

## **RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO**

### **PREGÃO PRESENCIAL SRP Nº 001/2023**

**OBJETO:** O objetivo desta licitação compreende na contratação de empresa especializada para fornecimento de Sistema de Minigeração Fotovoltaica de Consumo Remoto (Usina de Energia Solar · Geração Fotovoltaica), compreendendo a elaboração do projeto executivo, caderno de especificações e encargos, aprovação deste junto à concessionária de energia (Energisa-TO), fornecimento de todos os equipamentos e materiais, instalação, efetivação do acesso junto à concessionária de energia, treinamento, manutenção preventiva e suporte técnico com serviço continuado de aferição de performance pelo período de 12 (doze) meses, de acordo com os termos deste Termo de Referência.

Cuida-se de resposta ao pedido de impugnação ao Edital interposto pela pessoa jurídica de direito privado **OUROLUX COMERCIAL LTDA**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF n.º 05.393.234/0001-60, com sede à Avenida Ugo Fumagali, 770 – Cidade Industrial Satélite de São Paulo, CEP: 07220-080, Guarulhos/SP, impugnando a impossibilidade de exigência de garantia de cumprimento de proposta em pregões presenciais, a impossibilidade de cumulação de pedido de garantia de proposta e capital social mínimo, do prazo para entrega do objeto licitado, excesso de formalismo no pedido de apresentação de número de série de componentes e amostras físicas, pedido de acervo de itens de menor relevância financeira e técnica e por fim pedido de elaboração de crc como condição de participação em licitação.

### **I - DA ADMISSIBILIDADE**

Nos termos do disposto no item 5 do Edital temos que a impugnação deve ser realizada até 03 (três) anteriores a data marcada para a abertura da sessão do Pregão. Dessa forma, temos que a presente impugnação se encontra **TEMPESTIVA**.

## II - ANÁLISE DO PREGOEIRO e DECISÃO

Este Pregoeiro passou a analisar as razões e fundamentos da impugnante, passando a fazer as seguintes considerações por ponto impugnado:

### 1. DA POSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE GARANTIA DE CUMPRIMENTO DE PROPOSTA EM PREGÕES PRESENCIAIS

Pretende a impugnante alterar critério de habilitação econômico-financeiro com fundamento no Art. 31, da Lei 8.666/93.

Após fazer uma breve digressão, elencou os incisos e parágrafos no Art. 31, procurando demonstrar os critérios de avaliação prefixados pela norma licitatória.

Pelos fundamentos legais expressos na peça de impugnação, objetivamente chegamos a conclusão que o comando legal é claro ao expressar que: "...poderá estabelecer...", dando margem **discricionária à administração para aplicar o Capital Mínimo ou o Patrimônio Líquido Mínimo**, tendo esta administração no caso concreto, optado por este, em detrimento daquele.

Razão pela qual, não lhe assiste direito à reforma do Edital neste ponto, pela via de impugnação, pois eis que busca tão somente impor ao regramento do certame condição que lhe é mais favorável em detrimento da regra geral. Ademais, a Lei nº 8.666/93, aplica-se, perfeitamente no caso em tela, tendo sido o edital elaborado aplicando a mesma de forma subsidiária. Carece de maior aprofundamento neste tema.

### 2. DA POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DE PEDIDO DE GARANTIA DE PROPOSTA E CAPITAL SOCIAL MÍNIMO

O art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

*I – balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices*

oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

(...)

§ 1º A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º **O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.** (Grifo nosso)

[...]

**Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.** (Grifo nosso)

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

I – caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e

avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II – seguro-garantia;

III – fiança bancária.

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo.

O tema em análise já foi abordado por diversas instituições pais afora. No Tribunal de Contas da União – TCU, este foi tratado quando do julgamento da Representação nº 004.206/2017-7, conforme Acórdão 2397/2017. Vejamos:

*Extrai-se do julgado: “a representante demonstra confusão entre os dois tipos de garantia previstos na Lei 8.666/1993: a garantia de participação e a garantia de execução. De fato, o art. 31, §2º, da citada lei veicula as possíveis exigências para qualificação econômico-financeira no certame, e que não podem ser cumuladas quais sejam: capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantias. **Já os arts. 55, inciso VI, e 56 do mesmo diploma tratam da possibilidade de exigência de prestação de garantias para a execução do contrato, que nenhuma relação guarda com a apresentação de garantia de participação, mesmo porque os objetivos dessas garantias são distintos, vez que uma se destina a comprovar a capacidade financeira para adimplir a contrato futuro, e outra se destina a assegurar a entrega do que já está contratado.** Note-se que a própria disciplina dessas garantias é distinta. Enquanto o art. 31, inciso III, dispõe que a garantia de participação se limita a 1% do valor estimado do objeto da contratação, o art. 56, §2º, assevera que a garantia de execução não excederá 5% do valor do contrato. Deve-se, ainda, verificar que o art. 5º da Lei 10.520/2002 veda a exigência de garantia de*

*proposta, mas nada trata sobre a garantia de execução, no que resta aplicável o disposto na Lei 8.666/1993". (Grifo nosso)*

Em outra esfera, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo se manifestou com relação à **acumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo**, previstas no artigo 31 da Lei nº 8.666/93, conforme **SÚMULA 27** . Destaca-se:

**SÚMULA Nº 27 - Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência. (Grifo nosso)**

Em sentido oposto ao da súmula anterior, esta liberalizante súmula esclarece que **não é proibido, ou seja, é permitido ao edital exigir cumulativamente tanto a caução para participação no certame, prevista no inc. III do art. 31 (limitada a 1% do valor estimado para a contratação) quanto determinado capital mínimo, conforme previsto nos §§ 2º e 3º do art. 31 da lei, limitado a 10% do valor estimado para o futuro contrato.**

Caso ambas essas exigências se contenham dentro dos limites máximos fixados na lei, acima mencionados, ambas podem ser formuladas no edital ao mesmo tempo, de modo que o licitante precisará para habilitarse atender a ambas, e se não o fizer quanto a pelo menos uma será ipso facto inabilitado.

**Nada existe de abusivo na cumulação das exigências, que constituem legítimas demonstrações de capacidade econômica – porém desde que o objeto da licitação, pelo seu porte e natureza comportem uma tal exigência. (Grifo nosso)**

Assim, se é lógico e razoável exigirem-se ambas as demonstrações numa licitação de obra ou de complexo ou oneroso serviço.

### 3. DO PRAZO PARA ENTREGA DO OBJETO LICITADO – IMPUGNAÇÃO DO ITEM 9.11 DO EDITAL

Inicialmente, cumpre destacar o inciso I, do artigo 3º, da Lei do Pregão nº 10.520/2020 regulamenta ser de competência da autoridade definir os prazos para fornecimento, vejamos:

*“Art. 3º A fase preparatória do pregão observará o seguinte:*

*I - a **autoridade** competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, **inclusive com fixação dos prazos para fornecimento; (grifo nosso).***

No mesmo sentido, o inciso IV, do artigo 14 da Decreto Federal nº 10.024/2019, ordena que a Administração deve considerar as particularidades para determinação de prazos a fim de atender suas necessidades, analisemos:

*“Art. 14. No planejamento do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte:*

*(...)IV - definição das exigências de habilitação, das sanções aplicáveis, dos prazos e das condições que, pelas suas particularidades, sejam consideradas relevantes para a celebração e a execução do contrato e o atendimento das necessidades da administração pública;”*

Conforme legislação brasileira sobre licitação, compete à Administração proceder estudo detalhado sobre as características do objeto, modo de comercialização e preços praticados no mercado, prazos e condições de entrega, a fim de delimitar os procedimentos que serão desenvolvidos na licitação.

Apesar de não ser expressamente previsto na Carta Magna, um dos princípios basilares do desempenho dos atos da Administração Pública é o **princípio da discricionariedade**, que é a “a liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei,

ou seja, a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas, porém, válidas perante o direito”.

Isto Posto, o Município de Talismã, optou pelo manutenção do prazo de fornecimento, reafirmando a compatibilidade com a necessidade e que será capaz de atender a demanda do Órgão requisitante.

#### **4. DO EXCESSO DE FORMALISMO NO PEDIDO DE APRESENTAÇÃO DE NÚMERO DE SÉRIE DE COMPONENTES E AMOSTRAS FÍSICAS**

A solicitação de amostra na fase de classificação apenas ao licitante que se apresenta provisoriamente em primeiro lugar, ao contrário, não onera o licitante, porquanto confirmada a propriedade do objeto, tem ele de estar preparado para entregá-lo, nem restringe a competitividade do certame, além de prevenir a ocorrência de inúmeros problemas para a administração.

Não viola a Lei 8.666/93 a exigência na fase de classificação de fornecimento de amostras pelo licitante que estiver provisoriamente em primeiro lugar, a fim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital”.

Segundo o doutrinador Marçal Justen Filho:

*“...a apresentação e o julgamento da amostra deverá ocorrer como última etapa antes de proclamar-se o vencedor do certame. Isso significa que, encerrada a fase de lances, deverá desencadear-se o exame da documentação de habilitação. Somente se passará ao recebimento e avaliação de amostras relativamente ao licitante que preencher todos os demais requisitos para ser contratado. Desse modo, evita-se que sejam promovidas as diligências relativamente à amostra em face de um licitante que não dispunha de condições de ser contratado por ausência de requisitos de habilitação (...).”.(Pregão – Comentários à Legislação do Pregão*

*Comum e Eletrônico, 5ª ed., São Paulo, Dialética, 2009, p. 137 e 138).*

Isto Posto, o Município de Talismã, optou pelo manutenção da cláusula editalícia, afim de que a Administração possa, antes de adjudicar o objeto e celebrar o contrato, assegurar-se de que o objeto proposto pelo licitante conforma-se de fato às exigências estabelecidas no edital'

## **5. PEDIDO DE ACERVO DE ITENS DE MENOR RELEVANCIA FINANCEIRA E TECNICA**

Tal pedido se mostrou um pouco confuso, não sabendo em qual ponto a empresa impugnante pretende chegar. Em análise, verifica-se, que, para fins de verificação da qualificação técnica, a Administração poderá exigir dos licitantes a apresentação de atestados de desempenho anterior que demonstrem sua capacidade técnica.

Visando preservar a competitividade do certame, todavia, tal exigência somente será válida relativamente às **parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto**, nos termos do art. 30, inc. I, § 1º da Lei nº 8.666/93.

Cabe à Administração indicar no edital da licitação, qual é a parcela de maior relevância técnica e valor significativo, o que foi claramente solicitado no edital, pois é com base nela que o licitante irá demonstrar sua capacidade técnica.

Ocorre que os dois conceitos previstos na Lei nº 8.666/93 para a qualificação técnico-profissional não permitem definição objetiva e absoluta. Pelo contrário, devem ser definidos com base na eleição de parâmetros que restem devidamente motivados no processo administrativo de contratação como sendo adequados, necessários, suficientes e pertinentes ao objeto licitado.

A formação desses conceitos deve ser feita em vista da determinação constitucional constante do inc. XXI do art. 37 da Constituição da República, segundo a qual a Administração somente poderá exigir das licitantes a comprovação de aspectos técnicos e econômicos indispensáveis ao cumprimento das obrigações inerentes ao futuro contrato.



Sob esse enfoque, parece válido considerar como “parcela de maior relevância técnica” o conjunto de características e elementos que individualizam e diferenciam o objeto, evidenciando seus pontos mais críticos, de maior dificuldade técnica, bem como que representam risco mais elevado para a sua perfeita execução. Trata-se aqui da essência do objeto licitado, aquilo que é realmente caracterizador da obra ou do serviço, que é de suma importância para o resultado almejado pela contratação.

Por sua vez, a aferição da fórmula “valor significativo do objeto” toma em conta a relação estabelecida entre o valor da parcela eleita para comprovação da experiência em vista do valor total do objeto.

Assim, é possível que um mesmo objeto apresente diversas parcelas de relevância técnica e valor significativo. A própria literalidade da Lei nº 8.666/93 deixa clara essa possibilidade ao fazer menção a “parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação”.

Em suma, restarão caracterizados como sendo parcelas de maior relevância os serviços identificados como sendo de maior complexidade técnica e vulto econômico, cuja inexecução importe em risco mais elevado para a Administração.

Posto isso, não assiste a empresa impugnante.

## **6. DO PEDIDO DE ELABORAÇÃO DE CRC COMO CONDIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÃO**

Assiste a impugnante, pelas seguintes razões:

Preliminarmente, cabe observar que a Lei 8.666/93 não autoriza o órgão licitante a exigir exclusivamente o Certificado de Registro Cadastral como condição de participação.

Sob o aspecto jurídico, deve-se considerar como ilegal a exigência do CRC como condição de participação. O CRC pode ser solicitado no edital como opção para a apresentação dos documentos, sendo faculdade do licitante a escolha de apresentar o “CRC” ou “todos os documentos de habilitação”.

Vejamos o que diz o art. 32, § 3º: “A documentação referida neste artigo PODERÁ ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade público, ...”.

Portanto, como bem versou o dispositivo, a expressão “poderá” indica a faculdade conferida ao licitante à escolha dessa ou daquela formalidade para a habilitação. É ilícita a exigência exclusiva do CRC.

Sobre o tema, a Jurisprudência se manifestou de forma conclusiva:

*“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. REQUISITOS. ART. 27 DA LEI N.8.666/93. REGISTRO NO SISTEMA UNIFICADO DE FORNECEDORES – SICAF. EXIGÊNCIA NÃO CONTEMPLADA PELA LEI DAS LICITAÇÕES. INSTITUIÇÃO POR DECRETO PRESIDENCIAL E PORTARIA DO ÓRGÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INABILITAÇÃO DA LICITANTE. ILEGALIDADE. Tendo a licitante apresentado toda a documentação enumerada pelo art. 27 da Lei n. 8.666/93, não pode ser inabilitada em face de ausência de registro no SICAF, requisito este instituído ilegalmente por decreto presidencial e simples portaria.” (TRF – Primeira Região, Acórdão, Processo: 199701000289593, MG, Terceira Turma Suplementar, 3/10/2001, Relator: JUIZ JULIER SEBASTIÃO DA SILVA)*

*“ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. REQUISITOS PARA PARTICIPAÇÃO. SICAF. 1. A prévia inscrição no SICAF dispensa o licitante da comprovação de alguns requisitos para habilitação em procedimento licitatório, não podendo, todavia, ser colocada como óbice à participação em concorrência, que é modalidade de licitação aberta a quaisquer interessados (Lei n. 8.666-93, art. 22, § 1º).” (TRF – Primeira Região, Acórdão, Apelação em Mandado De Segurança – 199901001054607, BA, Sexta Turma, 11/6/2001, Relator: JUIZ DANIEL PAES RIBEIRO)*

Isto Posto, razão assiste a empresa impugnante, o qual este Município DEFERE pelo conhecimento, o qual fica SUPRIMIDA a exigência em tela.

### **III - DA CONCLUSÃO**

Diante do acima exposto, alinhado aos princípios gerais da Administração Pública, contidos na Constituição Federal e, especialmente, os norteadores das licitações, ênfase ao princípio da discricionariedade, a Comissão de Licitação, através de seu Pregoeiro **CONHECE** da impugnação interposta, vez que a mesma configura-se **TEMPESTIVA**, e quanto ao mérito decide pelo **DEFERIMENTO PARCIAL** dos pedidos de impugnação pelos motivos expostos, o qua fica **SUPRIMIDO a exigência de apresentação de CRC, conforme item 6.15 e 6.15.1 do edital.**

**Considerando que, a supressão não altera a apresentação das propostas,** mantendo-se os demais termos do Edital inalterado, e a realização da sessão na data e horário já previamente marcados.

**Ressalta-se ainda, que a presente decisão está em sintonia com os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, do julgamento objetivo, da finalidade, portanto, respeitadas as normas que regem a modalidade em comento.**

É o que me cabia decidir e informar.

Talismã - TO, 27/03/2023

Eder Nunes Ramalho

Pregoeiro Designado