



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE DO CANAÃ
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Processo n°:
000853/2023

Folha n°:

Rubrica:

PARECER JURÍDICO

Interessado: Comissão Permanente de Licitações.

Assunto: Recurso Administrativo – Impugnação Edital

Processo Administrativo: 000853/2023

EMENTA: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL. PREGÃO PRESENCIAL N° 011/2023. PARECER PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO INTERPOSTO. TEMPESTIVIDADE. PELA RETIFICAÇÃO DO EDITAL E PROSSEGUIMENTO DO CERTAME.

RELATÓRIO:

Vieram os autos a esta Procuradoria, encaminhados pela Comissão Permanente de Licitações, por meio de seu Presidente, acerca de Impugnação ao Edital de Pregão Presencial n° 11/2023, interposta pela empresa MARÇAL PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA.

- Constam dos autos:
- Impugnação de Edital;
- Despacho do Presidente da CPL relatando os dados do certame;

Em síntese, a empresa, pretende a ALTERAÇÃO/RETIFICAÇÃO do Edital de Licitação, do item 11 – DA GARANTIA CONTRATUAL:

11.1 A LICITANTE VENCEDORA, fica obrigada à prestação de garantia, na forma do § 1º do art. 56 da Lei n.º 8.666/93, correspondente a 5% (cinco por cento) do valor do Contrato, com validade até 30 (trinta) dias após a data prevista para seu vencimento, que deverá ser efetuada até a data da assinatura do contrato.

11.2. A garantia prestada em dinheiro pela LICITANTE VENCEDORA, será restituída pelo **MUNICÍPIO**, em 05 (cinco) dias úteis após a recebimento definitivo/atestado da prestação de serviços, aceita pela Administração Municipal, desde que requerida de forma expressa.

Afirma a Licitante que a exigência da Garantia contratual constante no ITEM 11 do Edital deverá ser modificado e abrangido para todas as modalidades de garantias contratuais previstas e asseguradas pela Lei, não caracterizando assim irregularidades e excesso de pedidos.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE DO CANAÃ
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Processo nº:
000853/2023

Folha nº:

Rubrica:

No mesmo pedido de Impugnação ao Edital, questionado fora o Item 14 DA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

14.1 -

d.3) Laudo de ensaio de resistência, ensaio de carga e/ou ensaio de compressão em amostra utilizada para montagem de estrutura de arquibancada, camarotes, piso suspenso, passarela, e afins, submetido a esforço de compressão, distribuídos de no mínimo 700kgf/m² em nome da empresa licitante e realizado em laboratório de qualidade técnica com certificado

A empresa afirma que a manutenção deste item importa na restrição a ampla concorrência de empresas que possuem as mesmas condições e capacidade técnica e interesse em ofertar lances a fim de disputar o melhor preço para o referido objeto.

É o breve relatório, pelo qual passamos a analisar a matéria.

ANÁLISE JURÍDICA:

A Constituição Federal brasileira determina que a administração pública obedeça aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, caput).

Explicita ainda a Constituição a necessidade de observância desses princípios ao exigir que as obras, serviços, compras e alienações sejam contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes (art. 37, inciso XXI).

Para regulamentar o procedimento da licitação exigido constitucionalmente, foi inicialmente editada a Lei n. 8.666/1993. Com a Lei n. 10.520/2002, mais uma modalidade licitatória (pregão) foi introduzida no modelo brasileiro, ao qual se aplicam subsidiariamente as regras da Lei n. 8.666/1993.

Seja qual for a modalidade adotada, deve-se garantir observância da isonomia, legalidade, impessoalidade, igualdade, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo, previstos expressamente na Lei n. 8.666/1993.

Preliminarmente, a impugnação foi interposta **dentro do prazo legal**, ou seja, tempestiva.

Denota-se do exame dos autos principais do qual se originou o procedimento licitatório impugnado, que o Aviso de Licitação foi devidamente publicado na imprensa oficial em 10 de abril de 2023.

Consoante previsão editalícia, o prazo para impugnação é até o segundo dia útil antecedente à abertura dos envelopes, conforme item que transcrevemos, assim como dispõe o artigo 41, § 2º, da Lei nº 8.666/93, o prazo para impugnação aos termos do edital, é até o segundo dia útil que antecede a data da abertura das propostas:

“Art.41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE DO CANAÃ
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Processo nº:
000853/2023

Folha nº:

Rubrica:

(...)

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Decairá do direito de impugnar os termos do presente edital aquele que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes.

Assim, computados os prazos legais, a sessão pública de abertura dos envelopes estava devidamente designada para o dia 24 de abril de 2023.

O pedido de impugnação foi interposto em 18 de abril de 2023, estando portando tempestiva, tendo em vista que o segundo dia útil anterior a abertura dos envelopes era o dia 19 de abril de 2023.

Cumpra registrar, antes de adentrar e rebater os tópicos aventados pela Recorrente, que o provimento parcial da impugnação decorre, inicialmente, do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, e ainda, aos Princípios da Isonomia e Legalidade.

O artigo 3º da Lei de Licitações preleciona que tanto a Administração Pública como os interessados ficam obrigados à observância dos termos e condições previstos no Edital.

Por sua vez, o Instrumento Convocatório é claro ao elencar os documentos necessários para que o licitante comprove a sua capacidade técnica.

Em relação a Garantia contratual, esta tem por finalidade assegurar indenização ao ente contratante no caso de prejuízos causados pelo inadimplemento do particular contratado, incluindo, ainda, valores devidos em razão da aplicação de multas e do não cumprimento de outras obrigações previstas em legislação específica, conforme o caso.

Diogenes Gasparini define a garantia como: ***“toda reserva de bem ou de responsabilidade pessoal com vistas a assegurar a execução do contrato e, conforme o caso, utilizável pelo Poder Público contratante para ressarcir-se de prejuízos causados pelo contratado ou se pagar de multa que lhe fora aplicada e não satisfeita.”*** (grifo nosso).

A respeito, dispõe a Lei nº 8.666/93:

“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.
§ 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;



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE DO CANAÃ
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Processo n°:
000853/2023

Folha n°:

Rubrica:

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.

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato.

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.”

Dessa forma, quando definido pela autoridade administrativa, a exigência em seu certame, cabe à Administração disciplinar adequadamente a matéria no instrumento convocatório, sendo fundamental a prévia determinação do percentual a ser exigido para tal fim (que deve ser fixado em patamar compatível com o vulto e os riscos envolvidos na contratação), conforme previsão editalícia do pregão em questão, o período a ser abrangido pela garantia e as condições de sua atualização e devolução.

E ao particular vencedor do certame caberá escolher uma das modalidades de garantia previstas na lei, apresentando-a dentro do prazo assinalado e de acordo com as exigências feitas, sob pena de inadimplemento contratual.

Ao analisar as razões de impugnação exclusivamente quanto às alegações relativas à forma de exigência de garantia contratual, notamos que ao final do tópico afirma a Impugnante: *“Por esta razão, entendemos que o ITEM 11 deva ser modificado e abrangido para todas as modalidades de garantias contratuais previstas e asseguradas pela Lei, não caracterizando assim irregularidades e excesso nos pedidos.”*

Nesse íterim, nota-se claramente há uma confusa interpretação pela Impugnante quanto as normas editalícias, visto que a redação do item 11.1 é cristalina quanto a *“prestação de garantia, na forma do § 1º do art. 56 da Lei n.º 8.666/93, correspondente a 5% (cinco por cento) do valor do Contrato.* Ou seja, a redação do edital já prevê expressamente que a formas de garantia são todas as previstas na legislação que rege o certame, ora transcrita acima.

Em outras palavras, não há óbice quanto a apresentação do tipo de garantia contratual discricionariamente escolhido pela empresa vencedora do certame, desde que esteja elencado no rol do § 1º do art. 56 da Lei Federal n.º 8.666/93.

Observa-se ainda que o edital prevê de maneira pormenorizada o procedimento relativo a prestação de garantia em dinheiro, já que este demanda requisitos especiais, pois, o particular irá promover um depósito em conta de titularidade do Município. Mas, tal redação aplicar-se-á tão somente aos casos em que a empresa optar pelo tipo de modalidade de garantia *“caução em dinheiro”*.



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE DO CANAÃ
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Processo n°:
000853/2023

Folha n°:

Rubrica:

Dito isso, no que tange as exigências de seguro garantia, ora previsto no item 11, pugnamos pela manutenção da redação editalícia, que está em total sincronia com a legislação licitatória aplicável, razão pela qual NÃO subsistem motivos para qualquer alteração do Edital quanto a esse ponto.

Prosseguindo, passaremos a discorrer sobre o segundo ponto de impugnação ventilado, qual seja, apresentação de laudo de ensaio, na forma do item 14, alínea “d.3” do edital em comento.

Em matéria de QUALIFICAÇÃO relativa às empresas interessadas em participar de certames licitatórios e a estrutura para atendimento das demandas da Administração Pública, a legislação como um todo é incapaz de esgotar taxativamente as exigências que devem ser impostas aos licitantes, o que exige a avaliação de cada caso a partir de suas peculiaridades concretas, o que ocorreu com a Impugnação que ora nos manifestamos.

A exigência de qualificação técnica como requisito de habilitação das empresas licitantes, pressupõe medida acautelatória, adotada pela Administração com vistas à garantia mínima de que os contratantes cumprirão suas obrigações a contento, não constituindo, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo das licitações. Portanto, tais imposições são admitidas, e devem ser pertinentes e compatíveis com o objeto da licitação, e quando estabelecidas como requisitos de habilitação, devem guardar relação com as garantias indispensáveis ao cumprimento do objeto.

Ressalta-se que, a previsão em comento não fere qualquer princípio do direito administrativo estando, pois, amparada na legalidade.

Portanto, a leitura sistêmica da legalidade formal autoriza a administração a estabelecer comprovação de qualificação técnica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações pretendidas, limitadas às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo, prevendo-as no edital. Assim, entendo que não há ilegalidade na previsão Editalícia de parcelas que tecnicamente e/ou economicamente sejam relevantes para a consecução do objeto.

Todavia, a relevância técnica guarda natureza com condições particulares da contratação. Não é raro se ter contratações cujo item de maior complexidade técnica e cuja inadequada execução coloca em risco toda a contratação, assim como neste caso de que tratamos, a tarefa mais árdua e primordial é garantir que durante todo o evento a segurança dos Municípios seja preservada.

Sobre esse assunto importa observar o magistério especializado de Carlos Ari Sundfeld e Juliana Bonacorsi de Palma:

É evidente que tais exigências [qualificação técnica e econômica] limitam a competição no certame licitatório, pois resultam na exclusão de todos aqueles que, não podendo atendê-las, veem-se privados da oportunidade de contratar com o Estado. Está-se aqui, no entanto, perante limitação perfeitamente legítima à ampla possibilidade de disputa dos mercados públicos, que a licitação visa a propiciar; trata-se simplesmente de realizar o interesse público (o de não ocorrer o risco de contratar com empresas desqualificadas), mesmo com a frustração de algum interesse privado (o de obter o máximo possível de negócios).



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE DO CANAÃ
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Processo nº:
000853/2023

Folha nº:

Rubrica:

(SUNDFELD, Carlos Ari. Requisitos de habilitação técnica para obras e o controle judicial do ato de inabilitação. In: Pareceres, v.III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.132 apud (SUNDFELD, Carlos Ari et al. Direito da Infraestrutura São Paulo: Saraiva, 2017, p.43)

Ainda sobre a qualificação técnica são relevantes as lições de Carvalho Filho:

Para outros, é possível que o edital fixe condições especiais para tal comprovação, de acordo com a complexidade do objeto do futuro contrato, invocando-se, como fundamento, o art. 37. XXI, da CF, que alude a “exigências de qualificação técnica”.

Importa observar do texto doutrinário que a qualificação técnica deve ser estabelecida conforme a complexidade do objeto pretendido na contratação. **A avaliação da complexidade é ato discricionário do técnico autor da proposta, que deve em sua motivação estabelecer as premissas que levaram ao estabelecimento das regras restritivas, observando que a motivação é requisito de validade do ato administrativo.**

Nesse interregno, cabe observar, também, que a complexidade do objeto não se verifica pela simples descrição da contratação, mas pela natureza implícita dos elementos que a compõe, das condições locais gerais e particulares, do histórico de eventos de manutenção, das necessidades da Administração com fito de garantir a boa prestação do serviço público à sociedade, e dos riscos, neste específico caso, especialmente a segurança da estrutura do evento.

Logo, a definição do item de relevância técnica pautado na observação das particularidades da contratação, inclusive àqueles cuja não execução possa colocar em risco os objetivos da Administração com o objeto contratado, neste caso as condições de segurança da estrutura e de seus usuários, não parece, ao meu sentir, desproporcional e, tampouco, caracterize flagrantemente o caráter competitivo do processo licitatório, como alega a Licitante.

Não bastasse, é preciso aqui novamente mencionar que a exigência de Laudo de ensaio tem por finalidade exclusiva garantir que a Administração Municipal esteja acobertada por documento oficial cujo conteúdo corrobore com a segurança que as estruturas temporárias devem estar revestidas.

Ou seja, promover eventos de lazer e entreterimento em prol dos munícipes e turistas, movimentando a vida econômica e social da cidade e fomentando o turismo, demanda uma responsabilidade mais robusta por parte do Município quando estamos diante de eventos como o rodeio e shows nacionais, cujas estruturas são temporárias, que é o caso dos autos.

Há que se avaliar ainda que toda exigência imposta ao Contratado que tenha o condão de propiciar maior segurança aos usuários é plenamente válida, desde que revestida de finalidade pública e legalidade, o que *in casu* aplica-se perfeitamente.

Necessário consignar que a exigência de Laudo de ensaio de estruturas temporárias guarda relação direta com o que preconiza o artigo 75 da Lei Federal nº 8.666/93:



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE DO CANAÃ
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Processo nº:
000853/2023

Folha nº:

Rubrica:

Art. 75. Salvo disposições em contrário constantes do edital, do convite ou de ato normativo, **os ensaios, testes e demais provas exigidos por normas técnicas oficiais para a boa execução do objeto do contrato correm por conta do contratado.** (grifos e negritos nossos)

Nesse sentido, a legislação licitatória é clarividente quanto a possibilidade de a Administração Pública exigir das empresas contratadas que demonstre através de laudos ou testes, além das demais provas técnicas oficiais, que os equipamentos utilizados para execução dos serviços são de fato, tal qual o exigido e serão necessários e suficientes à boa execução contratual na prática.

In casu, o ensaio de Carga mostra seu caráter imprescindível diante de um evento do porte que o Município programa realizar, pois, como dito, estamos diante de execução de serviços cuja estrutura é temporária, e, acaso não haja um mecanismo prévio de verificação das montagens das estruturas, a execução restará frágil, contribuindo sobremaneira para um eventual acidente no qual vidas poderiam ser ceifadas, indo em total desencontro do objetivo, que é promover lazer aos participantes.

Entretanto, a exigência contida no Edital quanto ao ensaio de carga encontra-se elencada no item que trata da qualificação técnica, exigindo que este documento seja apresentado ainda na fase de habilitação da empresa que apresentar menor preço.

Sobre este ponto, qual seja, o momento de apresentação do laudo de ensaio, assiste razão o Impugnante, conforme extrai-se da própria fundamentação exposta pelo mesmo.

Vejamos ainda outros entendimentos sobre o tema

“Acórdão 538/2015-Plenário

Enunciado: Na fase de habilitação, é ilegal a exigência de apresentação de laudos de ensaios técnicos para comprovação de qualidade de insumo ou produto. Desde que previsto no instrumento convocatório, na fase de propostas a Administração pode exigir, do licitante provisoriamente classificado em primeiro lugar, em prazo razoável e suficiente para tal, a apresentação de amostra do produto ou insumo, acompanhada dos laudos técnicos necessários a comprovar a qualidade do bem a ser fornecido.”

“Acórdão 4614/2008-Segunda Câmara

Enunciado: É ilegal qualquer exigência ou procedimento que implique aos licitantes a realização de despesas anteriores à contratação.”

Em que pese a Administração Pública possa exigir a apresentação do laudo de ensaio, o seu momento de exigência realmente não deveria ser o momento da habilitação, mas, sim em momento posterior à assinatura do contrato.

Acerca do tema, em específico quanto ao artigo 75 da Lei Federal nº 8.666/93, acima transcrito, o Ilustre professor Marçal Justen Filho sabiamente discorreu sobre a responsabilidade pelos custos do controle de qualidade, atribuindo à responsabilidade aos fornecedores, desde que o instrumento convocatório elenque expressamente. Vejamos:

(...)



PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO ROQUE DO CANAÃ
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Processo n°:
000853/2023

Folha n°:

Rubrica:

Os custos atinentes a controle de qualidade são de responsabilidade do particular. Mesmo quando caiba à Administração escolher os testes que serão realizados ou a instituição que os promoverá, o particular arcará com o custo respectivo. A regra justifica-se inclusive por circunstância prática. Se coubesse à Administração desembolsar tais valores, acabaria ocorrendo uma inviabilidade de sua efetivação. A Administração dependeria da liberação orçamentária de verbas. A carência, temporária ou permanente, de recursos para tais exames poderia constituir obstáculo ao controle de qualidade.

A regra é supletiva. Poderá ser afastada pela Administração, se assim reputar mais adequado.

(Marçal Justen Filho -in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Editora Revista dos Tribunais, ed. 2016, e-book)

De todo exposto, razão assiste ao Impugnante sobre o momento de apresentação do laudo de ensaio, vez que a Administração Pública não pode onerar o licitante no momento da habilitação, podendo exigir apenas a declaração de que cumpre efetivamente as condições do Edital, conforme os entendimentos esposados na Impugnação, com o qual comungamos.

CONCLUSÃO:

Face ao exposto, entende-se:

I – Pelo conhecimento da IMPUGNAÇÃO, vez que tempestiva, e no mérito pelo PROVIMENTO PARCIAL da Impugnação apresentada pela licitante MARÇAL PRODUÇÕES E EVENTOS LTDA, com a consequente retificação do Edital quanto ao momento da exigência da do laudo de ensaio constante do item 12.7, item d.3, devendo fazê-lo somente no momento posterior à assinatura do contrato.

Pugnamos, portanto, pela retificação do termo de referência pela Secretaria Municipal da pasta, e igualmente o edital, quanto a esse ponto, e após retornar a minuta para apreciação e aprovação.

Salvo melhor entendimento, é o Parecer que encaminhamos ao Setor de Origem para decisão.

São Roque do Canaã – ES, 19 de abril de 2023.

THAÍS RODRIGUES
Assistente Jurídica
OAB/ES 24.855