CONCORRÊNCIA Nº 20/0009

Impugnante: Futura Climatização Distribuidora, Comércio e Serviços Ltda.

D E C I S Ã O

1. do relatório

Trata-se de Concorrência, tombada sob o nº 20/0009, e que tem como objeto a seleção da melhor proposta a execução das obras e serviços de "***instalação de sistema de geração de energia solar fotovoltaica conectado à rede (on-grind), compreendendo a elaboração e o desenvolvimento do(s) projeto(s) executivo(s) e a respectiva aprovação perante a concessionária, o fornecimento, a montagem, o comissionamento e a ativação de todos os equipamentos e materiais, a efetivação do acesso à rede da concessionária de energia, o treinamento e o suporte técnico***" para as Unidades do Centro de Turismo e Lazer do SESC Atalaia, do SESC Socorro, do SESC Socorro Anexo e nas novas Unidades do SESC Comércio e do SESC Itabaiana, submetida agora a julgamento da impugnação requerida pela empresa Futura Climatização Distribuidora, Comércio e Serviços Ltda.

Pelo que se infere das alegações, o edital padeceria dos seguintes vícios: a) ausência de regra quanto ao prazo e à forma de devolução da garantia de proposta exigida no item 4.6 do edital; b) exigência de garantia de proposta, com a assunção de despesa dali decorrente, antes da assinatura do contrato; c) exigência de capacidade técnica operacional e profissional com quantitativo excessivo, por ser superior a 50% do se pretende contratar; e d) exigência de "garantia de proposta" (sic) cumulada com patrimônio líquido e índices econômicos.

No julgar da impugnante, tal exigência não encontraria amparo legal. Além do mais, restringiria o caráter competitivo da licitação. Assim, ao final, requer sejam alteradas as referidas "previsões do edital".

2. dos fundamentos da decisão

2.1. da não incidência da Lei nº 8.666/93

A priori, cumpre salientar, por oportuno, que, ao revés do imaginado pela impugnante, o SESC é uma entidade de natureza privada e tem um regulamento próprio, instituído pela Resolução nº 1.252/2012, que disciplina as contrações e as licitações de seu interesse. **Não se trata, assim, de órgão da Administração Pública. Os limites impostos pelas normas do Direito Administrativo aos agentes públicos, logo, não se lhe aplicam. Não se encontra sujeito por isso, aos estritos limites da Lei nº 8.666/93 (Licitações e Contratos Administrativos).**

E como entidade de natureza privada, a ela é assegurado fazer tudo que não seja proibido em lei (art. 5º, inciso II, da CF/88) e/ou nos seus próprios normativos. Diferente de órgão e/ou entidade integrante da Administração Pública, que, como corolário do princípio da legalidade administrativa, só pode fazer aquilo que a lei expressamente autoriza e no silêncio da lei está proibido de agir.

2.2. da garantia de proposta – devolução – art. 12, III, "a", Resolução nº 1.252/12

Como condição de participação, nos termos que disciplina os itens 4.6 e seguintes do edital, foi fixada a obrigatoriedade de oferta pelas licitantes, até a data de abertura do certame, de garantia de proposta – que se distingue da garantia contratual - no valor de R$ 61.748,15 (sessenta e um mil, setecentos e quarenta e oito reais e quinze centavos), na forma de caução em dinheiro ou fiança bancária ou seguro garantia.

A esse respeito, alega o impugnante que haveria omissão quanto à forma e ao prazo de sua devolução, razão pela qual requer que seja alterado o instrumento convocatório para a fixação de regra naquele sentido. Sucede que não há necessidade.

Por sua natureza, como se trata de instituto que visa resguardar a futura contratante de uma eventual recusa da empresa vencedora em honrar a sua proposta, por lógico que a referida garantia – também conhecida como garantia de participação - deverá perdurar até a assinatura do contrato. Aliado a isso, impõe-se aplicar para as demais licitante, por analogia, a mesma regra do art. 12, inciso III, alínea "a", do Regulamento de Licitações e Contratações do SESC/SE (Resolução nº 1.252/12).

O pedido de alteração, assim, resta indeferido.

2.3. da fixação razoável de quantitativo mínimo para qualificação técnica

Nesse particular, argumenta a impugnante que a exigência do quantitativo mínimo de "produção mensal" de 50.000 KWh/mês, como condição plena de capacidade técnica operacional e profissional quanto à execução de obras/serviços de instalação de sistema de geração de energia solar, seria excessiva e, assim, restringiria o caráter competitivo da licitação, porque, no seu entender, equivaleria ao "máximo que será executado".

Com efeito, não lhe assiste razão. O edital e o termo de referência são categóricos em indicar que o objeto da futura contratação implicará na execução de obras e serviços para a instalação, a um só tempo, de um conjunto de usinas fotovoltaicas com uma capacidade de produção mensal da ordem de 150.500 KWh/mês. E é esse valor que deve ser considerado para a mensuração e cotejo da qualificação técnica, porque é o desafio a ser superado.

A quantidade 50.000 KWh/mês, por isso, equivale a 33,22% do total do objeto do contrato. Logo, diferente do argumentando, não está sendo exigida a comprovação de experiência anterior e, assim, a prova da capacidade técnica em quantidade correspondente ao máximo da contratação. A exigência do instrumento convocatório está em harmonia com o posicionamento do Tribunal de Contas da União.

O pedido, por isso, carece de fundamento, razão pela qual nada há a ser deferido.

2.4. da cumulação de garantia contratual com índices contábeis e patrimônio líquido

Extrai-se do quando exposto pela impugnante, que, a seu juízo, haveria ilegalidade do edital por exigir a comprovação de patrimônio líquido mínimo e índices contábeis que comprovem a boa situação financeira cumulada com a exigência de "garantia de proposta" e/ou "garantia contratual", por contraria as disposições da Lei nº 8.666/93.

Mais uma vez, conforme exposto alhures, o SESC é uma entidade de natureza privada e tem um regulamento próprio, instituído pela Resolução nº 1.252/2012, que disciplina as contrações e as licitações de seu interesse. As vedações impostas pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos não se lhe aplicam. Logo, a regra limitadora do § 2º do art. 31 da Lei nº 8.666/93 não lhe diz respeito.

Por sua vez, ao disciplinar a questão da qualificação econômico-financeira, a citada Resolução nº 1.252/2012 é categórica em admitir que se exija das licitantes, conforme expressamente disposto no seu art. 12, inciso III, **(a) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, ou balanço de abertura no caso de empresa pré-constituída, que comprovem a situação financeira da empresa, através de cálculo de índices contábeis previstos no instrumento convocatório; (b) certidão negativa de falência expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; (c) garantia de proposta, nas mesmas modalidades e critérios previstos no art. 27 deste Regulamento, que para o licitante vencedor será devolvida quando da assinatura do contrato; (d) capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo.**

Como evidenciado, além de inexistir taxativa proibição, que por si só já seria suficiente, o nosso Regulamento de Licitações e Contratos autoriza a cumulação das exigências de patrimônio líquido mínimo e índices contábeis que comprovem a boa situação financeira cumulada com a exigência de "garantia de proposta". O mesmo se aplica à "garantia contratual", na forma do disposto no seu art. 27.

A licitação, cumpre não olvidar, deve ser pautada de acordo com os legítimos interesses do SESC - Unidade Regional do Estado de Sergipe, de acordo, assim, com o que julga adequado, desde que obedecidos os preceitos e princípios da Resolução nº 1.252/2012 e que não atentem contra expressa vedação legal. É o caso em tela.

O edital, assim, segue e como de fato seguiu os preceitos e os princípios do Regulamento de Licitações e Contratos do SESC. Não há nada que revele a existência de regra frustrando o caráter competitivo da Licitação. A simples alegação da impugnante por si só não é suficiente, porque não goza de presunção de veracidade.

A impugnação, assim, não merece ser acolhida. Mantém-se inalterado o edital também nesse particular.

3. da parte dispositiva

Ante o exposto, como se os argumentos acima aqui estivessem transcritos, decide esta Comissão Permanente de Licitação conhecer da impugnação requerida pela Futura Climatização Distribuidora, Comércio e Serviços Ltda., posto que tempestiva, **mas indeferir os pedidos e, consequentemente, manter inalterados os requisitos e as regras do Edital.**

Aracaju, 29 de janeiro de 2021.

José Robson Almeida Santos
Presidente da Comissão

Michelle Prado Campos Moura
Membro

Luzula dos Reis Melo
Membro