

DECISÃO

**LICITAÇÃO Nº. 099-
2020 CONCORRÊNCIA PÚBLICA
INTERNACIONAL Nº. 026-2020.
RECURSO ADMINISTRATIVO.
CONHECIDO. INDEFERIMENTO.**

ARGUMENTOS DE RESPOSTA A RECURSO ADMINISTRATIVO

CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 026/2020

RECORRENTE: CONSÓRCIO CONCIP FEIRA DE SANTANA

A Comissão Especial de Licitações da Prefeitura de Feira de Santana/BA vem apresentar sua análise em face do Recurso Administrativo interposto pelo Consórcio Concip Feira de Santana, que questiona a decisão desta Comissão Especial que declarou o Consórcio Conecta Feira vencedor do Edital de Concorrência nº026/2020, cujo objeto é a concessão administrativa, da prestação dos serviços de iluminação pública no município de Feira de Santana, incluídos o desenvolvimento, modernização, expansão, efficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública.

Considerando as razões abaixo pormenorizadas, antecipa-se que esta Comissão Especial de Licitação decidiu por conhecer do recurso administrativo

e, no mérito, indeferi-lo integralmente, mantendo sua decisão acerca da habilitação e declaração do Consórcio Conecta Feira como vencedor da Concorrência Pública nº 026/2020.

I. BREVE SÍNTESE

1. Em apertada síntese, trata-se de Recurso Administrativo interposto pelo Consórcio Concip em face da decisão da Comissão Especial de Licitação que declarou o Consórcio Conecta Feira vencedor do Edital de Concorrência nº026/2020, que tem por objeto a Concessão administrativa para prestação dos serviços de iluminação pública do município de Feira de Santana/BA.

2. O Recorrente requer a inabilitação do Consórcio Conecta Feira sob os argumentos de que os requisitos legais e editalícios de habilitação econômica e jurídica não teriam sido atendidos pelas consorciadas que integram o referido consórcio vencedor do certame, quais sejam, as empresas Proteres Participações S.A., MG3 Infraestrutura e Participações Ltda. High Trend Brasil Serviços e Participações Ltda. e RT 071 Empreendimentos e Participações Ltda.

II. DA ANÁLISE DAS ALEGAÇÕES DO RECORRENTE

II.1 - DO SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DA QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA.

3. O Recorrente alega, inicialmente, que as empresas que compõem o Consórcio Conecta Feira não preencheriam os requisitos legais que comprovassem a “boa situação financeira” das consorciadas, isoladamente. Aduz que não bastaria a simples juntada do balanço patrimonial, devendo a comprovação da saúde financeira das consorciadas ser feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis.

4. Em que pese os argumentos apresentados pelo Recorrente, seu entendimento não está correto.

5. O conceito de “boa situação financeira” deve ser interpretado em um contexto fático-jurídico que assegure a qualificação econômico-financeira capaz de garantir a execução adequada do objeto contratual. E esta qualificação econômico-financeira, por sua vez, conforme estabelecido no artigo 31 da Lei 8.666/93, pode ser apurada por outros meios, além dos índices previstos nos § 1º e 5º do referido artigo.

6. A própria Lei Geral de Licitações previu que, optando-se pela exigência de índices contábeis para fins de comprovação da “boa situação financeira” dos licitantes, estes índices deverão estar expressos no ato convocatório e deverão ser justificados no processo que instruiu a licitação (art. 31, §5º). Nesse sentido, o próprio Tribunal de Contas da União, na Súmula 289, definiu que *“a exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade”*.

7. Vale dizer, não é obrigatória a utilização de índices contábeis para medir a capacidade financeira de licitantes, no entanto, caso sejam exigidos pela Administração, os índices deverão ser justificados no processo da licitação e deverão ser definidos de acordo com as características do objeto licitado.

8. Ocorre que, como não há obrigatoriedade de se exigir atendimento a índices contábeis, o edital em questão (Concorrência Pública nº 026/2020) optou por se valer de outras formas para avaliar a qualificação econômico-financeira dos proponentes.

9. Aqui, o interesse público está resguardado pela apresentação de garantia de proposta (item 10 do Edital), garantia de execução (item 19.3“iii” do Edital), experiência na captação de recursos para empreendimento de grande porte (item 12.3.4 do Edital), integralização de capital social mínimo na SPE

(item 19.3“v” do Edital), e exigência de apresentação de experiência técnica previamente a assinatura do contrato (item 19.3“iv” do Edital). Todas essas exigências, além daquele já previsto para qualificação econômico-financeira, garantem a capacidade de executar o objeto contratado.

10. O descumprimento das regras acima gera a desclassificação da proponente, com aplicação de penalidade e convocação do segundo lugar, vide, por exemplo, itens 19.6 e 19.8 do instrumento convocatório.

11. Não é possível, portanto, inabilitar proponente com base em critério que não constava no edital, por afrontar ao princípio da vinculação ao instrumento licitatório e a isonomia dos demais participantes. Nesse aspecto, o TCU entende que a inabilitação com base em critério não previsto em edital viola os princípios da legalidade, do julgamento objetivo e da vinculação ao disposto no instrumento convocatório ([Acórdão 6979/2014-Primeira Câmara](#)).

12. Não tendo o Recorrente se insurgido contra o Edital em momento oportuno (inclusive durante a Consulta e Audiência Pública do Projeto), não cabe outorgar interpretação expansiva do conteúdo editalício para gerar novas regras ao certame.

13. Não há que se falar em ilegalidade, portanto, uma vez que os licitantes estão adstritos ao instrumento convocatório, e o edital não estabeleceu qualquer índice contábil como requisito a ser atendido no julgamento da qualificação econômico-financeira dos licitantes.

II.2 - DA SUPOSTA IMPOSSIBILIDADE MATERIAL DE INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL DA SOCIEDADE COM PROPÓSITO ESPECÍFICO.

14. O Recorrente especula que, considerando-se o valor da concessão objeto do certame e o capital social integralizado das empresas que compõem o Consórcio Conecta Feira, as consorciadas não conseguirão integralizar na SPE os valores que correspondem à participação de cada consorciada, conforme

previsto no Termo de Compromisso de Constituição de Sociedade de Propósito Específico – SPE. Na visão do Recorrente, o Consórcio vencedor não teria “*condições de executar o objeto licitado*”.

15. De fato, o item 19.3 “v” do Edital prevê que a subscrição e integralização do capital social da SPE é condição para a assinatura do contrato. Ocorre que não cabe ao Recorrente realizar juízo de valor em relação à higidez financeira do Consórcio Conecta Feira, cujos requisitos de comprovação estão fixados de forma objetiva no Edital.

16. Vale lembrar que, nos termos do item 1.5“v” do Edital, a proponente declarou que “*dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e obtenção de recursos de terceiros necessários à consecução do objeto da CONCESSÃO, inclusive a obrigação de integralização no capital social da SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO*”. Nesse aspecto, independentemente de haver ou não integralizado o capital social mínimo exigido, poderá fazê-lo até a data de assinatura do Contrato de Concessão, seja via aporte de recursos de acionistas, seja por meio de estruturas de financiamento. Isso vale, inclusive, para a obtenção de todos os recursos necessários à prestação do objeto do Contrato de Concessão.

17. Reitera-se que, na hipótese de o Consórcio Conecta Feira não cumprir o avençado, existem ferramentas próprias para a Administração Pública lidar com a situação, com a aplicação de sanções, execuções de garantia da proposta, e, sendo o caso, a convocação do licitante que ficou em segundo lugar. Entretanto, vale reforçar, estas medidas só podem ser tomadas diante da concretização descumprimento de exigências objetivamente fixadas no Edital ou no Contrato de Concessão, jamais podendo ocorrer inabilitação por meras suposições, sob pena de ferir direito da licitante vencedora, a segurança jurídica e o princípio da vinculação ao Edital.

II.3 - DO SUPOSTO DESCUMPRIMENTO DE REGRAS EDITALÍCIAS PARA REGISTRO DE BALANÇOS E DEMONSTRAÇÕES FINANCEIRAS.

18. O Recorrente alega, em relação à empresa RT 071 Empreendimentos e Participações Ltda., que em razão da data de constituição da empresa (julho de 2020), seu balanço de constituição coincidiria com o balanço do mês anterior, sendo que referido balanço não estaria registrado perante o órgão de registro competente, conforme supostamente exigido pelo Edital.

19. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a possibilidade (necessidade para ampliar competição do certame) de se permitir que sociedades constituídas a menos de um ano apresentem informações financeiras provisórias, dado que não completaram o ano fiscal para conseguirem apresentar os balanços e demonstrações financeiras tal qual exigido pela legislação. Vejamos:

Tratando-se de sociedade constituída há menos de um ano e não havendo qualquer exigência legal a respeito do tempo mínimo de constituição da pessoa jurídica para participar da concorrência pública, não se concebe condicionar a comprovação da idoneidade financeira à apresentação dos demonstrativos contábeis do último exercício financeiro, sendo possível **demonstrá-la por outros documentos, a exemplo da exibição do balanço de abertura.** (STJ, REsp nº 1.381.152/RJ).

20. Como pode ser visto do trecho transcrito, as informações financeiras apresentadas para as sociedades constituídas a menos de um ano não são as mesmas exigidas para as demais empresas, em funcionamento há bastante tempo (cf., por exemplo, art. 1.181 e 1.184 do Código Civil).

21. Com efeito, inexistente obrigação legal de registrar o balanço de abertura das empresas constituídas há pouco tempo (menos de um ano), tampouco havendo regra editalícia nesse sentido. A regra editalícia é clara em somente

exigir a “*apresentação dos balancetes de constituição e o do mês anterior ao da DATA DE ENTREGA DOS ENVELOPES*” (item 12.3.2“iii.b” do Edital).

22. Desta sorte, descabido o argumento da Requerente, mantendo-se a avaliação de regularidade do documento da consorciada.

II.4 - DA SUPOSTA IRREGULARIDADE COM A INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL DE UMA DAS CONSORCIADAS

23. Além disso, aponto irregularidade em relação à pendência de integralização do capital social pela consorciada HTREND.

24. Em relação à suposta irregularidade da HTREND pela não integralização do seu capital social, reitera-se o argumento apresentado no tópico anterior e destaca-se: o edital não exige capital social mínimo das consorciadas, e a obrigação das consorciadas é promover a subscrição e integralização do capital social da SPE até a data da assinatura do contrato. Ausência de integralização de valores pelos cotistas da sociedade implicam em sua responsabilização perante a sociedade, mas não geram sua inabilitação imediata. Aqui, novamente, há suposição sobre a incapacidade financeira da licitante vencedora cumprir com o objeto contratual, o que esbarra em outras garantias fixadas no instrumento convocatório, conforme previamente assinalado. Dessa forma, não há qualquer irregularidade relacionada à HTREND neste ponto.

II.5 - DA SUPOSTA AUSÊNCIA DE HABILITAÇÃO JURÍDICA.

25. O Recorrente alega que “*por decorrência lógica*” a habilitação jurídica corresponderia ao dever de o licitante executar o objeto da licitação de acordo com suas atividades típicas. Assim, de acordo com a peça recursal, as empresas PROTERES, RT 071 e HTREND, por não apresentarem compatibilidade entre seus objetivos sociais e o objeto da licitação, deveriam ser inabilitadas, o que culminaria com a inabilitação do Consórcio Conecta Feira.

26. Sobre essa questão, é importante esclarecer que as sociedades empresariais não estão adstritas a executar tão somente as atividades expressamente previstas em seu ato constitutivo, visto que no ordenamento pátrio não vigora o princípio da especialidade da pessoa jurídica. Com efeito, o que se proíbe é que a empresa abuse dessa margem de liberdade para exercer atividade vedada ou exclusiva de determinada categoria profissional. Nesse sentido explica Marçal Justen Filho:¹

Em numerosos casos, tem-se verificado exigência de que o objeto “social” seja compatível com a atividade a ser desempenhada no futuro contrato. A questão exige aprofundamento, eis que vários equívocos acabam ocorrendo.

Entre nós, não vigora o chamado “princípio da especialidade” da personalidade jurídica das pessoas jurídicas. Esse princípio restringe a possibilidade jurídica da atuação das pessoas jurídicas aos limites do seu objeto social. Dito princípio vigorou nos primeiros tempos, quando as sociedades privadas passaram a receber personificação autônoma. No final do século XVIII e início do século XIX, as sociedades particulares recebiam personalidade jurídica como modalidade de “privilégio” atribuído pela Coroa. O ato real que concedia a personalidade jurídica delimitava a extensão da “existência” da pessoa jurídica. Assim, por exemplo, pessoa jurídica que recebia privilégio para negociar café não podia praticar atos de comércio de carne. Ao ultrapassar os limites fixados nesse ato de outorga de personalidade, caracterizava-se ato ultra vires, inválido automática e independentemente de qualquer outro vício.

Essas concepções foram superadas pela evolução sociocultural. A regra é que as pessoas jurídicas não recebem “poderes” para praticar atos dentro de limites precisos. A pessoa jurídica tem personalidade jurídica ilimitada, inclusive para praticar atos indevidos e reprováveis.

A fixação de um objeto social, contida no ato constitutivo da sociedade, não produz invalidade dos atos exorbitantes que vierem a ser eventualmente praticados. O ato praticado fora do objeto social é tão existente quanto aquele que se insira dentro dele. Não se verifica, de modo automático, a invalidade do ato em virtude da mera ausência de inserção do ato no objeto social. A fixação do objeto social destina-se, tão somente, a produzir efeitos de fiscalização da atividade dos administradores da sociedade. Os sócios podem pretender que os administradores sejam responsabilizados quando aplicarem o patrimônio social em atividades fora do objeto social.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 469-470.

A situação pode ser diversa quando existirem regras específicas acerca do exercício de certa atividade ou quando a atuação fora do objeto social submeter-se a reprovação em virtude de outra regra específica. Assim, por exemplo, uma sociedade simples não pode exercitar atividades empresariais e vice-versa. O motivo é que, ao dedicar-se a atividades de outra natureza, estará sujeita a regime jurídico diverso, inclusive no tocante à formalização de sua inscrição. Uma associação (sociedade simples sem fins lucrativos) não pode dedicar-se à atividade especulativa. Uma sociedade de economia mista, constituída para certo escopo, não pode dedicar-se amplamente à competição no mercado. Uma sociedade constituída para compra e venda de automóveis não pode dedicar-se à atividade bancária. Nesses exemplos, há regras específicas vedando o desempenho da atividade e submetendo-a a uma espécie de autorização por parte de autoridade competente.

Portanto, **o problema do objeto social compatível com a natureza da atividade prevista no contrato relaciona-se com qualificação técnica. Se uma pessoa jurídica apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, a ausência de previsão dessa mesma atividade em seu objeto social não poderia ser empecilho a sua habilitação.** Impedimento existiria apenas quando uma lei específica exigisse que o desempenho de atividade determinada fosse privativo de alguma categoria de sociedade. Por exemplo, atividade advocatícia é privativa de advogados inscritos na OAB. Admite-se a constituição de sociedades de advogados, mas somente quando constituídas em face da própria OAB. Logo, uma sociedade simples constituída por advogados, mas cujos atos constitutivos não foram arquivados na seccional da OAB (e, sim, no Registro Civil de Pessoas Jurídicas), não poderá participar de licitação que verse sobre serviços de advocacia.

27. O Recorrente, ao utilizar o argumento de incompatibilidade do objeto social com o objeto licitado, está, na verdade, buscando demonstrar suposta ausência de qualificação técnica das proponentes. No entanto, a apuração da referida qualificação técnica foi feita no âmbito do processo licitatório, tendo a licitante vencedora atendido aos critérios editalícios – o que não foi questionado pela Requerente.

28. Vale dizer, a Administração Pública já atestou que o Consórcio vencedor do certame detém aptidão técnica suficiente para executar o objeto da licitação quando da análise dos documentos de habilitação da capacitação técnica. Não será por meio da análise do contrato social que se concluirá pela incapacidade da proponente para desempenhar o objeto do contrato.

29. Ressalta-se que o TCU já destacou que a inabilitação de licitantes por falta de previsão expressa do objeto licitado em seu contrato social fere o caráter competitivo da licitação:

No que tange à questão de o objeto social ser incompatível com a atividade de transporte de pessoas, verifico uma preocupação exacerbada por parte dos gestores ao adotar a decisão de inabilitar a empresa. A administração procurou contratar uma prestadora de serviços devidamente habilitada para o exercício dos serviços terceirizados e, ao constatar que o objeto social da empresa Egel, na época da licitação, era "locação de veículos; locação de equipamentos; coleta, entrega e transporte terrestre de documentos e/ou materiais", vislumbrou que não estava incluída a possibilidade do transporte de pessoas.

De fato, não está expressamente consignado no contrato social o serviço de transporte de pessoas almejado pela CNEN. Porém, constam dos autos três atestados de capacidade técnica apresentados pela Egel que comprovam a prestação dos serviços desejados para três distintas pessoas jurídicas de direito público. (fls. 90, 99 e 100)

Se uma empresa apresenta experiência adequada e suficiente para o desempenho de certa atividade, não seria razoável exigir que ela tenha detalhado o seu objeto social a ponto de prever expressamente todas as subatividades complementares à atividade principal. (Acórdão 571/2006 – Segunda Câmara)

30. Adicionalmente, vale ponderar que o questionamento da Requerente não encontra amparo no Edital, visto que se permite a participação de fundos de investimento, instituições financeiras e entidades fechadas e/ou abertas de previdência complementar (vide item 6.1.1. do Edital). Em todos estes casos o objeto social certamente não será a prestação de serviços concessórios de iluminação pública. Cabe à SPE prever tal objeto social. E isso será realizado em momento oportuno, conforme atestado na documentação da licitante vencedora (vide termo de compromisso de constituição de sociedade de propósito específico, cf. item 6.3.11 do Edital).

31. Dessa forma, não se mostra condizente com o ordenamento jurídico pátrio a inabilitação de empresa pela mera não previsão do objeto de licitação no contrato social.

II.6 – DA POSSIBILIDADE DE SE REALIZAR DILIGÊNCIAS NA LICITAÇÃO

32. A Recorrente aparenta criticar a possibilidade de diligenciar no âmbito da licitação.

33. Não cabe qualquer dúvida quanto a possibilidade legal de se diligenciar numa licitação, haja vista expressa previsão normativa nesse sentido na Lei nº 8.666/1993:

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: [...]

§ 3º É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

34. Seguindo a legislação, o Tribunal de Contas da União detém jurisprudência pacífica sobre o assunto, encorajando a adoção de diligências para sanar questões formais, colher esclarecimentos e/ou complementações necessárias ao entendimento da documentação apresentada pelas licitantes. *In verbis:*

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CELG DISTRIBUIÇÃO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. INABILITAÇÃO DE LICITANTE POR NÃO ATENDIMENTO A CRITÉRIO TÉCNICO. CONHECIMENTO. OITIVA DA UNIDADE. INFORMAÇÃO REQUERIDA CONTIDA DE FORMA IMPLÍCITA NA DOCUMENTAÇÃO. EXCESSO DE FORMALISMO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÃO À CELG PARA QUE ANULE O ATO QUE DESCLASSIFICOU A EMPRESA, POSSIBILITANDO SUA PARTICIPAÇÃO NO CERTAME.

(...)

9. Se, mesmo assim, ainda pairassem dúvidas sobre o fato, a CELG poderia ter requerido esclarecimentos complementares, como previsto no art. 43 da Lei 8.666/1993, verbis:

“art. 43 (...)

§ 3º É facultada à comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo,

vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.” (grifei)

10. Desse modo, no caso concreto, a decisão de excluir o representante pela ausência de informação que constava implicitamente em sua documentação revela-se como formalismo **exagerado por parte dos responsáveis pela análise do certame, com prejuízo à sua competitividade**. Assim, deve ser determinado à CELG que desconstitua o ato irregularmente praticado, possibilitando o escritório Abbad, Barreto, Dolabella e Fiel Advogados Associados a prosseguir na Concorrência PR-SPLC-2.0003/14-PR.

35. No Edital, a possibilidade de a Comissão de Licitação se valer da diligência é reiterada em mais de uma oportunidade, afastando qualquer questionamento sobre o tema, vide itens 12.3.4.1.8, 15.2“ii”, 16.8 e 17.4.

36. Aliás, na Carta de Apresentação dos Documentos de Habilitação, todas as proponentes declararam ter “*pleno conhecimento dos termos do EDITAL e que os aceita integralmente, em especial, no que tange às faculdades conferidas à COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO de conduzir diligências especiais para verificar a veracidade dos documentos apresentados e buscar quaisquer esclarecimentos necessários para elucidar as informações neles contidas*”.

37. Como pode ser observado, resta incontestemente a possibilidade de se realizarem diligências, para esclarecer e complementar informações apresentadas pelas licitantes.

III.1 – DA DECISÃO

38. Diante do exposto, considerando a não demonstração de descumprimento das regras editalícias que autorizem a desclassificação da licitante vencedora **e, portanto, da proposta vantajosa apresentada no âmbito do certame em questão**, esta Comissão Especial de Licitação decide por conhecer do recurso administrativo e, no mérito, indeferi-lo integralmente, mantendo sua decisão acerca da habilitação e declaração do Consórcio Conecta Feira como vencedor da Concorrência Pública nº 026/2020.

39. Sendo o que nos cabia para o momento, remete-se a oitiva da Procuradoria Geral do Município, para manifestação acerca do tema e ratificação do Excelentíssimo Senhor Prefeito.

LUCIANA LIMA FLORES NASCIMENTO
Presidente da Comissão Especial de Licitação