



CONSULTING. TECHNOLOGY. OUTSOURCING

ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO,
ORÇAMENTO E GESTÃO.

PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇOS Nº 02/2014

CPM BRAXIS S/A "Capgemini"., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 65.599.953/0001-63, com sede na Alameda Araguaia, 1930, Alphaville, Barueri/SP, por seu representante legal abaixo assinado, vem tempestiva e respeitosamente, com base no § 2º do art. 41 da Lei nº 8.666, de 21/6/1993, **IMPUGNAR** o Edital supracitado, expondo para tanto os fatos e fundamentos a seguir aduzidos:

I – PREAMBULO NECESSÁRIO

Importante aludir, na forma da Carta Magna que enumera e limita os poderes e funções de entidades políticas públicas, junto a Lei de Licitação n.º 8.666/93 que regulamenta normas de licitações e contratos da Administração Pública, o qual se acha estritamente vinculada, a observância dos princípios constitucionais estampados no art. 37 "caput" da Constituição Federal quer seja, "de **LEGALIDADE, IMPESSOALIDADE, MORALIDADE, publicidade e eficiência**".

In casu, em atendimento aos Princípios constitucionais, há, sempre, que se observar o princípio da *legalidade dos atos da Administração Pública*, uma vez que o administrador não pode prevalecer segundo sua vontade pessoal, desta forma, a sua atuação tem que ser seguida segundo o que a Lei determinar. Essa limitação assegura aos indivíduos abusos de conduta e desvios de objetivos.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be the initials "AD" followed by a long horizontal stroke.

Desta forma, será demonstrado a desproporcionalidade imposta no presente Edital, agasalhado e transparecido pelo que a Lei determina e seus critérios permissivos, seguindo os passos dos mandamentos legais.

1. DAS RAZÕES E DO DIREITO

1.1 – DO ITEM 3.3 SUBITEM 3.3.5 DO EDITAL – DA PARTICIPAÇÃO

O instrumento convocatório, objeto da presente Impugnação, traz, no seu escopo, dispositivos que frustram tal procedimento ante as dificuldades observadas para participar de forma competitiva do certame. Ora, mais do que a disciplina prevê na Lei nº 8.666/93, princípios regentes específicos no âmbito das licitações públicas, que se caracterizam em autênticas referências da atuação administrativa.

A ideia que está por trás dos negócios de interesse da Administração Pública, esta de um lado na busca da melhor transação e, de outro, na permissão da participação do maior número de interessados nos procedimentos licitatórios, em igualdade de condições, facilitando, assim, a seleção da melhor proposta.

Contudo, as exigências contidas no presente certame não permitem que Administração Pública atenda a esta finalidade, inviabilizando a participação de um maior número de concorrentes.

O sobredito item 3.3.5 do Edital, estabelece que não será admitida a participação de licitantes **que estejam reunidas em consórcio, sejam controladoras, coligadas ou Subsidiárias entre si**. 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.



Nesta tese, cumpre elucidar algumas questões referentes ao mercado de desenvolvimento de programas espaciais. É cediço que no âmbito da oferta de serviços de desenvolvimento de programas espaciais verifica-se a escassez de competitividade, predominando no mercado poucas empresas. Tal fenômeno caracteriza-se pela própria natureza do mercado em questão, ora a entrada de empresas que exploram tal serviço é restrita, haja vista a necessidade de grande aporte de capitais, instalação de infraestruturas e dentre outros fatores que impedem a existência de um número razoável de empresas disponíveis para prestar o referido serviço.

Ora, o objeto de licitação não se trata de venda de cartucho ou toner, malgrado, resulta-se nada menos no desenvolvimento das tecnologias de veículos lançadores, de produção de satélites e a criação dos serviços a eles relacionados em benefício do desenvolvimento econômico e social brasileiro!

Assim, o objeto abrange o fornecimento de imagens por satélites sendo o uso de imagens de alta resolução na produção de ortoimagens obtidas por meio de fotografias aéreas, logo, a ortoimagem é obtida a partir da ortorretificação, que consiste na correção da imagem devido às diversas distorções, especialmente as causadas pela posição do satélite, pela superfície física da Terra (relevo e curvatura) e pela projeção cartográfica e serviços relacionados.

É de se espantar que a Administração, no uso das suas atribuições, ignora a complexidade do projeto, a considerar que a contratação são bens e serviços comuns! Senhores, pelo amor ao bom Direito! As particularidades do mercado e da economia global exterioriza que a prestação dos serviços por empresas isoladas NÃO é suficiente, existe uma real necessidade da atuação em conjunto para a consecução do objeto da licitação.

Dignos Senhores, pode afirmar com convicção que as restrições de participação de empresas nas licitações devem ser, mais que em outros casos, muito bem justificadas e necessárias. Isto porque, em obediência aos princípios da competitividade e isonomia, apenas se podem admitir as restrições objetivas e legítimas.

Nesse sentido, não pode prosperar a imposição editalícia de impedimento de participação de empresas em regime de consórcio. Tal determinação fulmina diretamente a competitividade do certame por não existir grande número de empresas qualificadas para prestação do serviço licitado e pela própria complexidade do objeto licitado. Ademais, verifica-se que o próprio artigo 33 da Lei n.º 8666/93 permite expressamente a participação de empresas em consórcio.

Não é outra a prescrição que se extrai do art. 3º, *caput*, combinado com o inciso I, do seu § 1º, da Lei de Licitações. O dispositivo veda aos agentes públicos: admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.

Nesta linha, é sabido dizer, que o princípio da isonomia, com matriz constitucional no art. 37 e insculpido no *caput* do art. 3º da Carta Licitatória, é o principal fio condutor para a **obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração, finalidade última da licitação**. O mandamento legal impregna todo o sistema legal, de forma que as demais normas devem ser interpretadas e aplicadas sob seu foco. Ferir tal princípio seria fazer desabar toda a Lei 8.666/93.

A idéia que está por trás dos negócios de interesse da Administração Pública, plasma-se, de um lado, na busca da melhor transação e, de outro, na permissão da participação do maior número de interessados nos procedimentos licitatórios, facilitando, assim, a seleção da melhor proposta.

Corroborando tal entendimento, verifica-se a primorosa lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, [Curso de Direito Administrativo, 18º Ed., 2005], ensina sobre a permissão de consórcio na licitação, senão vejamos:

114. O Consórcio não é uma pessoa jurídica, mas associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para a execução do objeto a ser licitado. Tem lugar quando o vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seria dificultoso para as pessoas isoladamente consideradas.

A legislação abre possibilidade de que as concorrências, desde que o edital o admita, sejam disputadas por interessados reunidos sob o compromisso de se constituírem em consórcio e de registrarem-no, caso venham a vencer o certame (art. 33, I, c/c §2º). [Grifamos]

Ainda, o doutrinador Marçal Justen Filho [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. Ed., 2010], leciona o seguinte:

**Mas o consórcio também pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é via adequada para propiciar ampliação do universo de licitantes. É usual que a Administração Pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais exigidas para a licitação. [grifamos]*

Dessa forma, vê-se que mesmo sendo discricionariedade da Administração a permissão ou não de consórcio de empresas, sua restrição deve ser devidamente fundamentada e deve curvar-se sempre as condições do mercado e do objeto licitado, de forma que seja garantida a ampla competitividade.

De sorte, o entendimento doutrinário quanto jurisprudencial, que a permissão de consórcios nas licitações tem duas faces, podendo gerar ou restringir a competitividade. Não obstante, conforme se demonstrou acima, a formação de consórcios é medida válida e necessária, que irá beneficiar a Administração com o aumento da participação de empresas na licitação, aumentando a competição entre elas e reduzindo, inevitavelmente, o preço final da contratação.

Senhores, faz mister dizer, que no âmbito dos contratos administrativos, as empresas consorciadas têm responsabilidade solidária na prestação dos serviços. Assim, a discricionariedade do

Administrador em permitir ou não a participação de empresas em consórcio, deve se ater, tão somente, ao fim de ampliação da competição no certame.

O risco de se permitir a formação de consórcio acha-se em reunir, em um só licitante, dois potenciais concorrentes, o que diminuiria a competição no certame. Neste caso, o alcance da dupla finalidade da licitação estaria prejudicado.

Dessa forma, a vedação à participação de empresas em consórcio visa proteger a concorrência, que de forma saudável, traz ganhos para a Administração.

No caso em tela, porém, encontra-se o oposto. A impossibilidade da participação no certame de empresas em consórcio, macula o processo com vício insanável.

O objeto licitado é amplo e complexo, além de ser necessário para sua execução alocação de equipe multidisciplinar com competências distintas e não necessariamente ligadas entre si.

Empresas que prestariam parte dos serviços licitados com excelência, não conseguiriam, isoladamente, atender as exigências editalícias.

A manutenção do edital com restrição à participação de consórcios, ao certo, limitará a competitividade do certame, tendo em vista que a maioria das empresas, isoladamente, não será capaz de concorrer.

Assim, uma ou duas empresas um projeto orçado no valor de R\$ 82.796.415,72 (oitenta e dois milhões, setecentos e noventa e seis mil, quatrocentos e quinze reais e setenta e dois centavos). É certo afirmar, ainda, que a ausência de competição não trará economia para a Administração.

Outrora, a exiguidade de prazo para elaboração das propostas, atendimento aos critérios de habilitação e as obrigações editalícias contratuais de execução e fornecimento num processo que tem como premissa atividade na área espacial com rastreamento de imagens por Km², resulta no entendimento claro e com pouco esforço, que trata sobremaneira de um projeto de ampla magnitude

e complexidade, visto a obviedade da constituição de consórcio, a fim de garantir a proposta mais vantajosa, que, de tal importância, pode-se citar o princípio da economicidade, que encontra-se alicerce no art. 70, caput, e art. 71 da CF, o qual visa estabelecer a solução mais adequada economicamente na gestão da coisa pública, não só com a legalidade dos atos de despesa, mas com a própria legitimidade e economicidade dos negócios jurídicos.

A propósito, o Tribunal de Contas da União, julgando Representação, Processo n.º 020.391/2003-3, Acórdão 310/2004 – Plenário, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, decidiu da seguinte forma:

REPRESENTAÇÃO FORMULADA POR LICITANTE. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES PRATICADAS PELA EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO. LICITAÇÃO. EDITAL COM RESTRIÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. LICITAÇÃO REVOGADA. CONHECIMENTO. REPRESENTAÇÃO PREJUDICADA ANTE A PERDA DE OBJETO. DETERMINAÇÃO. ARQUIVAMENTO.

Relatório do Ministro Relator

(...)

1.3. Após análise preliminar, objeto da instrução de fls. 138/144, foram identificados indícios de que as exigências contidas no edital em comento poderiam ter restringido a participação de empresas interessadas. Verificou-se, inicialmente, que a empresa que viesse a ser contratada necessitaria de equipe multidisciplinar para o atendimento das exigências, em áreas tão díspares como assistência social e engenharia.

(...)

2.6. Dada a multiplicidade de áreas de atuação em que a possível vencedora do certame deveria atuar, bem como a complexidade do objeto, e levando-se em conta que apenas uma empresa apresentou proposta, num universo potencial de vinte e uma que retiraram o edital, consideramos que a proibição injustificada à participação de consórcios restringiu a competição na concorrência patrocinada pela Infraero. Assim procedendo, os responsáveis pelo certame deixaram de atender ao princípio da ampla concorrência, e, por frustrarem

o caráter competitivo da licitação, infringiram o inciso I, do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93.

2.7. No caso concreto aqui analisado, vê-se que, sustentando-se na prerrogativa dada ao gestor quanto à decisão de permitir ou não a participação de consórcios em certame licitatório, afrontou-se princípio basilar da licitação. Nesse sentido, ensina o Professor Marçal Justen Filho: Os dispositivos restantes, acerca da licitação, desdobram os princípios do art. 3º, que funciona como norteador do trabalho hermenêutico e de aplicação da Lei das licitações. Nenhuma solução, em caso algum, será sustentável quando colidente com o art. 3º. Havendo dúvida sobre o caminho a adotar ou a opção a preferir, o intérprete deverá recorrer a esse dispositivo. Dentre diversas soluções possíveis, deverão ser rejeitadas as incompatíveis com os princípios do art. 3º (in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, 5ª edição, fls. 54). Pelo motivo exposto, somos favoráveis a que seja chamado em audiência os responsáveis pela concorrência em análise.

(...)

2.21. Sobre a afirmação da Assessoria Jurídica da Infraero quanto à faculdade de parcelar o objeto, contida no § 1º, do art. 23, da Lei nº 8.666/93, permitimo-nos discordar dessa interpretação da lei, alinhando-nos à análise proferida no relatório que fundamentou o Acórdão TCU nº 1.331/2003: A leitura atenta do próprio dispositivo legal transcrito pelo responsável (art. 23, §1º, da Lei nº 8.666/93) na parte inicial de sua primeira e segunda intervenções revela que é objetivo da norma tornar obrigatório o parcelamento do objeto quando isso se configurar técnica e economicamente viável. O dispositivo dá um caráter impositivo ao parcelamento na medida em que traz uma obrigação para o administrador público por meio da expressão "...serão divididas..." (fls. 381) (grifo nosso).

2.22. Este Tribunal tem entendimento firmado de que o parcelamento de objeto de natureza divisível é obrigatória, conforme Decisão TCU nº 393/1994 (TC 007.759/1994-0):

O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

1. (...)

2. firmar o entendimento, de que, em decorrência do disposto no art. 3º, § 1º, inciso I; art. 8º, § 1º e artigo 15, inciso IV, todos da Lei nº 8.666/93, é obrigatória a admissão, nas licitações para a contratação de obras, serviços e compras, e para alienações, onde o objeto for de natureza divisível, sem prejuízo do conjunto ou complexo, da adjudicação por itens e não pelo preço global, com vistas a propiciar a ampla participação dos licitantes que, embora não dispondo de capacidade para a execução, fornecimento ou aquisição da totalidade do objeto, possam, contudo, fazê-lo com referência a itens ou unidades autônomas, devendo as exigências de habilitação adequarem-se a essa divisibilidade; (...)

2.23. No Acórdão TCU nº 1.424/2003 (TC 007.444/2001-7), esta Corte de Contas, acolhendo o Voto do Relator, Exmo. Sr. Ministro Marcos Vinícios Vilaça, considerou que a contratante deveria demonstrar a impossibilidade de parcelamento do objeto, caso optasse pela licitação única.

(...)

IV - Conclusão

4.1. Dos esclarecimentos prestados pela Infraero, em sua resposta à diligência, e do posicionamento da empresa Diagonal Urbana Ltda., concluímos que:

4.1.1. a proibição à participação de empresas em consórcio frustrou o caráter competitivo da concorrência, considerando que se tratava de objeto único com atividades díspares, em que a exigência de atendimento por uma única licitante mostrou-se excessiva, afrontando o inciso I, do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93;

4.1.2. seria possível o parcelamento do objeto, em face das diferentes etapas que o compõem. A Infraero não conseguiu demonstrar em suas alegações as razões da licitação única havida;

(...)

Voto do Ministro Relator

(...)

Ante a diversidade dos serviços contratados, não seriam razoáveis a proibição de participação de consórcios (item 4.2, alínea "a", do edital) e a exigência de uma única empresa possuir experiência em tantas atividades.

(...)

Acórdão

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de Representação contra concorrência 18/SRGR/SBKP/2003, patrocinada pela Empresa Brasileira de Infra-estrutura Aeroportuária - Infraero, por meio de sua Superintendência Regional do Sudeste, com sede em Guarulhos/SP,

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento nos artigos 1º, inciso II, da Lei 8.443/92, art. 237, VII, do Regimento Interno, e art. 113, § 1º da Lei 8.666/93, em:

9.1. conhecer da representação para, no mérito, considerá-la prejudicada, em razão da revogação da concorrência;

9.2. determinar à Infraero que, a fim de conferir a máxima competição às licitações, admita a participação de consórcios sempre que a amplitude do objeto ou a diversidade de elementos que compõem o objeto evidenciem a dificuldade de o objeto ser implementado por uma única empresa; (...)

**No entender da Unidade Técnica, não obstante constituir faculdade da Administração permitir ou não a participação de empresas em consórcio nas aludidas convocações, no presente caso, a vedação teria ocorrido sem a adequada motivação, o que teria inviabilizado a participação de mais licitantes, em prejuízo do princípio da ampla competição.* (Acórdão 59/2006 - Plenário) [grifamos]*

**Não prospera também o argumento de que a possibilidade de formação de consórcio no Edital afastaria eventual restrição à competitividade da licitação. 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.º 1.591/2005, Plenário, rel. Ministro Guilherme Palmeira) [grifamos]*

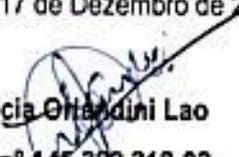
Ante todo o exposto e dada a meridiana clareza, de forma a possibilitar e garantir a participação de um maior número de empresas no certame, garantindo a sua ampla competitividade e a busca pela proposta mais vantajosa à Administração Pública, requer a exclusão do item 3.3.5 do Edital, para que seja permitida a participação em consórcio, nos termos do art. 33 da Lei n.º 8.666/93.

DO PEDIDO

Pelas razões acima elencadas e fundamentadas nos dispositivos previstos na Lei 8666/93 e na Carta Magna, **REQUER** a Impugnante que V. Sa. se digne a acatar o pedido de impugnação, **ALTERANDO O EDITAL NA FORMA PROPOSTA**, sob pena de o certame, se levado a termo nas condições originais, e estando maculado de vícios, vir a ser objeto de anulação por meio das vias competentes. Para efeito de Justiça!

Termo em que,
Pede deferimento.

Brasília/SP, 17 de Dezembro de 2014.



Patricia Orlando Lao
CPF nº 145.389.318-02
CPM BRAXIS S/A