

**ILMO. SR. PRESIDENTE DA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO
(CPL) DA PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SABARÁ**

PREGÃO PRESENCIAL NÚMERO N° 067/2018

**TIPO: MAIOR PERCENTUAL DE DESCONTO SOBRE A TABELA
CMED/ANVISA**

Cláudio Ribeiro Figueiredo, advogado, brasileiro, divorciado, OAB 132.291, endereço na Rua Santa Catarina, 990, Bairro Boa Vita, Sete Lagoas, MG com email figueiredoc@globo.com, vem, por meio deste fazer comunicação de fato superveniente do Edital do **PREGÃO PRESENCIAL NÚMERO 067/2018**.

DESCUMPRIMENTO A LEI QUANTO A FORMA DE PUBLICAÇÃO

As alterações do edital de licitação, mesmo as mais singelas, que não impliquem em nova divulgação, estão disciplinadas no § 4º do artigo 21 da Lei 8.666/1993, da seguinte forma:

§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

De pronto, deve ficar claro que este dispositivo legal transcrito, apesar de estar insculpido na Lei 8.666/1993, é aplicável, tanto para as modalidades tradicionais (concorrência, tomada de preços e convite), quanto para o pregão, visto que esse tema não foi tratado na Lei 10.520/2002, que institui o pregão (a mesma regra aparece no artigo 20 do Decreto 5.450/2005 que regulamenta o pregão eletrônico no âmbito da União), portanto aplica-se subsidiariamente, nesse caso específico, a regra estabelecida da lei geral de licitações, como ordena o artigo 12 da própria Lei 10.520/2002.

A aplicação da regra do artigo 21, § 4º, da Lei 8.666/1993 nos pregões é entendimento firme, como se verifica no Acórdão n° 1.914/2009 - TCU - Plenário, Relator Ministro Marcos Bemquerer:

24. De ressaltar que o dispositivo mencionado no item precedente segue regra já insculpida no art. 21, § 4º, da Lei n. 8.666/1993 (norma aplicável subsidiariamente às licitações na modalidade pregão, conforme o art. 9º da Lei n. 10.520/2002).

Em que pese a curta redação utilizada pelo legislador para regular as alterações do edital, o texto merece cuidado em especial quanto a três aspectos: (a) como deve se dar a divulgação da modificação; (b) qual o novo prazo de divulgação da alteração; e (c) em quais situações se aplica a exceção prevista.

A Prefeitura Municipal de Sabará recebeu impugnação tempestiva, avaliou e acatou, motivando assim, o adiamento do Pregão que teria sua sessão pública a se realizar no dia 08/05/2019, para o dia 21/05/2019.

Destarte, ao realizar referida alteração, a Administração feriu frontalmente a lei de licitações, ao não realizar a republicação do edital, como determinado pelo diploma legal.

DA VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DOS CONSÓRCIOS

No item 4.2.3. consta que é vedado a participação de empresas "Em consórcio ou grupo de empresas nacionais ou estrangeiras com subcontratação ou formas assemelhadas;"

De acordo com a Lei nº 6.404/76, consórcio é a associação temporária entre empresas, sem personalidade jurídica própria, para a execução de determinado empreendimento.

A legislação que institui o pregão nada dispõe acerca da participação dessas associações nas licitações processadas pela modalidade, nem disciplina a questão da sua habilitação. Todavia, a ausência de norma explícita não pode ser interpretada como vedação ou mesmo obstar tal prática.

É que a participação de consórcios em certames licitatórios vai ao encontro da finalidade da licitação que é a obtenção da melhor relação benefício-custo para atender à necessidade da Administração. Os consórcios constituem

instrumentos de ampliação da competitividade, na medida em que possibilitam as empresas que os integram somar capacidades técnica, econômico-financeira e know-how para participar de procedimento licitatório em que, individualmente, não teriam condições.

Por isso, à luz do prescrito no art. 9º da Lei nº 10.520/02, segundo o qual se aplicam subsidiariamente as normas da Lei de Licitações na ausência de disciplina específica, é possível inferir a possibilidade de participação de consórcio nas licitações processadas pelo pregão.

Além disso, os decretos que regulamentam a modalidade no âmbito federal, nas formas presencial e eletrônica, trazem disciplina acerca dos consórcios. Nesse sentido, o art. 17 do Decreto nº 3.555/00 e o art. 16 do Decreto nº 5.450/05.

Argumenta-se, ainda, sobre o não cabimento da participação de consórcios no pregão, o fato de as licitações de elevada especialização técnica não poderem ser efetivadas por essa modalidade, o que, a princípio, justificaria a vedação, visto que nos termos do art. 1º da Lei nº 10.520/02 o pregão será adotado para aquisição de bens e serviços comuns.

No entanto, conforme explica Joel de Menezes Niebuhr, "também, costuma-se permitir a participação de consórcios em licitação de grande vulto, que requerem considerável aporte de capital. Trata-se de instrumento prestante a ampliar a competitividade, dado que possibilita às empresas ou pessoas com estrutura pequena ou mediana que se reúnam para atender às demandas do edital, o que não fariam se estivessem sozinhas." (NIEBUHR, Joel de Menezes. Pregão presencial e eletrônico. 6. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 253.)

Em linhas gerais, o regime jurídico aplicável prevê o seguinte:

a) Necessidade de expressa previsão da possibilidade de participação de consórcios no ato convocatório, que deverá disciplinar as condições de habilitação, de liderança, etc.;

b) Habilitação jurídica: cada uma das empresas consorciadas deverá apresentar os documentos previstos nos incisos do

art. 28, bem como a prova do compromisso de constituição do consórcio;

c) Regularidade fiscal: cada consorciado deverá apresentar os documentos exigidos no art. 29, conforme a disciplina do ato convocatório;

d) Qualificação técnica: os quantitativos de cada consorciado serão somados para fins de comprovação;

e) Qualificação econômico-financeira: serão computados os valores de cada qual das empresas integrantes da associação, na proporção da respectiva participação no consórcio;

f) Indicação da empresa líder do consórcio;

g) Como requisito de habilitação, as empresas consorciadas deverão apenas apresentar o compromisso, público ou particular, de constituição do consórcio;

h) Vedação, numa mesma licitação, de empresa integrante de determinado consórcio fazer parte de outro ou participar por conta própria;

i) Responsabilidade solidária das empresas consorciadas pelas obrigações assumidas pelo consórcio.

O objetivo de admitir a participação de empresas reunidas em consórcio nas licitação é aumentar a competitividade, possibilitando que empresas que isoladamente não teriam condições de disputar aquele certame, por falta de recursos financeiros, ou por restrição na comprovação da capacidade técnica, ou por não deter todo o know how necessário às diversas atividades envolvidas na contratação, ou ainda por outra razão nesse sentido, possam se associar com outra ou outras empresas na mesma situação, as quais, em conjunto, consigam alcançar aquilo que necessário para a disputa da licitação e a execução do contrato.

O consórcio legítimo, tal como imaginado pelo legislador, não deve ser confundido com o conluio, as vezes disfarçado de consórcio, que ocorre quando duas empresas que isoladamente detêm condições de sobra para executar um objeto, fazem um acordo para não concorrerem entre si e dividem aquela contratação, usando o instituto do consórcio como uma fachada para esconder o esquema destinado a frustrar a competição da licitação.

Em que pese a faculdade de permitir, ou não, a participação de empresas em consórcio ser uma competência da Administração que está promovendo a licitação, nos casos em que a complexidade do objeto implicar em um número reduzido de empresas em condições de disputa, e a participação de consórcios aumentar a competitividade, a admissão do consórcio passa a ser uma obrigação da Administração.

Ao participar de licitações em consórcio as empresas devem ter cuidado redobrado com os documentos de habilitação, pois será necessário apresentar a documentação de todas as empresas do consórcio, o que aumenta a possibilidade de cometer erros, além da obrigatoriedade de apresentar um compromisso de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados.

Portanto, pela aplicação subsidiária da Lei de Licitações, extrai-se a possibilidade de participação de consórcios nos certames realizados na modalidade pregão. A questão será disciplinada pelo art. 33 da Lei nº 8.666/93.

VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO

Segundo o Edital em seu item 4.2.4. veda também a participação de empresas " Sob falência, concordata, recuperação judicial ou extrajudicial, concurso de credores, dissolução, liquidação ou empresas estrangeiras que não funcionem no país;"

As empresas submetidas a processos de recuperação judicial podem participar de licitação, desde que demonstrem, na fase de habilitação, ter viabilidade econômica.

Com base nesse entendimento, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que, inexistindo autorização legislativa, é incabível a inabilitação automática de empresas submetidas à Lei 11.101/2005 unicamente em virtude da não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial.

Segundo o relator, ministro Gurgel de Faria, mesmo que a Lei da Recuperação Judicial tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o artigo 31 da Lei 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática.

Para o relator, mesmo para empresas em recuperação judicial, existe a previsão de possibilidade de contratação com o poder público, o que, como regra geral, pressupõe a participação prévia em processos licitatórios.

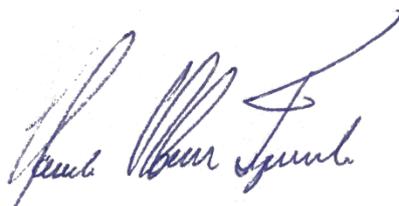
CONCLUSÃO

Considerando que todos os vícios acima são graves, **requer** desta Prefeitura que baseado no Princípio do devido processo legal e principalmente que seja respeitado o caráter competitivo da licitação, que a mesma seja corrigida e devidamente republica em respeito a lei, para que o devido processo não nasça viciado e sujeito ao controle do MP e demais órgãos de controle.

Nestes termos,

P. deferimento.

Sete Lagoas, 20 de maio de 2019.



Cláudio Ribeiro Figueiredo

OAB 132.291