

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÕES DA AGÊNCIA
GOIANA DE INFRAESTRUTURA E TRANSPORTES - GOINFRA**

Processo licitatório n. 202400005022779

Concorrência eletrônica n. 051/2024

ACTIO INFRAESTRUTURA DE ENGENHARIA S.A, vem, por meio de seu representante legal, em atenção aos termos do item 13.1 do Edital de Licitação, apresentar **IMPUGNAÇÃO** com base nas razões fáticas e jurídicas a seguir expostas.

1. TEMPESTIVIDADE

O item 13.1. do Edital assegura a qualquer pessoa o prazo de até 3 (três) dias úteis, antes da data designada para a abertura do certame, para impugnação.

Considerando que o início da disputa está previsto para ocorrer no dia 18/10/2024, é notória a tempestividade do presente ato.

2. BREVE SÍNTESE DA CONCORRÊNCIA

A Agência Goiana de Infraestrutura e Transportes ("GOINFRA") publicou o Edital da Concorrência Pública eletrônica n. 051/2024, cujo objeto é a *“contratação de empresa especializada para execução das melhoras funcionais na rodovia GO-244, Trecho: entr. BR-153/GO-353 (Porangatu); entr. GO-164 (São Miguel do Araguaia) e GO-241, Trecho: Entr. BR-153/Início Perímetro Urbano (Mutunópolis), com extensão de 152,21km, no âmbito da Diretoria de Obras Rodoviárias (DOR).”*

O Edital previu o regime de empreitada por preço unitário, com modo de disputa aberto/fechado e critério de menor preço por item para o julgamento das propostas, assim como as condições estabelecidas no instrumento convocatório e seus anexos.

Ainda, para a execução da licitação, foi prevista no instrumento convocatório, conforme expresso na Cláusula 4.1, a inversão das fases de apresentação das propostas e julgamento da habilitação. No entanto, entende-se que a opção administrativa pela inversão das fases não veio acompanhada das devidas justificativas e exposição da vantagem para a Administração Pública, de encontro à determinação legal e em afronta aos princípios da competitividade e isonomia entre os licitantes.

Outrossim, em relação à possibilidade de reunião em Consórcio, o instrumento convocatório vedou a participação de empresas reunidas em Consórcio.

Nesse sentido, buscando ampliar a competitividade, garantindo a isonomia entre os licitantes e a busca pela proposta mais vantajosa para Administração Pública, na linha do que disciplina o inciso I do art. 11, bem como o art. 15 da Lei 14.133/2021, a ACTIO INFRAESTRUTURA DE ENGENHARIA S.A impugna o presente edital na forma que se segue.

3. DA ILEGALIDADE NA INVERSÃO INJUSTIFICADA DAS FASES DA LICITAÇÃO

O item 4.1 do Edital fixou que a licitação será realizada com inversão de fases, devendo a habilitação preceder a fase de abertura das propostas e lances. O convocatório afirma, ainda, que a referida inversão é permitida no art. 17, §1º da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021).

Acontece que a redação do artigo 17, §1º da Lei determina que a fase de habilitação (art. 17, inciso V) somente pode anteceder as fases de apresentação e julgamento de propostas e lances (art. 17, incisos III e IV, respectivamente) mediante “**explicitação dos benefícios do ato para o processo licitatório no edital de licitação**”.

É verdade que se pensando na complexidade da atuação estatal, houve um reconhecimento de margens cada vez mais amplas de autonomia administrativa para desempenho de suas funções, no entanto, isso não significa a liberação da Administração Pública para atuar sem a observância de limites. E esses limites não só estão expressos na lei, mas envolvem outros mecanismos que visam reprimir o arbítrio e assegurar a adoção de providências mais adequadas e necessárias.

Logo, ainda que a inversão das fases da licitação seja uma discricionariedade administrativa a liberdade de ação administrativa está margeada pelo próprio comando legal que dispõe, nesse caso, que a inversão das fases deve vir acompanhada da devida justificativa, mediante ato motivado com a **demonstração expressa dos benefícios decorrentes da inversão**.

Por sua vez, a abrangência do procedimento licitatório, tal como previsto no art. 17, implica que a validade do edital decorre não apenas da sua compatibilidade com as normas jurídicas legais e infralegais, mas também da observância de que as regras e soluções contempladas no edital sejam respaldadas pelas atividades e pelos atos praticados ao longo da fase preparatória, que justamente antecede a edição do edital e oportuniza o exercício da discricionariedade.

Nesse sentido, é na fase preparatória que, em análise ao objeto, às exigências pertinentes ao licitante e outros elementos pertinentes à identificação da solução mais vantajosa, a Administração Pública pode optar pela inversão das fases, hipótese em que tal resolução deve ser espelhada no edital e justificada aos concorrentes em respeito aos ditames públicos da transparência e motivação.

Nessa linha de intelecção, o art. 22 do Decreto 10.359/2023 do Estado de Goiás igualmente possibilita a inversão das fases do procedimento licitatório desde que: “mediante ato motivado, também com a explicitação dos benefícios decorrentes e a previsão expressa no edital de licitação, a fase de habilitação indicada no inciso VI do art. 21 deste Decreto poderá anteceder as fases apontadas nos incisos IV e V do mesmo artigo (...)”.

O referido decreto ainda é mais específico e preceitua no §2º que a inversão é medida excepcional e fica condicionada à indicação circunstanciada da expectativa dos ganhos de eficiência e vantajosidade à Administração Pública.

Esse entendimento também é cristalizado pela principal corte de contas do país – o Tribunal de Contas da União, como se extrai do Acórdão 387/2024 do Plenário, de relatoria do Ministro Jhonatan de Jesus.

No julgado, o Ilustríssimo Relator destacou a importância de que constasse, **nos documentos da contratação**, a devida motivação para a implementação da medida de inversão de fases, sob pena de violação do artigo 17, §§ 1º e 3º e do princípio da motivação, conforme posto no enunciado do acórdão:

“É possível a **inversão de fases** entre habilitação e julgamento das propostas com relação à aplicação da prova de conceito, desde que, nos documentos relativos ao planejamento do pregão, sejam apresentadas as devidas razões, com explicitação dos benefícios decorrentes, sob pena de violação ao art. 17, §§ 1º e 3º, da Lei 14.133/2021, bem como ao princípio da motivação, previsto no art. 5º da mencionada lei. Se é cabível postergar toda a fase de julgamento das propostas para depois da habilitação, nada impede o postergamento de apenas uma parte da avaliação das propostas, a exemplo da prova de conceito.” ([Acórdão 387/2024-TCU-Plenário](#), Representação, Relator Ministro Jhonatan de Jesus – Enunciado) (grifo nosso)

Ocorre que, no presente caso, constata-se através de uma simples análise que **não estão descritos, nos documentos da contratação, quaisquer benefícios decorrentes da inversão de fases deste processo licitatório**.

O item 4.1 do Edital de Licitação nº 051/2024 disponibilizado pela GOINFRA, que determina a precedência da fase de habilitação em face da fase de abertura das propostas, não traz justificativa alguma para a implementação da medida, e não menciona qualquer benefício que decorra desta:

4. DA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO E DA PROPOSTA

4.1. A presente licitação será realizada com INVERSÃO DE FASES, permitida no art. 17, §1º da NLLC, devendo a habilitação dos licitantes preceder a fase de abertura das propostas e lances, em busca da melhor prestação dos serviços que compõem o objeto deste certame.

Tendo em vista que nenhum outro item do Edital satisfaz à referida exigência da Lei, tal omissão já seria suficiente para considerar a medida proposta pela GOINFRA dissonante com o ordenamento jurídico e suscetível de alteração e nova divulgação do Edital, nos termos do item 13.5 do instrumento convocatório.

No entanto, observa-se que **o Estudo Técnico Preliminar que rege o presente processo licitatório também é omissivo em apresentar os benefícios que poderiam arrazoar a inversão de fases**, de modo que, ainda que o entendimento abrangente do Acórdão 387/2024 do Plenário-TCU — de que a justificativa poderia estar presente em qualquer um dos documentos de contratação — se aplicasse, ainda não haveria conformidade à determinação por parte do ente licitante.

A inversão das fases, de modo que o julgamento da habilitação proceda à etapa competitiva propriamente dita, portanto, depende de motivação satisfatória e explícita no termo convocatório e/ou seus documentos correlacionados, de maneira que sejam indicados os benefícios potencialmente propiciados por esta solução.

Nesse sentido, diante do evidenciado, constata-se que a manutenção da inversão de fases na presente Licitação seria um **afronte direto ao próprio texto legal e aos princípios regentes das licitações da Administração Pública, previstos no art. 5º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos**.

Permitir que a GOINFRA não obedeça ao previsto na Lei e não justifique a medida administrativa de inversão de fases iria diretamente de encontro ao princípio da legalidade, que garante a adequação dos atos administrativos às normas legislativas pátrias; aos

princípios da transparência, da motivação e da segurança jurídica, que determinam, precisamente, a necessidade de justificativa explícita das medidas tomadas pela Administração, de modo que as proponentes não se encontrem em situação de imprevisibilidade jurídica; e especialmente ao princípio da competitividade, que estaria sob risco diante de injustificada alteração na ordem de processo licitatório que deve conduzir a uma drástica redução do ambiente de competitividade.

Assim, há prejuízo formal, decorrente da afronta ao disposto na legislação aplicável, que nesse aspecto reduz o princípio da legalidade, quando em verdade a literalidade da disciplina legal nesse caso é uma exigência que decorre das garantias constitucionais, tendo em vista que visa limitar a discricionariedade e, assim, conferir ao concorrente segurança jurídica.

Mas não só a afronta ao princípio da legalidade é evidenciada, pois não restam dúvidas que a inversão injustificada das fases da licitação também gera prejuízo prático ao ente licitante, já que, com a habilitação ocorrendo antes da fase de lances, resta dificultada a obtenção da proposta mais vantajosa. Explica-se.

Ao realizar a análise da habilitação antes da etapa competitiva de lances, o número de empresas habilitadas tende a ser reduzido, uma vez que é comum que nem todas as proponentes atendam aos requisitos exigidos.

Isso resulta em uma menor quantidade de participantes na fase de lances, diminuindo o potencial de competição. Com menos concorrentes, a pressão competitiva é enfraquecida, reduzindo a probabilidade de as empresas se sentirem compelidas a baixar seus preços para conquistar o contrato, o que pode levar a propostas menos vantajosas para a Administração Pública.

Tal situação contraria o princípio da competitividade, um dos pilares do art. 5º da Lei 14.133/2021, que visa garantir que o poder público obtenha a melhor relação custo-benefício nas contratações. Quando há menos participantes na fase de lances, a

concorrência é limitada, e a Administração pode acabar recebendo propostas financeiras menos competitivas, pois a pressão para reduzir preços entre os concorrentes é atenuada.

Assim, a inversão das fases sem uma justificativa concreta compromete não só a competitividade do certame, mas também a obtenção da proposta mais vantajosa, em flagrante afronta ao art. 11 da Lei 14.133/2021.

4. DA ILEGALIDADE NA VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO EM CONSÓRCIO

Conforme se extrai do Edital de Licitação, no seu item 3.12, foi vedada a participação de empresas no certame pelo modelo de consórcio de sociedades. Veja-se:

3.12. Neste certame não é admitida a participação de empresas reunidas em consórcio, conforme justificativa constante nos documentos da etapa preparatória.

De acordo com a redação acima transcrita, será vedada a participação de consórcios de sociedade, modalidade de coligação despersonalizada que a Lei das Licitações (art. 15) e a Lei das Concessões (art. 19) expressamente autorizam que o ente promotor da licitação admita a participação em certames.

Sucedendo que, em contradição com a supracitada declaração, a faculdade de participação de consórcios oportuniza uma maior concorrência e uma maior possibilidade de satisfação do interesse público.

Nesse sentido, a jurisprudência e a doutrina costumavam asseverar que a possibilidade da participação de consórcios estava absolutamente na esfera discricionária da administração licitante. Isto é, o gestor público responsável teria a possibilidade de escolher a modalidade de maior satisfação do interesse público no caso concreto.

Acontece que, no decorrer dos anos, a Corte de Contas da União e os principais administrativistas do país passaram a mitigar a discricionariedade do ente licitante, que outrora, equivocadamente, dispunha de prerrogativas quase absolutas.

Observando o comportamento do ordenamento sobre esse ponto, verifica-se que, inicialmente, consagrou-se a necessidade de se *“demonstrar com fundamentos sólidos a escolha a ser feita pelo gestor durante o processo de licitação no que toca à vedação da participação de consórcios”* (TCU, Acórdão 1.165/2012, Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro)

Assim, toda vez que o ente licitante inserir previsão editalícia que veda a participação de Consórcios em um procedimento licitatório, em face do princípio da motivação dos atos administrativos, há a necessidade, ou melhor, o dever, de justificar, cabalmente, no respectivo processo, as razões que o motivaram a inclui-la no certame

Atualmente, e. Superior Tribunal de Justiça, Tribunais de Justiça e a uníssona jurisprudência do Tribunal de Contas da União, além da doutrina majoritária, indicam que, embora a priori o ente disponha de grande margem de decisão sobre esse ponto, a participação de consórcios é obrigatória nas licitações em que a vultuosidade, a heterogeneidade e a inviabilidade de parcelamento material do objeto licitado tornem o universo de possíveis licitantes restrito. É o que ocorre no presente certame.

A esse propósito, a jurisprudência pátria já deixou explicitada a obrigatoriedade de admitir-se a participação de consórcios, quando a amplitude do objeto ou a diversidade de elementos que o compoñham evidencie a dificuldade de sua execução por apenas uma empresa:

Cabe ao gestor, em sua discricionariedade, a decisão de admitir, ou não, a participação de empresas organizadas em consórcio na licitação, **contudo, na hipótese de objeto de grande vulto ou complexidade que tornem restrito o universo de possíveis licitantes, fica o Administrador obrigado a prever a participação de consórcios no certame com vistas à ampliação da competitividade e à obtenção da proposta mais vantajosa.** (TCU – Acórdão 1094/2004-Plenário. Relator: AUGUSTO SHERMAN. Data da Sessão: 04/08/2007) [grifamos]-----

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – IMPUGNAÇÃO A EDITAL DE LICITAÇÃO – MULTIPLICIDADE DE SERVIÇOS – HABILITAÇÃO

SIMULTÂNEA – EXIGÊNCIA ILEGAL – PREJUÍZO À CONCORRÊNCIA – LEI Nº 8.666/1993 – ARTS. 15, IV E 23, § 1º – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DESCABIMENTO EM SEDE DE WRIT. [...] O ente contratante, por sua vez, não procedendo à contratação por item, tem o dever de explicitar as razões pela aquisição global, **bem como prever no edital a possibilidade de participação de interessados constituídos sob a forma de consórcio, podendo, do contrário, restar caracterizada a ilegalidade da licitação, por violação ao princípio da competitividade.** (TJMG – Apelação Cível 1.0024.06.098029-9/002, Relator (a): Des.(a) Cláudia Maia, 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 30/09/2010, publicação da sumula em 29/10/2010). *[grifamos]*

Registre-se, ainda, o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que, ao julgar caso análogo, ainda indicou constituir caso de improbidade administrativa a inclusão de tal exigência no edital:

APELAÇÕES. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TOMADA DE PREÇOS Nº 16/2007 DO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE LICITANTES EM CONSÓRCIO. VIOLAÇÃO DA AMPLA CONCORRÊNCIA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DECLARADO NULO. A Tomada de Preços visava à contratação de empresa para prestação dos serviços de vigilância volante e operação de embarcação pluvial. Certame do tipo Menor Preço Global que se atém apenas aos requisitos legais e à proposta de menor valor. Cláusula 2.1.2 do Edital obstativa da formação de consórcio que ofende o art. 33 da Lei 8.666/93 e não atende ao interesse público. Decretação de nulidade do pacto que se impunha. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LICITAÇÃO. COMPETITIVIDADE. EDITAL. ALTERAÇÃO. EXIGÊNCIA. SERVIÇO DE VIGILÂNCIA ARMADA. OPERADOR DE EMBARCAÇÃO FLUVIAL. Constitui ato de improbidade administrativa inserir o Presidente da Comissão de Licitação, de ofício, sem solicitação de alguma Secretaria Municipal, no edital de licitação, exigência manifestamente descabida para o fim de frustrar a competitividade do certame. Hipótese em que, no edital para contratação do serviço de vigilância armada volante, se incluiu a de operador de embarcação fluvial, o qual jamais foi prestado. NULIDADE DO CONTRATO. SERVIÇO PRESTADO RESSARCIMENTO DESCABIDO. A procedência da ação com o ressarcimento do dano pressupõe que o ato cuja nulidade se declara seja lesivo ao patrimônio público. Ausente

a comprovação, não é devido o ressarcimento. Não há causa de imputação de responsabilidade à empresa contratada, que não praticou qualquer ato ilícito. Os valores percebidos em razão de efetiva prestação de serviço não necessitam ser devolvidos. APELO DO MUNICÍPIO DESPROVIDO. UNÂNIME. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. POR MAIORIA. (Apelação Cível Nº 70052803954, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 28/11/2013)¹

Portanto, sempre que o objeto licitado for marcadamente vultuoso ou de composição complexa – o que é o caso, em se tratando de obra com valor estimado superior a cento e cinquenta milhões de reais - o ente licitante deverá obrigatoriamente admitir a participação de coligações empresárias despersonalizadas na licitação.

No caso concreto, apesar dos serviços constituírem itens relacionados a pavimentação a natureza dos insumos, equipamentos e metodologias se divergem, de certo que, independente do porte das empresas participantes as especialidades podem ser compartilhadas em consórcio, trazendo para a execução do serviço inclusive a possibilidade de atuação em frentes simultâneas com ganho de eficiência para a Administração.

Em outras palavras, tem-se que o ordenamento jurídico brasileiro requer a admissão de consórcios em grandes ou heteróclitas licitações – sob pena de restar mitigado o princípio da competitividade e, em algumas circunstâncias, a própria licitação acabar convertida em procedimento inidôneo e ineficaz.

É nessa linha que tem entendido o Tribunal de Contas da União, determinando que, em casos dessa natureza, o Administrador ou bem parcela o objeto licitado em diversos procedimentos, se possível for, ou bem realiza uma só concorrência, devendo, neste caso, impositivamente admitir a participação de empresas em consórcio. Ilustrativos dessa tendência jurisprudencial são os seguintes julgados:

9.1.1. considerando o disposto no art. 23, § 1º, da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 8.883/94, e na Súmula 247 do Tribunal, realize

¹ TJ-RS - AC: 70052803954 RS, Relator: Eduardo Kraemer, Data de Julgamento: 28/11/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/12/2013

o parcelamento do objeto da licitação a ser promovida com vistas à contratação das obras, serviços e fornecimentos necessários à Implantação e Complementação do Centro de Lançamento de Alcântara e Centro Espacial de Alcântara, **devendo proceder anteriormente, para fundamentar a escolha da forma de configuração dos “blocos” ou “lotes” a serem formados em função do parcelamento, a estudos técnicos que considerem as características de mercado e que indiquem a alternativa de divisão que melhor satisfaz aos princípios da competitividade, da isonomia e da obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração,** respeitadas as limitações de ordem técnica, sem prejuízo da **possibilidade alternativa de realizar concorrência única para a contratação de todo o complexo ou conjunto com um só licitante, mas, neste caso, desde que admitida expressamente a participação no certame de empresas em consórcio,** como forma de assegurar o parcelamento material do objeto, respeitando as regras prescritas no art. 33 da Lei 8.666/93². (grifos nosso)

No que se refere à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, pontua-se que a legislação estabelece, em seu artigo 15, disposições sobre a participação em consórcios nas licitações. O caput do referido artigo estabelece que é **permitida** a participação de empresas reunidas em consórcio, o que configura uma **regra geral de permissão** para a atuação de consórcios no âmbito das licitações públicas. Isso sugere que o legislador valoriza a formação de consórcios como uma forma de aumentar a competitividade e a capacidade técnica e financeira dos licitantes, especialmente em projetos de grande porte ou de complexidade elevada.

Por outro lado, o mesmo artigo prevê que a Administração pode restringir a participação em consórcios, desde que haja justificativa expressa no edital. Ou seja, a vedação à participação de consórcios não é a regra, mas uma medida excepcional que exige fundamentação específica. Dessa forma, o legislador procurou criar uma norma de caráter permissivo, reforçando que a participação em consórcios é a prática desejada e que eventuais restrições devem ser excepcionálíssimas e devidamente justificadas.

² TCU, Acórdão 108/2006, Plenário, Rel. Min. Lincoln Magalhães da Rocha, com nova redação conferida pelo Acórdão 766/2006

Portanto, a regra estabelecida pelo art. 15 da Lei 14.133 é a permissão para que empresas participem de licitações em consórcio, sendo a vedação uma exceção que só pode ocorrer quando a Administração Pública demonstrar a necessidade de tal restrição, com base em critérios técnicos ou específicos para cada caso. A excepcionalidade da vedação está alinhada ao princípio da ampla competitividade, que é uma diretriz central da nova lei de licitações.

Daí se dizer que o edital, nos moldes impostos, restringe a competitividade, isto porque as áreas de expertise das empresas, independente, de seu porte podem não ser capazes de assumir a execução de serviços tão abrangentes em quantidades tão representativas.

Daí se dizer, também, irrazoável a vedação da participação de consórcios no procedimento licitatório, cuja soma de qualificações técnicas e financeiras permitirão, muito mais do que apenas uma única empresa, a execução adequada e diligente dos objetos licitados.

5. CONCLUSÃO

Diante das considerações feitas, a fim de garantir a solidez e regularidade do Edital, bem como o devido atendimento aos ditames legais que o erguem, requer que a presente impugnação seja apreciada e acolhida para determinação da alteração dos itens 4.1 e 3.12 do Edital de Licitação:

- (i) prosseguir com o presente processo licitatório na sequência de fases prevista no art. 17, *caput* da Lei nº 14.133/2021 e permitindo a participação de empresas reunidas em consórcio; e
- (ii) subsidiariamente, para justificar a escolha da medida de inversão de fases.

Sendo o que nos cumpria para o momento, aguarda-se resposta dentro do prazo de 3 (três) dias úteis tal como estabelecido no item 13.2 do Edital.

Brasília, 15 de outubro de 2024.

ACTIO INFRAESTRUTURA DE ENGENHARIA S.A

(Guilherme Andrada Barata)

GUILHERME
ANDRADE

BARATA:02871263663

Assinado de forma digital por
GUILHERME ANDRADE
BARATA:02871263663
Dados: 2024.10.15 14:55:49 -03'00'