

Carta Nº 019/2022

Belém (PA), 03 de Outubro de 2022.

REF: PREGÃO ELETRÔNICO Nº 019/2022 – CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA, COM PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, PARA A LOCAÇÃO DE USINAS FOTOVOLTÁICAS, DE MICRO OU MINIGERAÇÃO DISTRIBUÍDA, EM QUE SEU MONTANTE TENHA POTÊNCIA PICO MÍNIMA DE 9.358,80 KWP, PARA UMA PRODUÇÃO MÍNIMA ESTIMADA EM 12.960 MWH/ANO, CONECTADAS À REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA DA CONCESSIONÁRIA NO ÂMBITO DO ESTADO DO PARÁ, VISANDO ATENDER O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA DAS AGÊNCIAS E POSTOS DE ATENDIMENTO PERTENCENTES AO BANCO DO ESTADO DO PARÁ - BANPARÁ.

À

SANTA HELENA ELETROSOLAR E EQUIPAMENTOS LTDA,

Em resposta à impugnação interposta ao Edital do PE nº 019/2022, em que essa empresa questiona itens do Edital e do Termo de Referência, segue a manifestação do Banco após análise da área técnica:

- I. Quanto à impugnação à comprovação de capacidade técnica mínima de 0.5 MWp em usinas fotovoltaicas no território brasileiro para instituições públicas.**

A impugnante solicita impugnação ao edital nos seguintes termos:

II- DOS FATOS

*Foi publicado o Edital do Pregão Eletrônico nº 019/2022, tendo como objeto a **CONTRATAÇÃO DE EMPRESA ESPECIALIZADA, COM PROPOSTA MAIS VANTAJOSA, PARA A LOCAÇÃO DE USINAS FOTOVOLTÁICAS, DE MICRO OU MINIGERAÇÃO DISTRIBUÍDA, EM QUE SEU MONTANTE TENHA POTÊNCIA PICO MÍNIMA DE 9.358,80 KWP, PARA UMA PRODUÇÃO MÍNIMA ESTIMADA EM 12.960 MWH/ANO, CONECTADAS À REDE DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA***

DA CONCESSIONÁRIA NO ÂMBITO DO ESTADO DO PARÁ, VISANDO ATENDER O CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA DAS AGÊNCIAS E POSTOS DE ATENDIMENTO PERTENCENTES AO BANCO DO ESTADO DO PARÁ - BANPARÁ, com a conseqüente abertura de licitação na modalidade PREGÃO ELETRÔNICO.

Ocorre que tal edital, com a devida vênia, contém um erro substancial, que atenta contra sua regularidade. Trata-se de exigência sem fundamentação correspondente, conforme segue abaixo:

Foi detectado no edital de licitação falhas relativas aos itens 28, 28.1, 28.1.3:

28. DA HABILITAÇÃO:

28.1. REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA:

28.1.3. Comprovar capacidade técnica mínima de 0.5 MWp em usinas fotovoltaicas no território brasileiro para instituições públicas, por meio de homologação, adjudicação, contratos assinados ou outros documentos competentes. Grifo nosso.

Em especial o **item 28.1.3** exige que o licitante comprove capacidade técnica mínima de 0.5 MWp em usinas fotovoltaicas no território brasileiro para instituições públicas, por meio de homologação, adjudicação, contratos assinados ou outros documentos competentes.

Claramente, a exigência em tela fere os princípios da administração pública, pois torna a concorrência prejudica diretamente os licitantes que possuem mais de cinco anos de atividade.

Tal vício, além de prejudicar os licitantes, prejudica, mais ainda, a própria Administração Pública, que não conseguirá alcançar, de fato, a principal finalidade da licitação, que é a obtenção da melhor proposta.

III.I Do princípio da competição ou ampliação da disputa

O princípio da competição relaciona-se à competitividade, às cláusulas assecuratórias da igualdade de condições a todos os concorrentes. Viés deste princípio na área econômica é o princípio da livre concorrência (inciso IV do art. 170 da Constituição Federal). Assim, como a lei reprime o abuso do poder econômico que vise à denominação dos mercados e a eliminação da concorrência, a lei e os demais atos normativos não podem limitar a competitividade na licitação.

O inciso I do § 1º, do art. 3º, da Lei nº 8.666/93 ressalta ser vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo,

inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. O inciso II do mesmo parágrafo possui resquício dessa vedação ante a proibição de se estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras.

*Art. 3o A licitação destina-se a garantir a observância **do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) **grifo nosso***

§ 1o É vedado aos agentes públicos:

*I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, **cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5o a 12 deste artigo e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991; (Redação dada pela Lei nº 12.349, de 2010)*

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3o da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.

Qualquer cláusula que favoreça, limite, exclua, prejudique ou de qualquer modo fira a impessoalidade exigida do gestor público poderá recair sobre a questão da restrição de competição. Conforme o Tribunal de Contas, não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que a licitação se destina a garantir não só a seleção da

proposta mais vantajosa para a Administração, como também a observância do princípio constitucional da isonomia.

*O que temos no caso em tela, ao determinar pelo instrumento convocatório no **item 28.1.3**, que o licitante comprove capacidade técnica mínima de 0.5 MWp em usinas fotovoltaicas no território brasileiro **para instituições públicas**, por meio de homologação, adjudicação, contratos assinados ou outros documentos competentes, temos a nítida restrição da competitividade, pois para que um licitante tenha capacidade plena de entregar o objeto do pregão 019/2022, não há necessidade de ter prestado serviço similar para um ente público.*

Diante dos fatos, deve ser analisada a respectiva impugnação tempestiva do edital, conforme será demonstrado adiante.

Portanto, como se pode ver, a forma como os itens listados foram descritos viola a Lei do Pregão e, muito mais, a finalidade de obtenção da melhor proposta, maculando, ainda, a competitividade isonômica entre os licitantes.

III- DO DIREITO

DO PRAZO LEGAL PARA JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

O respectivo edital de licitação deve prever o prazo para julgamento das impugnações interpostas em consonância com o prazo previsto na legislação pátria.

*Em Direito Administrativo, em especial as disposições do Artigo 37 da Constituição Federal de 1988 que giza “A administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...” conhecido por muitos como **LIMPE**, sendo assim princípios extrínsecos a todo ato administrativo ao qual está vinculado a Administração Pública que o emana, observa-se que os requisitos da legalidade está sendo tolhido no caso trazido a lide.*

Nesse mesmo sentido é a legislação federal in verbis:

“Art. 3º. Lei Federal nº 9.784/1999.

O administrado tem os seguintes direitos

perante a Administração, sem prejuízo

de outros que lhe sejam assegurados:

I- ser tratado com respeito pelas autoridades e servidores, que deverão facilitar o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações;

II- ter ciência da tramitação dos processos administrativos em que tenha a condição de interessado, ter vista dos autos, obter cópias de documentos neles contidos e conhecer as decisões proferidas; (grifo acrescentado) III- formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente; IV- fazer-se assistir, facultativamente, por advogado, salvo quando obrigatória a representação, por força de lei.”

Assim diante de tais atos praticados que impedem o impugnante de competir de forma isonômica, pois favorece qualquer outro licitante que tenha menos de cinco anos de atividade.

Consagra ainda tais argumentos o Artigo 5º, inciso LIV e LV da Constituição Federal, a seguir transcrito:

“Art. 5º CF Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;” (grifo acrescentado)

Portanto, diante do exposto deve ser corrigido o edital elaborado para a respectiva licitação, com o respectivo adiamento da sessão do pregão eletrônico haja vista a necessidade de contemplar TODOS os atestados de Capacidade Técnica, independente do prazo de emissão, haja vista, o mesmo ter como característica o não perecimento, marcando-se assim a próxima sessão para prazo razoável à conclusão das adequações propostas.

IV- DOS REQUERIMENTOS

Ante o exposto, requer a Vossa Senhoria:

1 - A retificação do edital licitatório para previsão de comprovação capacidade técnica mínima de 0.5 MWP em usinas fotovoltaicas no território brasileiro para instituições públicas, por meio de homologação, adjudicação, contratos assinados ou outros documentos competentes;

2 – O deferimento do adiamento da sessão de licitação para a próxima data disponível após o prazo condizente a ser concedido para as adequações a serem

realizadas pelo impugnante, sob pena de tomadas das medidas cabíveis para discussão das questões aqui trazidas.

I. Manifestação da área técnica:

1 - DO RELATÓRIO

Trata-se de licitação para contratação de empresa visando a locação de usinas fotovoltaicas, de micro ou minigeração distribuída, em que seu montante tenha potência pico mínima de 9.358,80 kwp, para uma produção mínima estimada em 12.960 mwh/ano, conectadas à rede de distribuição de energia elétrica da concessionária no âmbito do estado do Pará, no intuito de atender o consumo de energia elétrica das agências e postos de atendimento pertencentes ao Banco do Estado do Pará – BANPARÁ.

Assim, publicado o instrumento convocatório, houve impugnação ao edital para o Processo de Licitação, formulado pela empresa Santa Helena Eletrosolar e Equipamentos Ltda, inscrita no CNPJ sob nº 31.357.091/0001-40, sediada a Av. Almirante Barroso, nº 5439, Castanheira, CEP: 66645-250, Belém - PA, nos termos do art. 41, §2º da Lei 8.666/93.

II - DA TEMPESTIVIDADE

Inicialmente, cumprimos esclarecer que a impugnante fundamenta suas alterações de tempestividade no art. 24, da Lei nº 10.024/2019, o qual prevê o prazo de 3 (três) dias úteis antes da abertura da sessão pública como data limite para o licitante impugnar edital de licitação, senão vejamos:

Art 24. Qualquer pessoa poderá impugnar os termos do edital do pregão, por meio eletrônico, na forma prevista no edital, até três dias úteis anteriores à data fixada para abertura da sessão pública.

O pedido de Impugnação foi enviado tempestivamente pela empresa.

III - DAS RAZÕES DA IMPUGNAÇÃO

A Empresa impugnante alega que há violação aos princípios da legalidade, razoabilidade e ampla participação na forma legal da legislação vigente, ao exigir Atestado de Capacidade Técnica de pessoa jurídica de direito público, item 28, 28.1, 28.1.3. e do edital, abaixo mencionada:

28.1.3. Comprovar capacidade técnica mínima de 0,5MWp em usinas fotovoltaicas no território brasileiro para instituições públicas, por meio de homologação, adjudicação, contratos assinados ou outros documentos competentes.

IV - DA ANÁLISE DO MÉRITO

Em que pese a impugnação, a empresa em peça recursal aduz que há violação aos princípios da ampla participação na forma legal da legislação vigente.

Vejamos, da análise do item referente qualificação técnica pode-se vislumbrar que a intenção foi exatamente estabelecer regras suficientes a comprovação de empresa já realizou serviços similares, de forma a evitar eventuais riscos da Administração em contratar empresa que não tenha qualquer experiência no fornecimento de objeto compatível, de forma objetiva dentro dos padrões de normalidades aceitáveis na legislação.

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

Além do que, ao estabelecer os requisitos de qualificação, conclui-se que a exigência de prévia contratação com a administração pública, constitui, aspecto totalmente pertinente e relevante para a execução do objeto contratual, uma vez que ao possuir expertise e familiaridade com funcionamento dos contratos administrativos, restaria resguardada a eficiência na prestação dos serviços pelo futuro contratado.

Ademais, ressalta-se que a *forma* de contratação com a administração pública é distinta da contratação com as empresas de direito privado, por exemplo a forma de pagamento que é de 30 (trinta) dias após a emissão do atesto da Nota fiscal, quantitativos etc. Por tanto, novamente, a exigência visa resguardar a administração de que a empresa está capacitada a atender a administração pública, na forma de contratação estabelecida, uma vez que empresas públicas e privadas não são sujeitas as mesmas regras administrativas.

Veja, que tal item tem a mera função de comprovar a boa e regular atuação da empresa, objetivando resguardar a Administração Pública em eventuais contratações, na medida em que utiliza mecanismos assecuratórios da conclusão a contento do contrato, garantido pela eficiência e capacidade da futura contratada. Sabemos que um dos princípios da licitação é a garantia da ampla concorrência, entretanto, tal princípio não pode ser tomado isoladamente, antes, deve ser interpretado e ponderado conjuntamente com os demais e importantes princípios, *tais* como a razoabilidade, proporcionalidade e, sobretudo, o da eficiência nas contratações.

Nesse sentido, no que se refere aos aspectos principiológicos, tem-se que os princípios constitucionais fazem parte de um sistema aberto, ou seja, permitem uma compreensão fluida e plástica, podendo existir fenômenos de tensão.

Na presente situação, a empresa ao inferir que o dispositivo ora impugnado contraria o princípio da livre concorrência previsto no inciso IV do

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

art. 170 da Constituição Federal, depara-nos com o conflito do Princípio da Concorrência e o Princípio da Eficiência.

Dispõe o artigo 37 da Constituição Federal, que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deve obedecer aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Responsável por nortear o modelo de administração pública gerencial voltada para um controle de resultados na atuação estatal, o Princípio da Eficiência, assegura que os atos da administração sejam realizados com a maior qualidade, competência e eficácia possível em prol da sociedade e do interesse público envolvido.

É de conhecimento que ambos os princípios, da Eficiência e da Concorrência são componentes importantes do ordenamento jurídico, no entanto, em razão da impossibilidade de se aplicar critérios objetivos na resolução de contradições, entre princípios, busca-se o amparo doutrinário, na solução proposta por Konrad Hesse que estabelece o critério de “concordância prática”.

Na Concordância Prática, os direitos fundamentais e valores constitucionais deverão ser harmonizados, no presente caso, por meio de juízo de ponderação que visa preservar e concretizar ao máximo os direitos e bens constitucionais protegidos.

Se não bastasse isto, a insurgência, não merece acolhida uma vez que não há nexos de causalidade entre a suposta restrição de concorrência para licitantes que possuem mais de cinco anos de atividade e a exigência de comprovação de prestação previa de serviços para as instituições públicas.

Quanto ao nexo de causalidade, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 130.764 assentou que a teoria adotada é a do dano direto e imediato, também denominada Teoria da Interrupção do Nexo Causal, que “só admite o nexo de causalidade quando o dano é efeito necessário de uma causa”.

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

Assim, a causa alegada para suposta restrição da concorrência não possuem relação tendo em vista que o dispositivo editalício não faz qualquer menção ao tempo de existência ou atividade da empresa licitante.

Consubstanciando o já argumentado, é cediço que o edital, como lei do certame, vincula ambas as partes e, por esse motivo, a Administração não pode afastar-se da linha que traçou para a realização do certame, ficando adstrita às regras que estabeleceu. Trata-se do princípio do instrumento convocatório, claramente definido no art. 41 da Lei nº 8.666/93.

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

Justamente por conhecer esta norma legal e o dever de cumpri-la, é que a Administração Pública obedece a todas as regras editalícias, no fiel cumprimento ao princípio da Legalidade. Nesse sentido, não pode deixar de cumprir o estabelecido no item

Cumpra esclarecer também que, na fase interna do certame, a Administração procedeu os estudos detalhados sobre a habilitação dos licitantes, características do objeto, modo de comercialização e preços praticados no mercado, a fim de delimitar os procedimentos que serão desenvolvidos na licitação, portanto, necessária e pertinente a exigência das especificações previstas no edital.

Por fim, mister se faz recordar que os atos da Administração Pública são calcados no princípio da moralidade (art. 37 da Constituição Federal), o qual é basilar, posto que constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Este órgão, por meio de seu Pregoeiro, busca *sempre* dar aos seus procedimentos licitatórios a lisura essencial à excelência do serviço público.

Deste modo, não se vislumbra que a exigência restringe a competição.

V - DA DECISÃO

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO - CPL

Diante de todo exposto acima e mediante total conformidade com a legislação vigente, não acolhemos o pedido de impugnação apresentado pela empresa Santa Helena Eletrosolar e Equipamentos Ltda, de modo que devem ser mantidas as condições do edital.

III. Manifestação da Comissão Permanente de Licitação:

Ante o exposto, com base na análise e manifestação exarada pela Área Técnica, esta Presidente da Comissão Permanente de Licitação recebe e conhece a impugnação, eis que tempestiva, para no mérito, julgar **IMPROCEDENTE.**

Atenciosamente,

Jamille Moraes

Presidente da Comissão Permanente de Licitação