns critérios da nova legislação deixaram de ser exigidos da forma correta, comprometendo a legalidade que rege a atuação desta respeitável Administração Pública. Ainda assim, salientamos que a presente impugnação não se faz para rebater a atuação dessa Contratante, mas sim para colaborar, de modo que juntos possamos nos adaptar às mudanças advindas da Nova Lei de Licitações.

2.2. INTERPRETAÇÃO EQUIVOCADA DA LEGISLAÇÃO FEDERAL Nº 14.133/2021 – OBRIGATORIEDADE DA PUBLICAÇÃO NO PORTAL NACIONAL DE COMPRAS PÚBLICAS

Há um equívoco no edital ao dispor que todos os atos do certame serão publica

dos por meio da plataforma privada Portal de Compras Públicas que, como destacado, não é similar à obrigatoriedade que a Lei Federal nº 14.133/2021 dá para o Portal Nacional de Compras Públicas.

O art. 174, inc., I, da Lei Federal nº 14.133/2021 determina que a publicação deverá ser realizada no **Portal de Nacional de Contratações**, no seguinte endereço eletrônico: https://pncp.gov.br/app/editais?q=&status=recebendo_proposta&pagina=1.

Aliás, a nova lei é clara quanto à OBRIGATORIEDADE do uso desse portal para a publicação dos atos oficiais, não dando à Administração, a exceção da Administração Pública Indireta, margem de escolha:

Art. 174. É criado o **Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)**, sítio eletrônico oficial destinado à:

I - Divulgação centralizada e **obrigatória** dos atos exigidos por esta Lei;

A lei não traz uma discricionariedade na utilização do portal, ao contrário, deixa bastante expressa a sua **obrigatoriedade**.

Alusivo a isso, consta entendimento do Tribunal de Contas da União ratificando a utilização obrigatória do portal, senão vejamos: “superada a situação fática que ensejou a exceção instituída em caráter temporário por meio do Acórdão nº 2.458/2021, do Plenário, **deve-se afastar a aplicação daquele entendimento,**

visando a assegurar, conforme intenção do legislador, que o PNCP seja o repositório oficial de divulgação centralizada e obrigatória dos atos produzidos em sede das licitações e dos contratos administrativos". (TCU, Acórdão nº 1.731/2022, do Plenário, Rel. Min. Jorge Oliveira, j. em 27.07.2022, g.n.)”

Nestes termos, não há qualquer dúvida quanto à obrigatoriedade de sua implantação neste certame.

2.3. DAS EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Nos requisitos para participação do pregão, o edital traz algumas restrições. Vejamos:

- 4.4. **Não poderão participar desta licitação, direta ou indiretamente, ou participar do contrato dela decorrente, sob pena de recebimento das sanções previstas neste Edital:**
- 4.4.1. Pessoas físicas não empresárias;
- 4.4.2. Servidor ou dirigente da Prefeitura Municipal de Vargem Alta-ES;
- 4.4.3. O autor do Termo de Referência, Anexo I deste edital, pessoa física ou jurídica.
- 4.4.4. Empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, e 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;
- 4.4.5. Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, atuando nessa condição;
- 4.4.6. Pessoas jurídicas reunidas em consórcio
- 4.4.7. **As sociedades empresárias:**
 - 4.4.7.1. que não explorem ramo de atividade compatível com o objeto desta licitação;
 - 4.4.7.2. **que se encontrem sob falência, concordata, recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, dissolução ou liquidação;**

Entretanto, de acordo com a Súmula nº 003/2019 do Tribunal de Contas Estadual do Espírito Santo, é ilegal proibir a participação de empresas em recuperação judicial em licitações, desde que a empresa solicite uma certidão de instância judicial competente para comprovar a capacidade econômico-financeira da empresa em recuperação. Percebamos:

LICITAÇÃO – HABILITAÇÃO – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA – EMPRESA – RECUPERAÇÃO JUDICIAL

É ILEGAL VEDAR A PARTICIPAÇÃO, EM LICITAÇÃO, DE EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ENTRETANTO, DEVE SER EXIGIDA CERTIDÃO DA INSTÂNCIA JUDICIAL COMPETENTE ATESTANDO A CAPACIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO.

PUBLICAÇÃO: ACÓRDÃO TC 1315/2018, DOEL – TCEES 10.12.2018, SÚMULA Nº 003, DOEL – TCEES 18.03.2019.

Sendo assim, se faz necessária a alteração a fim de adequar o item de participação neste pregão.

2.4. DA NECESSIDADE DE DISPOR SOBRE O DESEMPATE NA ETAPA DE DISPUTA

O edital dispõe apenas sobre a previsão de empate para empresas ME/EPP, deixando de mencionar sobre a possibilidade de empate para as demais empresas.

O artigo 60 da Lei Federal nº 14.133/2021, dispõe sobre os critérios para desempate em casos de empate entre duas ou mais propostas:

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; (Vide Decreto nº 11.430, de 2023)

Vigência

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - empresas brasileiras;

III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

Dessa forma, é necessária a modificação no edital, para incluir os critérios de desempate elencados no artigo acima, para as demais empresas, além das ME e EPP.

2.5. NECESSIDADE DE PREVER NO EDITAL A REGRA QUE LIMITA A UTILIZAÇÃO DO BENEFÍCIO DE MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE.

A Nova Lei de Licitações introduziu novas regras para a aplicação dos benefícios presentes na Lei Complementar nº 123/2006 aos certames públicos, em que é possível a sua utilização, notadamente ao **fixar a limitação às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública, cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte (Art. 4ª da Lei Federal nº 14.133/2021).**

Não identificamos essa limitação expressa neste certame e acreditamos que é um critério que deve ser pactuado no

instrumento convocatório. **Em respeito à LEGALIDADE, todas as previsões que contrariam a Lei Federal nº 14.133/2021 devem ser retificadas.**

2.6. NÃO ADEQUAÇÃO COM A ALTERAÇÃO OCORRIDA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES - NOVA MODALIDADE DE GARANTIA

Tornou-se corriqueiro os atuais editais se esquecerem da alteração ocorrida na nova lei, por meio da Lei Federal nº 14.770/2023, **que instituiu como uma das modalidades de garantia o título de capitalização**, conforme visto no artigo 96, §1º, inc. IV.

Art. 96. A critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

(...)

IV - título de capitalização custeado por pagamento único, com resgate pelo valor total.

Infelizmente, no presente edital não foi diferente, vez que as Cláusulas 18 do edital 10 da minuta do contrato foram omissas quanto a esta possibilidade.

Sendo assim, considerando a necessidade de adequar o edital às inovações já publicadas na Lei Federal nº 14.133/2021, **imperiosa a correção das cláusulas mencionadas.**

2.7. DA GARANTIA ADICIONAL

O edital exigiu garantia adicional do licitante vencedor, cuja proposta seja inferior à 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração. Observemos:

18 DA GARANTIA

- 18.1 Antes da assinatura do contrato e no prazo mínimo de 01 (um) mês após a homologação, o adjudicado deverá apresentar garantia contratual no valor de 5% (cinco por cento) do valor do contrato, que será liberada de acordo com as condições previstas neste Edital, podendo ser apresentado:
- I - Caução em dinheiro, com apresentação de cópia autenticada do comprovante de recolhimento emitido pela instituição bancária em depósito identificado realizado na Conta Corrente 22.596.837, Agência: 0187, Banestes;
 - II - Caução em título da dívida pública, emitido pela forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;
 - III - Seguro-garantia; ou
 - IV - Fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.
- 18.2 A garantia assegurará, qualquer que seja a modalidade escolhida, o pagamento de:
- 18.2.1 prejuízos advindos do não cumprimento do objeto do contrato;
 - 18.2.2 prejuízos diretos causados à Administração decorrentes de culpa ou dolo durante a execução do contrato;
 - 18.2.3 multas moratórias e punitivas aplicadas pela Administração à contratada; e
 - 18.2.4 obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza, não adimplidas pela contratada, quando couber.
- 18.3 A modalidade seguro-garantia somente será aceita se contemplar todos os eventos indicados no item anterior, observada a legislação que rege a matéria.
- 18.4 No caso de alteração do valor do contrato, ou prorrogação de sua vigência, a garantia deverá ser ajustada à nova situação ou renovada, seguindo os mesmos parâmetros utilizados quando da contratação.
- 18.5 Será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com a Lei.**

Ocorre que, essa previsão se aplica apenas a serviços obras e engenharia, conforme dispõe o artigo 59, § 5º da Lei Federal 14.133/2021:

Art. 59 (...)

§ 5º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com esta Lei.

O objeto da contratação é aquisição de blocos de concreto e meio fio, ou seja, fornecimento de bens, sendo assim, essa previsão não se aplica a este edital. Portanto, requer que seja feita a exclusão do item 18.5, no qual exige a garantia adicional.

2.8. PREVISÃO DE INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE EXTRAPOLA A PREVISÃO LEGAL

Antes de entrar no mérito da ilegalidade, gostaríamos de iniciar nossa fundamentação trazendo à baila o princípio que deve prioritariamente reger os atos dessa respeitável Administração Pública, sendo ele o **princípio da legalidade**, no

qual é aplicável a ela e decorre diretamente do artigo 37, caput, da Constituição Federal, responsável por determinar que a atuação administrativa somente quando houver **previsão legal**. Por esse motivo, ele costuma ser chamado de princípio de estrita legalidade.

Nesse contexto, a Administração deve se limitar aos ditames da lei, não podendo por simples ato administrativo, conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações, tão pouco acrescentar infrações que não estão expressamente descritas em lei. Para tanto, depende de prévia edição legal.

Pois bem, ao realizar a leitura atenta dos dispositivos previstos no edital, encontramos uma previsão de infração que extrapola o que foi determinado no teor da **Lei Federal nº 14.133/2021**. Vejamos:

19 DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS E SANÇÕES:

19.1 Comete infração administrativa, nos termos da lei, o licitante que, com dolo ou culpa:

19.1.1 **deixar de entregar a documentação exigida para o certame ou não entregar qualquer documento que tenha sido solicitado pelo/a pregoeiro/a durante o certame;**

19.1.2 Salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado, não mantiver a proposta em especial quando:

19.1.2.1 não enviar a proposta adequada ao último lance ofertado ou após a negociação;

19.1.2.2 recusar-se a enviar o detalhamento da proposta quando exigível;

19.1.2.3 pedir para ser desclassificado quando encerrada a etapa competitiva; ou

19.1.2.4 deixar de apresentar amostra;

Com base na legalidade, vejamos agora, o que realmente cabe à Administração considerar como infração neste certame são:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

I - dar causa à inexecução parcial do contrato;

II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;

III - dar causa à inexecução total do contrato;

IV - **deixar de entregar a documentação exigida para o certame;**

V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;

VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;

- VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;
- VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;
- IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;
- X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;
- XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;
- XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Ou seja, a legalidade prevê que é considerado como infração deixar de apresentar documento exigido para o certame. Tão somente isso.

No edital, verificamos que o r. Pregoeiro a previsão legal para incluir a possibilidade de ser considerado infração o ato de deixar de apresentar QUALQUER documento que tenha sido solicitado pelo agente de contratação durante o certame.

Pois bem, o princípio da legalidade exige, para evitar situações como esta, que não seja qualquer documento que o agente de contratação pode exigir em um processo licitatório, somente aqueles previstos em lei e no instrumento convocatório para cumprir as exigências do procedimento.

Logo, se só é legal exigir os documentos previstos em lei para as licitações públicas, só poderá ser considerado como infração o ato de deixar de apresentar os documentos que guardam compatibilidade e foram exigidos para o certame, conforme diz o texto de lei.

Ao acrescentar nova previsão de infração, essa administração ultrapassou sua competência constitucional. Diante disso, acreditamos que o instrumento convocatório deve apenas prever como infração aquilo que a legalidade permite, nem mais e nem menos.

2.9. APLICAÇÃO DE MULTA – AUSÊNCIA DE PARÂMETROS OBJETIVOS

No instrumento convocatório, ao tratar das possíveis penalidades que poderão ser aplicadas ao contratado/licitante temos as seguintes previsões:

19.4 A multa será recolhida em percentual de 0,5% a 30% incidente sobre o valor do contrato licitado, recolhida no prazo máximo de **15 (quinze) dias** úteis, a contar da comunicação oficial.

Conforme podemos observar na breve leitura, o instrumento convocatório limitou-se a repetir o texto de lei, ou seja, a previsão do art. 156 da Lei Federal nº 14.133/2021, entretanto, mesmo que a legalidade dê os parâmetros gerais para a aplicação da multa, cabe a essa Administração Pública estabelecer no

edital os CRITÉRIOS para aplicação do percentual de multa de 0,5% a 30%.

Deixar esses critérios em aberto traz uma subjetividade que a teleologia do art. 156 da Lei Federal nº 14.133/2021 veda. Como a licitante vai pactuar com termos que não foram expressamente definidos? Quando será aplicado 30% de multa? Em faltas gravíssimas? Quais são? Quando será aplicado multa de 0,5%? Em faltas leves? Quais são?

Veja o que diz a Lei Federal nº 14.133/2021:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

(...)

§ 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, **calculada na forma do edital ou do contrato**, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei.

Conforme dito no destaque realizado no dispositivo legal supracitado, é necessário que o edital estabeleça desde já as regras do jogo, para que, futuramente a licitante não seja surpreendida por previsões que não foram claramente delimitadas do edital pactuado.

A lei manda na forma do edital ou do contrato, assim, a mera menção de que a multa aplicada terá dosimetria entre 0,5% e 30% não é critério objetivo do edital, em razão da disparidade entre os percentuais, além de causar subjetivismo e insegurança jurídica.

Ante o exposto, carece de retificação o presente instrumento convocatório.

3. DOS ESCLARECIMENTOS

3.1. DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO

O edital dispõe alguns requisitos para participação no pregão. Observe:

4. DA PARTICIPAÇÃO NO PREGÃO

4.1. Poderão participar da licitação as empresas interessadas pertencentes ao ramo de atividade relacionado e que estejam com Credenciamento regular no **PORTAL DE COMPRAS PÚBLICAS**

4.2. Será concedido tratamento favorecido para as microempresas e empresas de pequeno porte, para as sociedades cooperativas mencionadas no **art.16 da Lei nº 14.133, de2021**, para o agricultor familiar, o

produtor rural pessoa física e para o microempreendedor individual - MEI, nos limites previstos da Lei Complementar nº 123, de 2006.

4.3. Não poderão participar desta licitação os interessados:

4.3.1. Proibidos de participar de licitações e celebrar contratos administrativos, na forma da legislação vigente;

4.3.2. Que não atendam às condições deste Edital e seu(s) anexo(s);

4.3.3. Estrangeiros que não tenham representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente;

4.3.4. Que se enquadrem nas vedações previstas nos artigos 9º e 14 da Lei nº 14.133/2021;

4.3.5. Que estejam sob falência, concurso de credores, concordata ou em processo de dissolução ou liquidação;

4.3.6. **Que não estejam cadastradas ou que estiverem com seus cadastramentos vencidos, também poderão participar da licitação, desde que atendidas as exigências do item 09, deste edital.**

O item 4.3.6., traz a possibilidade das empresas participarem mesmo não estando cadastradas. Entretanto, não ficou claro qual cadastro que seria esse.

Solicitamos que seja esclarecido, por essa administração pública, de forma clara, qual seria o cadastro mencionado no item 4.3.6. do edital.

4. CONCLUSÃO

Isto posto, encaminho a presente Impugnação com pedido de esclarecimentos para **visar a alteração e nulidade parcial do edital nas cláusulas apontadas.**

Nestes termos, pede deferimento.

Cachoeiro de Itapemirim/ES, 08 de maio de 2024.

**ROBERTA
BRAVIN FABELO**

Assinado de forma digital por
ROBERTA BRAVIN FABELO
Dados: 2024.05.09 08:00:42
-03'00'

**ROBERTA BRAVIN FABELO
OAB/ES nº 27.681**



ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL
CONSELHO SECCIONAL DO ESPIRITO SANTO
IDENTIDADE DE ADVOGADA

NOME
ROBERTA BRAVIN FABELO

INSCRIÇÃO
27681

FILIAÇÃO
ROBERTO CARLOS FABELO
MARIA BERNADETE BRAVIN

NATURALIDADE
CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM-ES

RG
3210884 - SPTC

DOADOR DE ÓRGÃOS E TECIDOS
SIM

DATA DE NASCIMENTO
24/11/1993

CPF

144.025.957-70

VIA EXPEDIDO EM
01 20/03/2017




HOMERO JUNGER MAFRA
PRESIDENTE

TEM FÉ PÚBLICA EM TODO O TERRITÓRIO NACIONAL 13909793

USO OBRIGATORIO
IDENTIDADE CIVIL PARA TODOS OS FINS LEGAIS
(Art. 13 da Lei nº 8.906/94)



ASSINATURA DO PORTADOR

OBSERVAÇÕES

