

AO

SAAE - SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO DE SOROCABA

COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÕES

ILMO SR (A). PREGOEIRO (A) E EQUIPE DE APOIO,

REF.: PREGÃO ELETRÔNICO N.º 44/2023

Abertura do certame: 25/07/2023 ÀS 09h00min.

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA., sociedade empresária, com sede estabelecida na Av Morumbi, 8234 - 3.andar, Santo Amaro, São Paulo/SP, CEP 04703-901, inscrita no C.N.P.J. sob o n.º 00.331.788/0001-19, e com filial estabelecida na Rua Ronald Cladstone Negri, 557, Nova Aparecida, Campinas/SP, CEP 13069-472, inscrita no C.N.P.J. sob o n.º 00.331.788/0016-03, doravante denominada **IMPUGNANTE**, vem, mui respeitosamente, perante V.Sa., com fulcro no disposto no art. 41 da Lei 8.666/93, apresentar a presente **IMPUGNAÇÃO** ao edital convocatório, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

Constitui objeto desta Licitação o **FORNECIMENTO DE OXIGÊNIO PARA PRODUÇÃO IN SITU DE OZÔNIO, COM COMODATO DE TANQUES CRIOGÊNICOS, INCLUINDO OS SISTEMAS DE COMISSIONAMENTO E ABASTECIMENTO, COM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA E CORRETIVA, PELO TIPO MENOR PREÇO, CONFORME PROCESSO ADMINISTRATIVO Nº 537/2023 – SAAE**

Com a finalidade de cumprir, de forma integral, ao que dispõe os princípios e normas que regem o processo licitatório, a **IMPUGNANTE** vem, através desta, requerer ao (a) Ilmo (a) Pregoeiro (a), que avalie esta peça de impugnação e, conseqüentemente, reavalie o presente edital convocatório.

I. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.

A **IMPUGNANTE** eleva sua mais alta estima a esta Douta Comissão de Licitação e esclarece que o objetivo desta impugnação ao edital da licitação em referência não é o de procrastinar o bom e regular andamento do processo, mas tão somente, evidenciar os pontos que necessitam ser revistos, pois se mantidos provocarão a violação dos princípios e regras que regulam o processo licitatório e poderão inviabilizar o prosseguimento do feito e a contratação.

II. DA INEXEQUIBILIDADE DA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA COMERCIAL.

Em se tratando de licitações é essencial evitar entendimentos inadequados e diversos quanto aos termos do edital e seus anexos, que possam resultar em propostas desconformes com as condições indispensáveis para a Administração, desnivelando a disputa em prejuízo à saudável Competição e as condições de Isonomia entre os diversos participantes, com a finalidade de se obter a oferta mais vantajosa.

Ensina o eminente Administrativista Hely Lopes Meirelles [Licitação e contrato administrativo. 12. Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P.112]:

“o objeto da licitação é a própria razão de ser do procedimento seletivo destinado à escolha de quem irá firmar contrato com a Administração; se ficar indefinido ou mal caracterizado passará para o contrato com o mesmo vício, dificultando ou até mesmo impedindo a sua execução.”(g/n)

E ele continua:

“A definição do objeto da licitação, é, pois condição de legitimidade da licitação, sem a qual não pode prosperar o procedimento licitatório, qualquer que seja a modalidade de licitação. É assim porque sem ela torna-se inviável a formulação das ofertas, bem como o seu julgamento, e irrealizável o contrato subsequente.”(g/n)

Desta forma, faz-se imperiosa a análise dos pontos abaixo apresentados, por constituírem fatores impeditivos para a formulação de propostas.

III. DO QUANTITATIVO E CAPACIDADE DO TANQUE

Da análise do edital verifica-se no ANEXO I, na especificação do objeto, LOTE 01:

- i) item 01 - o consumo estimado de 798.300;
- ii) item 02 - o quantitativo de 01 (um) serviço

Senão vejamos:

ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO

LOTE 01			
Item	Qtde.	Unid.	Especificação do objeto
01	798.300	M³	OXIGÊNIO LIQUIDO CRIOGÊNICO N. ONU 1073 Especificação: - Gás liquefeito refrigerado, altamente oxidante, sobre pressão extremamente frio, nas condições normais de temperatura e pressão (CNP) apresenta-se na fase gasosa, inerte, comburente. - Peso molecular: 31,9988 g/mol. - Pureza: maior igual a 99,5% - Ponto de orvalho: menor igual a -65 graus - Teor de óleo: menor igual a 0,1 mg/L - Hidrocarboneto: menor igual a 20 mg/L - Partículas contaminantes: menor igual a 0,1 micra.
02	1	SERV	Comodato de tanques criogênicos, incluindo os sistemas de comissionamento e abastecimento, com prestação de serviços de manutenção preventiva e corretiva.

O edital dispõe ainda no ANEXO II, Termo de Referência, item 2, subitem 2.1.1 que a **capacidade útil mínima** deverá ser de 1.723,66m³:

2. QUANTITATIVO E ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO

2.1. Equipamentos em comodato e serviços de instalação

- 2.1.1. Tanque criogênico com **capacidade útil mínima de 1723,66 m³** incluindo todos os acessórios periféricos para funcionamento operacional do sistema com estoque de segurança.

Considerando que no item 2 do LOTE 1, consta apenas 1 (um) serviço e deveriam ser 24 (vinte e quatro) serviços, isto é, 1 (um) por mês, tendo em vista a vigência contratual de 24 meses:

9. VIGÊNCIA CONTRATUAL

- 9.1. A vigência do contrato será de **24 (vinte e quatro) meses**, contados a partir da sua assinatura, podendo ser prorrogado a critério das partes, nos limites legais permitidos no artigo 57 da Lei Federal nº 8.666/93.

Considerando o consumo estimado de 798.300 m³ no período de 24 meses, conclui-se que o consumo mensal está estimado em 33.363 m³/mês, com isto o critério do tamanho do tanque apresentado não está coerente com o volume.

A exigência da capacidade do tanque deve ser superior a **7.000 m³** e não conforme exigido no ANEXO II, Termo de Referência, item 2, subitem 2.1.1 que a capacidade útil mínima deverá ser de 1.723,66m³:

2. QUANTITATIVO E ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO

2.1. Equipamentos em comodato e serviços de instalação

- 2.1.1. Tanque criogênico com **capacidade útil mínima de 1723,66 m³** incluindo todos os acessórios periféricos para funcionamento operacional do sistema com estoque de segurança.

Diante do exposto, requer-se a retificação do edital para:

- item 02 - para 24 (vinte e quatro) serviços
- item 01 - capacidade do tanque estoque superior a 7.000 m³.

IV. QUANTO A EXIGÊNCIA DE HÉLIO PARA DETECTAR VAZAMENTOS

Dispõe o edital em seu Termo de Referência, ANEXO II, item 2. QUANTITATIVO E ESPECIFICAÇÃO DO OBJETO, subitem 2.1.6, alínea a):

- 2.1.6. Juntamente com a entrega e a instalação dos equipamentos, a contratada deverá entregar:

- a) **Laudos dos ensaios de micro vazamento com hélio e espectrômetro de Massa, radiografia do tanque interno segundo a norma, teste pneumático das tubulações.**

Considerando a exigência da entrega de laudos dos ensaios **de micro vazamento com hélio**;

Considerando que para aplicação do Oxigênio, **utiliza-se Nitrogênio como teste de estanqueidade, não sendo aplicado conforme Norma a aplicação do Hélio**;

Nesse sentido, a ora Impugnante requer a retificação do edital para que seja **excluída a exigência de utilização de Hélio para detectar vazamentos**.

V. DO EXÍGUO PRAZO DE INSTALAÇÃO

Dispõe o edital em seu ANEXO II, Termo de Referência, item 3. PRAZOS E CONDIÇÕES DE ENTREGA, **o prazo máximo de 30 (trinta) dias corridos para a instalação**:

3. PRAZOS E CONDIÇÕES DE ENTREGA

3.1. A instalação dos tanques, acessórios, central de suprimento, Evaporadores, Válvulas (enchimento dos tanques, aumento de pressão, descarga de líquidos), instrumentação de medição, sistema de segurança e os demais acessórios necessários, será realizada, exclusivamente, pela contratada, **no prazo máximo de 30 (trinta) dias corridos** a partir da data de liberação do local pelo SAAE. Devendo atender a todas as medidas de segurança aplicáveis à instalação dos equipamentos, bem como quanto à localização e condições do ambiente da instalação de tais equipamentos, em conformidade com as Normas Legais e de Segurança.

Ocorre que o prazo exigido no edital para instalação dos Tanques e Centrais de Suprimento é INEXEQUÍVEL para qualquer fornecedor no mercado.

Ressalta-se que a Administração deve agir com razoabilidade no estabelecimento de prazos para cumprimento pelas empresas e deve determiná-lo considerando todas as peculiaridades envolvidas na execução do objeto licitado.

Há de se avaliar que após o recebimento da solicitação de instalação, é necessário tempo viável para o fornecedor preparar os trâmites internos para liberação e instalação da Central de Suprimento de Oxigênio com tanque criogênico estacionário, bem como demais equipamentos e acessórios, além da adequação do local realização da instalação, sem contar a eventual contratação de mão de obra, a otimização de logística para atendimento, e outros ajustes, que tornam **o prazo de 30 (trinta) dias inexecutável**.

Salientamos que o tipo de equipamento objeto deste certame não é produto de prateleira, não é comercializado de pronta-entrega, em função do mesmo ser fabricado de acordo com a demanda do cliente, ou

seja, somente após ter conhecimento da demanda do cliente, o fornecedor avalia a capacidade que o equipamento precisará ter de forma a atender a demanda do cliente e consequentemente solicita a fabricação da máquina.

Não menos importante, este equipamento, não pode ser estocado, pelo fornecedor, tão pouco pelos fabricantes, em função de que os mesmos ocupam espaço físico muito grande.

O prazo razoável para as empresas atenderem a demanda **seria de no mínimo 60 (sessenta) dias para a instalação** do Tanque Criogênico e Centrais de Cilindros reservas.

Cumpramos trazer ao bailado da presente o posicionamento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais sobre a exigência de prazos exíguos em contratações públicas, senão vejamos:

*“O Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais se manifestou em decisão liminar, nos seguintes processos: [...] se mostra desarrazoada e excessiva, comprometendo o caráter competitivo do certame, já que contribui para afastar potenciais fornecedores, incapazes de assumir tais obrigações em razão da distância entre suas sedes e o município, privilegiando apenas os fornecedores locais, o que contraria o disposto no inciso I do §1º do art. 3º da Lei nº 8.666/93. [...] Ademais, não se revela razoável fixar prazo de apenas 24 (vinte e quatro) horas para o fornecimento dos produtos licitados, tendo em vista que estes se destinam à manutenção da frota municipal cujo planejamento é indispensável. (Denúncia nº 862.524 – Relator: Conselheiro Cláudio Couto Terrão, sessão de julgamento para referendo pela Primeira Câmara em 1º/11/2011). *** De fato, os motivos esposados pelo Denunciante são suficientes para se proceder à imediata suspensão do certame. É que o indigitado edital de pregão presencial exige que a empresa vencedora do certame proceda à entrega dos produtos licitados em até dois dias úteis, contados do recebimento da ordem de compras. Ora, é clarividente que a imposição de prazo tão diminuto para entrega do material inviabiliza a participação de empresas que não estejam próximas das imediações do Município [...].*

Ademais, não se mostra razoável que a Administração Municipal, a quem compete o exercício de suas obrigações pautada em mínimo planejamento, submeta empresas com quem contrata a súbitas necessidades, colocando-as em eterno estado de prontidão para atender a demandas em prazo demasiado exíguo. A exigência retratada no Edital de Pregão Presencial [...], sem a menor dúvida, afronta a competitividade e a razoabilidade, sendo contrária, portanto, aos princípios insculpidos no art. 3º da Lei nº 8.666/93, [...]. (Denúncia nos 862.797 – Relator: Conselheiro Presidente Antônio Carlos Andrada, sessão de julgamento para referendo pela Segunda Câmara em 09/02/2012).”
(grifamos)

Por todo o exposto, e, priorizando pelo atendimento, requer-se a dilação de prazo de 30 (trinta) dias para **que o prazo mínimo seja de 60 (sessenta) dias, após liberação do local pelo cliente.**

VI. DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE LOCAÇÃO DE TANQUES

Verifica-se no ato convocatório que o objeto licitado **não contempla item para Locação de Tanque**, condição esta de substancial importância para que as empresas possam estimar o custo para fornecimento do objeto contemplado no processo.

Considerando que a contratada deverá realizar investimento para aplicar os cilindros condicionadores dentro do prazo estipulado no edital.

Considerando que a Contratada deverá atender com excelência e o investimento para aplicação dos tanques.

Considerando que o custo do investimento é essencial para análise do custo operacional das licitantes e ainda decisório para a participação das mesmas.

Por todo o exposto, a ora Impugnante requer **a revisão do edital para inclusão de item de Locação de Tanques no lote.**

VII. DA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES QUANTO A RESPONSABILIDADE DA ESTRUTURA CIVIL NO LOCAL DE INSTALAÇÃO.

Da análise do edital convocatório verifica-se que não há menção sobre a responsabilidade pela construção da estrutura civil (base) para a instalação dos tanques.

Considerando que, se não há ART emitida para a base de instalação atual, nenhuma empresa licitante fiel e comprometida com os protocolos e procedimentos de segurança que envolvem todo o projeto de instalação, irá instalar seus equipamentos em uma base atual já existente, sem a devida comprovação de que a mesma suporta a capacidade em toneladas do equipamento, sem o risco de tombamento.

A ausência de ART emitida para a base de instalação atual, diminuirá consideravelmente a competitividade do certame, uma vez que a necessidade de consideração de uma Nova construção de bases refletirá na precificação do custo ofertado pelas licitantes que não atingirá o fornecedor atual, favorecendo-lhe na apresentação de uma melhor oferta na disputa de preços.

Nesse sentido, caso esta Administração não possua ART emitida pela base de construção realizada para a instalação atual, vimos solicitar a alteração do edital para incluir a obrigatoriedade de que todas as empresas licitantes participantes do processo de disputa de preços, devem, por questões de segurança e isonomia, apresentar suas propostas com a devida composição de custos inerentes a construção de uma nova base de instalação.

Vale ressaltar que, a Contratada é responsável tão somente pela locação de tanque criogênico. A **responsabilidade pela estrutura, adequação civil, quadros elétricos para alimentação de energia elétrica, limpeza e conexão são de responsabilidade da Contratante.**

Neste sentido, oportuno sugerir que esta Administração disponibilize como anexo ao Termo de Referência as ARTs das bases para instalação dos tanques com a devida comprovação da carga que as mesmas suportam.

Dessa forma, a ora Impugnante requer a retificação do edital para a **inclusão da exigência de ART da Contratante junto ao CREA pela construção de bases para instalação dos tanques objeto do edital, comprovando a carga que as mesmas suportam.**

VIII. DA AUSÊNCIA DE EXIGÊNCIA DE VISITA TÉCNICA

Da análise do edital, conclui-se que **não há exigência de vistoria.**

Contudo, imperioso salientar que a vistoria é ato imprescindível à vinculação e estabelecimento de responsabilidade quanto à obrigação do licitante. Senão vejamos:

O objetivo da exigência da vistoria é permitir que o licitante tome conhecimento das condições físicas do local da obra: a) para orientá-lo na elaboração da proposta; e b) para impedir que o licitante venha alegar, durante a execução do contrato, desconhecimento de qualquer elemento físico.

O Termo de Vistoria (ou laudo de Visita Técnica) emitido à licitante a torna responsável pela execução integral dos serviços – sobretudo o de instalação de tanques – independentemente das condições do local.

A corroborar, cite-se o entendimento do Tribunal de Contas da União, no Acórdão nº 4.968/2011, onde a Segunda Câmara, assim se manifestou acerca da finalidade da realização de visita técnica:

“A visita de vistoria tem por objetivo dar à Entidade a certeza e a comprovação de que todos os licitantes conhecem integralmente o objeto da licitação e, via de consequência, que suas propostas de preços possam refletir com exatidão a sua plena execução, evitando-se futuras alegações de desconhecimento das características dos bens licitados, resguardando a Entidade de possíveis inexecuções contratuais. 11.1.3.2. Portanto, a finalidade da introdução da fase de vistoria prévia no edital é propiciar ao proponente o exame, a conferência e a constatação prévia de todos os detalhes e características técnicas do objeto, para que o mesmo tome conhecimento de tudo aquilo que possa, de alguma forma, influir sobre o custo, preparação da proposta e execução do objeto”.

Ao admitir a possibilidade de não se conhecer previamente as instalações, a Administração estará sujeita a ser responsabilizada por eventuais problemas contratuais, e até mesmo a pedidos de readequação de preços em virtude de ocasionais adequações da área e dos equipamentos.

A exigência de que seja realizada a visita técnica objetiva a garantia de que todas as licitantes elaborem suas propostas de acordo com as reais condições da execução contratual. Vale dizer que a contratação em tela envolve uma série de atividades e obrigações, dentre elas **o levantamento das áreas físicas dos locais das instalações, principalmente dos tanques (para verificar o acesso para o caminhão), mas também onde serão instalados os cilindros (centria, avulsos, etc.), os custos de instalação que dependem diretamente das condições do local.**

Dessa forma é evidente a utilidade de se vistoriar o local onde ocorrerá a instalação.

Certamente a vistoria presta-se a que os licitantes obtenham o conjunto de informações que dificilmente seriam dispostas no Edital. A vistoria é o complemento necessário para que o objeto da licitação esteja descrito de forma clara e objetiva.

A importância da definição correta do objeto mereceu do TCU a Súmula nº 177, assim redigida:

“A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto da igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.” (g.n)

A inteligência da Súmula deve ser tomada em sentido amplo, tendo em vista as várias facetas por ela abordadas. Ao utilizar os vocábulos "precisa" e "suficiente", há um indicativo claro de que na definição do objeto, todos os aspectos fundamentais devem ser contemplados de modo a não ensejar dúvidas aos eventuais interessados.

Diante do exposto, vem a ora Impugnante **requerer a retificação do edital para que conste a exigência da visita técnica, pois, com a ausência da respectiva visita e omissões das informações necessárias e imprescindíveis** acaba por **RESTRINGIR** a participação de novos competidores.

IX. DA EXIGÊNCIA DA COMPROVAÇÃO DE ÍNDICES CONTÁBEIS PARA EFEITOS DE COMPROVAÇÃO DA BOA SITUAÇÃO FINANCEIRA DAS EMPRESAS.

Da acurada análise das regras estabelecidas no ato convocatório, verifica-se que o edital convocatório dispõe no **item 9.4. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO - FINANCEIRA (art. 31 da Lei Geral)** que as licitantes comprovem possuir boa saúde financeira, exclusivamente através dos índices sugestivos, senão vejamos:

- b2) A boa situação financeira da licitante será aferida mediante obtenção do Índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), iguais ou superiores a 1, resultantes da aplicação das seguintes fórmulas:**

$$LG = \frac{\text{Ativo Circulante} + \text{Realizável a Longo Prazo}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Passivo Não Circulante}}$$

$$SG = \frac{\text{Ativo Total}}{\text{Passivo Circulante} + \text{Passivo Não Circulante}}$$

$$LC = \frac{\text{Ativo Circulante}}{\text{Passivo Circulante}}$$

Considerando que o edital determina que as empresas licitantes tenham que comprovar a sua saúde financeira através dos Índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), iguais ou superiores a 1 (um).

Como se verá adiante, a referida regra sobre os índices iguais ou superiores a 1,0 não é capaz, por si só, de comprovar a boa situação financeira das empresas, além de representar uma restrição ao Princípio da Competitividade e consequentemente da Economicidade.

Importante destacar que já há recomendação da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo manifestando-se pela não exigência de índices contábeis em editais de licitação no âmbito do Estado, conforme fundamenta decisão exarada em processo licitatório do Complexo Hospitalar de Mandaqui, *in verbis*:

DESPACHO Nº 82 /D.T. INTERESSADO: CONJUNTO HOSPITALAR DO MANDAQUI ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL – PREGÃO 053/2017- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO ININTERRUPTO DE GASES MEDICINAIS A GRANEL, INCLUINDO A LOCAÇÃO DOS TANQUES CRIOGÊNICOS FIXOS E DA CENTRAL DE SUPRIMENTOS RESERVA.PROCESSO Nº: 001.0143.00739/2016 – VOLS. I E II. TRATA-SE DE IMPUGNAÇÃO OFERECIDA PELA EMPRESA: LINDE GASES LTDA, A QUAL INSURGE CONTRA A INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO QUE OBJETIVA A

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE FORNECIMENTO ININTERRUPTO DE GASES MEDICINAIS A GRANEL, INCLUINDO A LOCAÇÃO DOS TANQUES CRIOGÊNICOS FIXOS E DA CENTRAL DE SUPRIMENTOS RESERVA, PARA O CONJUNTO HOSPITALAR DO MANDAQUI, PREGÃO ELETRÔNICO Nº 053/2017, PROCESSO Nº 001.0143.00739/2016. DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO: ALEGA A IMPUGNANTE LINDE GASES LTDA DE FORMA OBJETIVA, QUE NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO NÃO CONSTA A EXIGÊNCIA DE BALANÇO PATRIMONIAL E ÍNDICES CONTÁBEIS, ITENS QUE CONSIDERA FUNDAMENTAIS PARA AFERIR A BOA SAÚDE FINANCEIRA DAS EMPRESAS LICITANTES. ACRESCENTA QUE EM VISTORIA TÉCNICA, NO QUE SE REFERE A CENTRAL DE SUPRIMENTOS DE AR COMPRIMIDO, ENTENDE QUE A QUANTIDADE EXIGIDA DE LOCAÇÃO DE 02 (DUAS) CENTRAIS DE SUPRIMENTOS, COMPOSTA DE 04 (QUATRO) COMPRESSORES, NÃO REFLETE A REALIDADE DA INSTALAÇÃO ATUAL DO HOSPITAL. POR FIM REQUER QUE O MODELO ORA APRESENTADO SEJA REVISTO. RELATADOS OS FATOS, MANIFESTAMOS: PRELIMINARMENTE, CUMPRE-NOS ESCLARECER QUE O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO SEGUIU OS REQUISITOS BÁSICOS NECESSÁRIOS PARA A INSTAURAÇÃO VÁLIDA DO CERTAME. E, NOS TERMOS DO ARTIGO 38, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI FEDERAL 8.666/1993 AS MINUTAS FORAM PREVIAMENTE EXAMINADAS PELA DOUTA CONSULTORIA JURÍDICA DA PASTA, A QUAL SUGERIU ALGUMAS RECOMENDAÇÕES, QUE FORAM OBSERVADAS E ADOTADAS RIGOROSAMENTE PELA UNIDADE HOSPITALAR, DANDO ASSIM O DEVIDO PROSSEGUIMENTO AO FEITO. A LICITAÇÃO, NA MODALIDADE DE PREGÃO, É DESTINADA À AQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS COMUNS, E UMA DE SUAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPAIS É A DISPONIBILIDADE NO MERCADO, OU SEJA, A ADMINISTRAÇÃO NÃO PODERÁ ENCONTRAR DIFICULDADE PARA LOCALIZAR O BEM NO MERCADO, ENTENDENDO-SE COMO TAL A ATIVIDADE EMPRESARIAL HABITUAL, COM CARACTERÍSTICAS HOMOGÊNEAS. AS REGRAS DO EDITAL DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO DEVEM SER INTERPRETADAS DE MODO QUE, SEM CAUSAR QUALQUER PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO E AOS INTERESSADOS NO CERTAME, POSSIBILITEM **A PARTICIPAÇÃO DO MAIOR NÚMERO POSSÍVEL DE CONCORRENTES, A FIM DE QUE SEJA POSSÍVEL ENCONTRAR, ENTRE VÁRIAS PROPOSTAS, A MAIS VANTAJOSA. NO QUE TANGE A EXIGÊNCIA ESTABELECIDADA NO ITEM 4.1.3 A, A UNIDADE SEGUIU RIGOROSAMENTE AS RECOMENDAÇÕES DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, A INOVAÇÃO TEM LASTRO NOS §§ 2º E 3º DO ARTIGO 31, DA LEI Nº 8666/93 QUE POSSIBILITAM A EXIGÊNCIA DE CAPITAL MÍNIMO OU PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO, DESDE QUE RESPEITANDO O LIMITE LEGALMENTE ESTABELECIDO DE 10% DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO, AS NOVAS MINUTAS DE EDITAL APROVADAS PELO MENCIONADO ÓRGÃO NÃO PREVÊ A ADOÇÃO DE ÍNDICES CONTÁBEIS, PORTANTO NENHUMA RAZÃO ASSISTE A RECORRENTE.** NO QUE TANGE AS EXIGÊNCIAS ESTABELECIDAS NO PROJETO BÁSICO ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA, CONFORME PARECER DA ÁREA TÉCNICA, A CONTRATAÇÃO DEVERÁ SER DE 01 CENTRAL (PRINCIPAL E RESERVA) DE SUPRIMENTO DE AR COMPRIMIDO COM COMPRESSOR COM A CAPACIDADE DE 360 M3/H. POR TODO EXPOSTO, RECEBO A IMPUGNAÇÃO EM COMENTO NO QUE TANGE AO SEU CARÁTER TEMPESTIVO, PARA NO MÉRITO DAR PROVIMENTO PARCIAL, DEVENDO SER PUBLICADO NOVO EDITAL, APÓS A DEVIDA RETIFICAÇÃO NO PROJETO BÁSICO ANEXO I – TERMO DE REFERÊNCIA.

Outrossim, como traremos à baila, cumpre ressaltar que há diversas empresas que efetivamente não atendem a exigência de apresentação dos índices econômicos financeiros dispostos no edital.

Abaixo, discorreremos sobre o tema:

1) **Do índice econômico exigido.**

No que diz respeito ao Edital, cabe ressaltar que a Administração, por meio da PREFEITURA MUNICIPAL DE DRACENA elaborou o ato convocatório para o Registro de Preços para futura e fracionada Locação de Equipamentos de Oxigenoterapia (Concentradores, Bipap, Cpap) destinados ao uso dos pacientes acometidos pela Covid-19 e exigiu os índices econômicos consignado em ato convocatório, visando a comprovação da boa situação financeira das empresas.

Contudo, o conceito: “boa situação financeira”, deve enquadrar-se no contexto da circunstância fático-jurídica que afira a “qualificação econômico-financeira” para assegurar a execução de um contrato administrativo.

Sendo assim, o cerne de toda a questão trazida por meio da presente petição de impugnação repousa na seguinte questão: “**o que é boa situação financeira?**”; e mais, esta “boa situação” traduz a vontade da Administração em contratar empresa que assegure o cumprimento da obrigação contratada.

Ao contrário do que normalmente acredita-se, a CONTABILIDADE não é uma disciplina exata. Nesse contexto, as informações lançadas em balanço devem ser interpretadas em seu contexto e não podem, portanto, ser levadas como INFORMAÇÕES OBJETIVAS E ABSOLUTAS.

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, Livre-Docente e professor da Universidade de São Paulo destaca:

“Lembramos que grande parte dos índices não tem significado isolado (...)” (Curso de Direito Comercial, V.3, 2ª ed..Malheiros, p.642).

Nesse sentido, a adoção isolada da apreciação da condição econômica das empresas, sem relevar os demais critérios (inclusive os adotados pela lei e determinados pela jurisprudência, como o Patrimônio Líquido) leva a uma restrição injustificável à participação na licitação.

A “**qualificação econômico-financeira**” ou a “**boa situação financeira**”, conforme estabelecido no artigo 31 da Lei 8.666/93, poderá ser apurada por meio das seguintes exigências legais:

- a) Balanço patrimonial (inciso I);
- b) Certidão Negativa de Falência, Recuperação etc. (inciso II);
- c) Garantia de proposta (proibida na modalidade pregão) (inciso III);
- d) Índices econômicos (§§ 1º e 5º);
- e) Capital Social (§ 2º);

- f) Patrimônio Líquido (§ 2º);
- g) Relação de compromissos assumidos pelo licitante (§ 4º).

Mantida a exigência de qualificação econômico-financeira indicada no Edital, restrita aos índices de Liquidez Geral (LG) e índices de Liquidez Corrente (LC) maiores ou iguais a 1,00 (um) e índices de Grau de Endividamento (GE) menor ou igual a 0,50, poderíamos ter uma absurda hipótese de participação de uma empresa pequena e sem qualquer capacidade operacional, mas com índices de liquidez maiores e superiores a 1,00 (um) e menor que 0,50.

Vejamos o exemplo: uma licitante com receita de R\$ 1.000,00 e despesas na ordem de R\$ 500,00 terá índices superiores a 1; a despeito da sua diminuta capacidade, será considerada qualificada sob o manto da “boa situação financeira”, se a avaliação restar desvinculada da razoabilidade necessária.

Por óbvio, a avaliação da capacidade de cumprimento das obrigações não pode restringir-se à análise de índices; a aferição da capacidade de uma empresa deve permear outros fatores que, estes sim, impactam diretamente na capacidade de adimplir suas obrigações: sua estrutura; pessoal; contratos anteriores; contratos atuais; volume de negócios; faturamento etc.

No caso da Impugnante AIR LIQUIDE BRASIL LTDA, sua capacidade operacional é indiscutível:

a) Em que pese possuir índices abaixo de 0,50, possui Capital Social de **R\$ 535 MILHÕES** e Patrimônio Líquido de **R\$ 964 MILHÕES**.

A própria JURISPRUDÊNCIA considera – com amparo literal da lei – que ainda que a licitante não atenda o índices de liquidez previsto no edital, NÃO PODE SER INABILITADA SE o Patrimônio Líquido fizer frente à contratação:

ACÓRDÃO 1871/2005 – Plenário

“(…) 30. Poder-se-ia conjecturar, numa leitura favorável à legalidade do edital, que o item 52.4.7, que estabelece a obrigatoriedade de comprovação do capital social integralizado (fls. 14 do Anexo), presta-se, exclusivamente para valorar a exigência requerida pelo item 52.3.2, que exige, para as empresas que apresentarem índices contábeis iguais ou inferiores a 1, a comprovação de possuírem capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo não inferior a 10% da soma do valor total de sua proposta, de cada lote”.

ACÓRDÃO 938/13 - Plenário

“81. Ressalte-se que, como comprovação de boa situação financeira da proponente, o Banco exigiu a obtenção de Índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC) maiores do que um, sendo considerada habilitada a empresa que apresentasse esse resultado em todos os índices mencionados (subitem

2.1.11 do anexo 2 do edital - peça 24, p. 70). 82. As empresas que não apresentassem o resultado estabelecido deveriam comprovar possuir patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 4.300.000,00 (subitem 2.1.12 do edital). Assim, constata-se que o disposto no edital está de acordo com o art. 31, §§ 3º e 5º, da Lei de Licitação”.

O Município de Batatais, por meio de sua Comissão Permanente de Licitação, veio a analisar Recurso Administrativo impetrado por licitante concorrente acerca do não atendimento à exigência de índices por parte da ora Impugnante no edital do Pregão Eletrônico N° 06/2023 – Processo nº 1006/2023 e, no mérito, decidiu julgá-lo improcedente, aceitando a comprovação da boa situação financeira da ora Impugnante através da apresentação de Patrimônio Líquido, senão vejamos:

JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

PREGÃO ELETRÔNICO N°: 06/2023 – PROCESSO 1006/2023

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA LOCAÇÃO DE CONCENTRADOR DE OXIGÊNIO, CPAP E BIPAP, COM MANUTENÇÃO CORRETIVA E PREVENTIVA PARA SEREM UTILIZADOS PELA SECRETARIA DA SAÚDE DO MUNICÍPIO.

RECORRENTE: LUMIAR HEALTH BUILDERS EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA (LUMIAR HEALTHCARE)

CNPJ: N° 05.652.247/0001-06

RECORRIDA: PREFEITURA DA ESTÂNCIA TURÍSTICA DE BATATAIS

CNPJ: N° 45.299.104/0001-87

INTERESSADA: AIR LIQUIDE BRASIL LTDA

CNPJ: N° 00.331.788/0012-71

“No caso em apreço, vê-se que a licitante vencedora apresentou índices de Liquidez Geral e Corrente abaixo do exigido. Todavia, a qualificação econômico-financeira não se limita aos índices contábeis, havendo outros elementos relevantes para comprovação da boa situação da empresa.

O art. 31 da Lei 8.666/93 elenca o rol de documentos exigíveis para comprovação da qualificação. Dentre eles está o balanço patrimonial, exigido para comprovação da boa situação financeira da empresa, que no caso da licitante habilitada, demonstra os saldos atuais de patrimônio líquido de mais de um bilhão de reais, e de lucro líquido do exercício de mais de setenta e nove milhões de reais.

O objetivo ao determinar as regras e parâmetros para demonstração da capacidade econômico-financeira é justamente de garantir o mínimo de segurança à Administração de que a licitante cumprirá o contrato em sua integralidade e não causará prejuízos com a cessação repentina dos serviços.

Nesse ponto a licitante já demonstrou na prática a sua qualificação, pois é a atual detentora do contrato objeto desta licitação, tendo cumprido integralmente as obrigações durante o prazo de vigência do

mesmo.

E mais, a licitante vencedora apresentou a oferta de menor valor durante a etapa de lances. Proceder na sua inabilitação é selecionar proposta menos vantajosa e encarregar esta Administração Municipal de ônus econômico maior, o que entendo ser incompatível com a finalidade do processo licitatório.

Portanto, não resta dúvida de que, à luz da razoabilidade e da busca pela proposta mais vantajosa, não existem motivos relevantes para desclassificação da licitante que ofertou a melhor proposta e que demonstrou plena capacidade econômico-financeira, devendo o presente recurso ser julgado improcedente.

4. DA DECISÃO DA PREGOEIRA

Com base nos fundamentos acima expostos e pela competência atribuída pelo art. 17, inciso VII do Decreto 10.024/2019, JULGO IMPROCEDENTE o recurso interposto pela empresa LUMIAR HEALTH BUILDERS EQUIPAMENTOS HOSPITALARES LTDA.

O Município de Santana de Parnaíba, por meio de sua Comissão Permanente de Licitação, veio a analisar impugnação apresentada pela IMPUGNANTE também sobre a exigência de índices no edital do Pregão Presencial nº 123/2015 e, no mérito, decidiu julgá-la procedente, permitindo a comprovação da boa situação financeira das empresas através da apresentação de Patrimônio Líquido ou Capital Social no percentual de 10%, senão vejamos:

COMUNICADO DE JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO Pregão Presencial n.º 123/15 – Proc. Adm. n.º 1632/15
Objeto: Implantação de Registro de Preços para fornecimento de GASES HOSPITALARES – oxigênio medicinal liquefeito, incluídos todos os insumos e serviços necessários, manutenção, instalação e disponibilização em comodato de tanques criogênicos fixos; oxigênio medicinal gasoso; óxido nitroso; fornecimento domiciliar de oxigênio medicinal não liquefeito A Prefeitura do Município de Santana de Parnaíba faz saber que, relativamente às impugnações interpostas, o ordenador do pregão **julga procedente a impugnação interposta pela empresa Air Liquide Brasil Ltda** e parcialmente procedente a impugnação interposta pela empresa White Martins Gases Industriais Ltda. As impugnações são procedentes no que tange ao exigido para fins de comprovação da qualificação econômico-financeira. **Em virtude disso altera-se o edital do certame nesta parte para admitir essa comprovação através da apresentação de Patrimônio Líquido ou Capital Social no percentual de 10% do valor estimado para a licitação, a saber: R\$ 296.560,18.** Considerando que a alteração havida não modifica as condições de formulação das propostas de preços, os prazos não serão devolvidos. É improcedente a impugnação interposta pela empresa White Martins Gases Industriais Ltda. na parte que em diz ser obrigatória a exigência de AFE e licença sanitária como condição para habilitação, uma vez que tais documentos só podem ser exigidos como condição para assinatura do contrato, conforme previsão editalícia. (item 8.3.4, letras 'a' e 'b') Santana de Parnaíba, 22 de dezembro de 2015. ORDENADOR DO PREGÃO. (grifos nossos)

Por conseguinte, a exigência do atendimento isolado de índices de balanço é uma interpretação equivocada e parcial da lei e viola o princípio da ampla participação (corolário da isonomia), decorrente da Constituição Federal e da Lei n.8.666/93 (art.3º).

2) Da incerta segurança jurídica oferecida pela comprovação da qualificação econômico-financeira através de índices contábeis.

Em que pese a exigência de índices contábeis para efeitos de comprovação da qualificação econômico-financeira encontrar amparo na lei, na prática este mecanismo não é suficiente para garantir que as empresas serão economicamente e financeiramente capazes de executar o futuro contrato. Este é o entendimento de nossos juristas, o que poderá ser demonstrado através do parecer do Especialista em Licitações Dr. Felipe Boselli, publicado no site <http://www.boselli.com.br/a-utilizacao-indiscriminada-dos-indices-contabeis-2/>, conforme trecho abaixo transcrito:

“(…)

A DUVIDOSA SEGURANÇA OFERECIDA PELOS ÍNDICES CONTÁBEIS

Compreendida a fase de habilitação, com suas características e exigências, deve ser abordada agora a questão dos índices contábeis e dos problemas constatados quando da utilização desses cálculos.

Os índices de liquidez e solvência consistem, basicamente, em cálculos que buscam aferir qual a relação entre o ativo e o passivo de uma empresa. Podem ser concebidos como uma forma de verificar se a empresa analisada possui condições de cumprir com seus compromissos, ou seja, busca-se com os índices de liquidez e solvência atestar a solidez da empresa e a possibilidade de honrar com suas obrigações em caso de extinção dessa licitante.

Contudo, em que pese seu funcionamento teórico, **a aplicação dos cálculos como forma isolada de verificação da sustentabilidade de uma empresa não é uma ferramenta que se mostra eficaz.**

Na prática licitatória, são encontradas as mais diferentes estruturas contábeis dentre as empresas analisadas. **Assim, é fundamental que a Administração verifique as especificidades de cada caso, de forma a possibilitar o tratamento isonômico entre as licitantes e uma efetiva apreciação da competência econômico-financeira das licitantes.**

Como exemplo de problema constatado quando da utilização isolada dos índices contábeis, **pode ser mencionado o caso específico de empresas que optaram pela tributação com base no lucro presumido.**

Dentro do regime de lucro presumido, as empresas são tributadas considerando uma faixa de lucro predeterminada pela legislação em vigor, de acordo com a atividade desempenhada, independentemente do montante efetivamente apurado de lucratividade.

Considerando que na opção pelo lucro presumido a empresa não é tributada de acordo com seus lucros reais, o mais vantajoso é reduzir ao máximo as despesas contabilizadas pela empresa, com o objetivo de obter maior margem de lucro, permitindo, por conseguinte, a distribuição deste lucro aos sócios, os quais incorporam essa renda sem nenhuma tributação adicional pela pessoa física.

Neste contexto, **uma empresa que opere pelo regime de Lucro presumido pode, mesmo com patrimônio líquido e capital social ínfimo, possuir índices contábeis elevadíssimos, pois deixando de lançar todas as despesas possuirá um passivo de pequena monta.**

Logo, uma empresa muito pequena, optante pelo regime tributário de lucro presumido, pode possuir (e provavelmente terá) índices significativamente maiores que a maior e mais consistente companhia do país na área a ser trabalhada.

É possível perceber que os índices contábeis, por si só, **não representam uma maior segurança jurídica da contratação e a certeza de solvência da licitante analisada.**

Em uma segunda perspectiva, trazendo o exemplo de uma grande multinacional, que opte pelo regime de tributação de lucro real, é possível constatar uma prática consolidada de mercado.

As empresas optantes pelo lucro real adotam estratégia tributária diametralmente contrária à forma de aplicação de recursos de uma licitante que utilize o lucro presumido.

As grandes empresas buscam reaplicar seus lucros como forma de investimento interno. Assim, é possível reduzir o lucro real aferido pelo balanço patrimonial e, conseqüentemente, os tributos pagos por esta empresa, visto que o Imposto de Renda incidirá sobre o lucro efetivamente percebido que, no caso das empresas que optem pelo lucro real, deverá ser, para efeito de tributação, o menor possível.

Uma hipotética companhia, líder de mercado e em condições de absoluta solvência, não raras vezes, percebe resultados contábeis abaixo do padrão, o que não significa, necessariamente, que a empresa está em dificuldade financeira, rumo à declaração de falência ou em situação similar.

Para uma empresa crescer e se desenvolver no mercado é fundamental que esta assuma compromissos que, invariavelmente, refletirão em seu passivo e, por conseguinte, em seus índices contábeis.

(...)

Ainda defendendo a demonstração duvidosa de competência financeira dos índices contábeis, pode ser trazida uma situação ainda mais absurda, que é o caso de empresas recém-constituídas. **Uma empresa criada dias antes da entrega das propostas teria índices contábeis numericamente satisfatórios, posto que seriam utilizados os dados contábeis do seu balanço de abertura, único então disponível.**

Neste passo, tendo como seu ativo o capital social integralizado, a licitante, recém-surgida, teria índices muito superiores às grandes empresas do ramo já existentes no mercado.

É indiscutível que a razão entre o ativo e o passivo de uma empresa, em um balanço de abertura, é absolutamente inócua para efeito de avaliação de capacidade econômico-financeira e não comprova, sob qualquer aspecto, a solvência ou possibilidade de permanência daquela empresa no mercado.

Também cabe analisar a situação de compras comuns efetuadas pela Administração. Em contratos dessa natureza, não são raros os casos em que a empresa contratada apenas entregará um produto que, inclusive, já pode estar disponível em estoque.

Ora, se a empresa já possui o produto, não faz sentido a análise de um índice contábil para definir a segurança jurídica da contratação pretendida.

Apenas para cessar a interminável lista de situações nas quais os índices contábeis são extremamente prejudiciais ao procedimento licitatório, cabe questionar a utilidade dos índices contábeis com base em um período muito anterior ao da execução do contrato.

Exemplo disso é o caso das licitações promovidas em março de 2010, nas quais as proponentes comprovaram atender aos índices contábeis apresentando valores retirados do balanço patrimonial encerrado em 31 de dezembro de 2008.

As informações analisadas para a licitação não são atuais e, na grande maioria dos casos, não representam a realidade da empresa no momento do certame.

É fato que os índices contábeis compõem uma ferramenta pericial importante para a construção de uma análise holística da empresa em questão. Não se discute a importância e relevância desse instrumento contábil.

Entretanto, é questionável, a sua funcionalidade quando utilizada de forma indiscriminada, como instrumento conclusivo de análise da saúde financeira da empresa.”

Dr. Felipe Boselli conclui ainda que:

“É possível concluir que a exigência de índices contábeis, da forma como vem sendo utilizada nos procedimentos licitatórios, não atinge seu objetivo de fornecer uma maior segurança à Administração e, muitas vezes, traz consequências mais danosas que benéficas à contratação pretendida, excluindo empresas capacitadas e permitindo a participação de empresas sem condições de executar o contrato desejado.

É dever do administrador público proteger a Administração e o patrimônio público. Para tal, deve o instrumento convocatório prever exigências que, efetivamente, tragam maior segurança ao erário, sem restringir, desnecessariamente, o caráter competitivo do certame licitatório.

Uma das formas possíveis de segurança à Administração seria a análise dos índices contábeis, combinada com a verificação de patrimônio líquido das licitantes, sendo ainda, facultada a prestação de garantia adicional, quando da não-comprovação dos índices/patrimônio exigidos pelo edital. Assim seria possível afastar as licitantes que não possuem condições de contratar com a Administração, mas sem eliminar aquelas que detenham potencial econômico para cumprir o contrato, o que poderia ser comprovado mediante garantia, trazendo segurança à Administração do adimplemento contratual.

Contudo, a hipótese aqui levantada não guarda amparo na legislação em vigor.

Buscou a Instrução Normativa MARE/GM nº 05/95 trazer regra quanto à forma de aplicação dos índices contábeis nos instrumentos convocatórios. Contudo, pecou a instrução ao sobrepor-se à sua competência legiferante e ultrapassar a disciplina do artigo 31, § 5º, da Lei 8.666/93. A IN 05/95 não considera as especificidades de cada procedimento licitatório e coloca em uma cesta única situações absolutamente distintas, inclusive aquelas nas quais os índices contábeis são totalmente inúteis.

Conclui-se, portanto, que, enquanto não revista a legislação no tocante à forma da exigência de índices contábeis, deve o administrador evitar a utilização desse mecanismo de afastamento dos interessados, sob pena de recair em procedimento licitatório maculado pela participação de licitantes inaptas ou pela exclusão de proponentes plenamente capacitadas.”

3) Da possibilidade legal e subsidiária de verificar a boa situação financeira do licitante por meio de patrimônio líquido.

A capacidade econômico-financeira de uma empresa licitante também poderá ser mensurada através do Capital Social (CS) e Patrimônio Líquido (PL), ainda que estes elementos sejam examinados isoladamente, ou seja, o não atendimento ao índice contábil exigido no Edital não prejudica a comprovação da capacidade financeira do licitante desde que o Patrimônio Líquido garanta o adimplemento contratual.

A redação do disposto no artigo 31, § 1º, da Lei 8.666/93, refere-se aos índices contábeis que podem ser exigidos no edital para aferir a qualificação econômico-financeira, limitando-se à "demonstração da

capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato¹.

Nessa esteira, o § 2º possibilita que a Administração também avalie a capacidade econômico-financeira do licitante através do Capital Social ou Patrimônio Líquido:

*“§ 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**”. (g/n)*

Dessa explanação ainda preliminar, depreende-se que o objetivo da Administração não é inserir no Edital o maior número de exigências possíveis, mas apenas aquelas suficientes a revelar a capacidade financeira do licitante. Por conseguinte, o que importa para o Poder Público é a garantia de cumprimento do contrato, logo, se apenas uma das exigências forem satisfeitas e esta permitir à Administração assegurar o cumprimento das obrigações contratuais, restará atendido o espírito da Lei de Licitações.

Sob a luz da instrumentalidade do Edital, as disposições nele contidas deverão vislumbrar o atendimento ao interesse público. O ato convocatório não é um “fim” em si, mas um “meio” para atingir-se a necessidade administrativa.

Ora, os números da Impugnante são expressivos e garantem com sobra a execução contratual:

- a) **Capital Social de R\$ 595 MILHÕES:**
- b) **Patrimônio Líquido de R\$ 964 MILHÕES.**

Com efeito, se o interesse da Administração é selecionar uma empresa com capacidade financeira, a IMPUGNANTE, ainda que não atenda aos índices contábeis, terá a necessária qualificação econômico-financeira para atender ao presente objeto.

Considerando que as exigências editalícias não poderão restringir a participação de licitantes, ao contrário, deverão favorecer o ingresso do maior número de licitantes e com isso, fomentar o caráter competitivo da licitação, torna-se benéfico ao espírito concorrencial dos certames licitatórios que o julgamento esteja

¹ “Art. 31 – (...)”

§ 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. [*\(Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994\)*](#)”

alinhado aos princípios da competitividade, economicidade, razoabilidade e interesse público. **Sendo assim, justificável a substituição dos índices contábeis pelo patrimônio líquido não inferior a 5% do valor estimado da contratação.**

Da mesma forma, a Constituição Federal, de forma peremptória, determina em seu artigo 37, inciso XXI:

*"XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as **exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações**". (g.n.)*

Cumpra observar o comando geral definido no citado dispositivo constitucional: "... as obras, serviços, compras ... serão contratados mediante processo de licitação pública ..., o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica **INDISPENSÁVEIS à garantia do cumprimento das obrigações**." (g.n.)

Portanto, o licitante **que não tenha atingido os índices mínimos preconizados no Edital, poderá demonstrar sua capacidade financeira por meio do Capital Social ou Patrimônio Líquido**, mesmo porque uma empresa que tenha feito grande investimento poderá ter seus índices comprometidos, nada obstante tal investimento tenha elevado sua capacidade operacional.

Uma demonstração de que a tese da "substituição dos índices pelo patrimônio líquido" é plausível, é revelada nos editais publicados pelos órgãos da Administração Pública Federal que aceitam o "patrimônio líquido" em substituição aos índices contábeis. Como exemplo, segue a cláusula 13.4.3 do Pregão Eletrônico n. 29/2011 (PROCESSO Nº 08005.000741/2011-13), instaurado no âmbito do MINISTÉRIO DA JUSTIÇA do Governo Federal:

"13.4.3 – QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

(...)c) As empresas que apresentarem resultado igual ou menor do que um 01 (um) em qualquer dos índices referidos acima, deverão comprovar que possuem capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo até 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação, ou superior, por meio de Balanço Patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício, já exigíveis e apresentados na forma da lei, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, de acordo com o disposto no art. 31, §3º da Lei nº 8.666/1993;"

Quer dizer que a IMPUGNANTE, mesmo que por hipótese não conseguisse atingir o índice exigido, tem seu Patrimônio Líquido que a qualificaria a contratar com toda a Administração Pública Federal, conforme Instrução Normativa SLTI nº 02/10, artigo 44:

“O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no inciso V do art. 43 desta norma, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 do referido diploma legal, para fins de contratação.”

Em idêntica posição, o Tribunal de Contas da União pronunciou-se:

Destacamos ainda edital do PREGÃO (PRESENCIAL) DRF/PVO/RO N.º 01/2005, instaurado no âmbito da Secretaria da Receita Federal:

7.1.3.1.2. Caso a licitante, optante ou não pelo Sicaf, apresente resultado igual ou inferior a 1 (um), em qualquer dos índices contábeis de Liquidez Geral (LG), Liquidez Corrente (LC) e Solvência Geral (SG), **deverá fazer constar do envelope “Documentos de Habilitação”, comprovante de que a empresa possui Patrimônio Líquido, no mínimo**, igual a R\$ 14.291,20 (quatorze mil, novecentos e noventa e um reais e vinte centavos), **correspondente a 10% (dez por cento) do valor anual estimado para a contratação**”. (g/n)

No mesmo sentido, o Ministério da Fazenda, por meio da Inspetoria da Receita Federal publicou a TP nº 01/10:

TOMADA DE PREÇOS IRF/FNS n.º 01/2010.

“5.4.4 Comprovação de valor mínimo de Patrimônio Líquido

5.4.4.1 Comprovação de Patrimônio Líquido, no mínimo, de R\$ 10.285,00 (dez mil, duzentos e oitenta e cinco reais), equivalente a 10% (dez por cento) do valor estimado para a contratação, relativamente à data da apresentação da proposta, exigida somente no caso de a licitante apresentar resultado igual ou inferior a 1,00 (um) em qualquer dos índices de Liquidez Geral (LG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC)”. (g/n)

Salientamos ainda que diversos órgãos estão reavaliando esse posicionamento e em função da ampliação da competitividade estão realizando as devidas retificações nos editais convocatórios, abaixo exemplificamos algumas:

A Prefeitura da Cidade de São Paulo publicou edital convocatório pregão presencial nº 206/2011, cujo objeto é Aquisição de oxigenoterapia domiciliar para aproximadamente 3.900 pacientes, determinando em seu subitem 7.3.3.1.4, que as licitantes que não atingissem aos índices exigidos seria habilitada desde que comprovasse possuir capital social de 5% (cinco por cento) do valor médio estimado da contratação.

A Prefeitura Municipal de Limeira, através de sua Procuradoria Jurídica emitiu parecer favorável à peça recursal impetrada pela Air Liquide Brasil Ltda.

A INB – Indústrias Nucleares do Brasil, através de sua Comissão de Licitações publicou errata ao edital de licitações Pregão Eletrônico GESUP.F 1.072/11, retificando a exigência contida no edital convocatório pertinente a comprovação da boa saúde financeira dos licitantes, assim determinando.

Conforme BENEDICTO DE TOLOSA FILHO, a finalidade do certame licitatório tem como base legal os termos no art. 3º, caput, da Lei nº 8.666/93:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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.”(g/n)

4) Do restrito universo de competidores.

Caso mantida a exigência para demonstração da capacidade financeira baseada unicamente na avaliação dos índices econômicos, a licitação restringirá a participação de diversas empresas do ramo de gases que se encontram na mesma situação.

Em se mantendo a exigência em tela, tal qual originalmente fixada no edital, não haverá outro desfecho senão a participação singular e, por conseguinte, ausência total de competitividade.

Todavia, se a Administração permitir às empresas a demonstração da “boa situação financeira” por meio do Capital Social (CS) ou Patrimônio Líquido (PL) não inferior a 5% do valor estimado da licitação, **nas hipóteses em que a mesma não lograr atingir os índices exigidos, certamente, tal conduta:**

- a) Manterá a exigência dos índices;
- b) Ampliará a forma de participação e o universo de competidores, sem, contudo, admitir a participação de empresas aventureiras;
- c) Tornará mais eficaz a avaliação da capacidade de cumprimento das obrigações contratuais;
- d) Implementará o caráter competitivo do certame e, conseqüentemente, aumentará a probabilidade na obtenção da proposta mais vantajosa.

A modificação do edital, a permitir a apresentação do Capital Social (CS) ou Patrimônio Líquido (PL) **caso a empresa não atinja os índices fixados**, vai ao encontro das melhores práticas administrativas e democráticas na ampliação da disputa.

Talvez, por hipótese, sabendo da restrição à competição, a única participante não reduza seus preços igualmente ocorreria em um ambiente de disputa. Sendo assim, restarão violados o princípio da competitividade, economicidade e interesse público.

Isto posto, e, em face dos relevantes argumentos, resta claro e cristalino que o Edital desta renomada Instituição, ao consignar a exigência dos índices econômicos como único critério objetivo de avaliar-se a capacidade e boa situação financeira do licitante, restringiu a competição ao decretar a redução do universo de competidores a um único participante.

Destarte, a Impugnante requer seja acolhido pedido de impugnação ao edital para incluir, como critério objetivo e alternativo de avaliação da boa situação financeira, a **“comprovação do Patrimônio Líquido ou Capital Social não inferior a 5% do valor estimado da licitação, quando o licitante não atingir os índices econômicos exigidos no edital”**.

5) Da preterição da finalidade do certame ante a inclusão de exigência excessivas no ato convocatório.

Como a própria doutrina prevê, nenhum Princípio é absoluto e irrestrito, podendo ser ponderado diante de um conflito principiológico. A vinculação ao instrumento convocatório também não é, pois curva-se às particularidades do caso concreto. Na situação em tela, a exigência da comprovação de índices contábeis como sendo a única maneira de se comprovar a boa saúde financeira das empresas, fere outros axiomas (como o Princípio da Competitividade, da Isonomia e Economicidade), por afastar licitantes com condições plenas de apresentar ótima proposta e de executar o serviço, em contrariedade à finalidade da lei.

Esse é o entendimento esposado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de Mandado de Segurança nº 5.418-DF, que versou:

“Consoante ensinam os juristas, o princípio da vinculação ao edital não é ‘absoluto’, de tal forma que impeça o Judiciário de interpretar-lhe, buscando-lhe o sentido e a compreensão e escoimando-se de cláusulas desnecessárias ou que extrapolem os ditames da lei de regência e cujo excessivo rigor possa afastar, da concorrência, possíveis proponentes, ou que o transmude de um instrumento de defesa do interesse público em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele, objetiva a Administração.” (grifo nosso)

A posição do STF, que referendou o brilhante voto do Ministro Celso de Mello, é irretocável ao delinear e dar origem ao novel “princípio da juridicidade”:

“Flexibilizar a aplicação do Direito Positivo equilibrando a rigidez da norma com a finalidade do Direito”. (...) “Harmonizar os interesses antagônicos, com a ponderação concreto, de forma a mitigar um dos interesses da forma que menos prejudique o interesse público” (ADIN 3540 – Celso de Mello).

No mesmo sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO, proclamou inúmeros ensinamentos em sua consagrada obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 8a ed., Dialética, da qual extraímos apenas alguns:

“Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade acarretam a impossibilidade de impor consequências de severidade incompatível com a irrelevância de defeitos. Sob esse ângulo, as exigências da lei ou do edital devem ser interpretadas como instrumentais.”

Essa é a orientação consagrada pelo Poder Judiciário no sentido de assegurar a necessidade de interpretar as exigências da lei e do ato convocatório como instrumento em relação à satisfação do interesse público.” (g.n.)

Ainda, MARIA PAULA DALLARI BUCCI lecionou a acerca do princípio da razoabilidade para resolver as questões irrelevantes ao procedimento, mas que podem comprometer sobremaneira o interesse público protegido pela Administração:

“A invocação ao princípio da razoabilidade é portanto, um chamado à razão, para que os produtores da lei e seus aplicadores não se desviem dos valores e interesses maiores protegidos pela Constituição, mesmo quando aparentemente estejam agindo nos limites da legalidade”, (O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 16, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p.173).

A Jurisprudência e Doutrina são pacíficas no sentido de prestigiar-se a finalidade da licitação e o acesso do maior número possível de concorrentes.

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO firmou o seguinte posicionamento:

Não é incomum constar do edital que o descumprimento a qualquer exigência formal acarretará a nulidade da proposta. A aplicação dessa regra tem de ser temperada pelo princípio da razoabilidade. É necessário ponderar os interesses existentes e evitar resultados que, a pretexto de tutelar o ‘interesse público’ de cumprir o edital, produzam a eliminação de propostas vantajosas para os cofres públicos”. (g.n.)

Pelo exposto, é necessário frisar que a manutenção da exigência de índices contábeis como sendo a única forma de se comprovar a boa saúde financeira das empresas no presente processo licitatório restringirá o

caráter competitivo da disputa, violará o objetivo da licitação que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e poderá ter sua nulidade decretada pelo Judiciário.

6) Do pedido.

A IMPUGNANTE requer seja acolhido pedido de impugnação ao edital para incluir, como critério objetivo e alternativo de avaliação da boa situação financeira, a “**comprovação do Patrimônio Líquido OU Capital Social não inferior a 10% do valor estimado da licitação, quando o licitante não atingir os índices econômicos exigidos no edital**”.

Diante do exposto, vimos a ora impugnante exigir a retificação do edital para a alteração sugerida acima e esta Administração Pública possa atender o Princípio da Competitividade e da Isonomia.

Licitação é sinônimo de Competitividade, onde não há competição, não poderá haver licitação.

Consubstanciando a importância do Princípio da Competitividade, transcrevemos abaixo o entendimento do Prof. Diógenes Gasparini, apresentado no II Seminário de Direito Administrativo do Tribunal de Contas do Município de São Paulo (fragmento retirado do sítio http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/doutrina/14a18_06_04/diogenes_gasparini4.htm)

“O princípio da competitividade é, digamos assim, a essência da licitação, porque só podemos promover esse certame, essa disputa, onde houver competição. É uma questão lógica. Com efeito, onde há competição, a licitação não só é possível, como em tese, é obrigatória; onde ela não existe a licitação é impossível.

(...)

Em suma, o princípio da competitividade de um lado exige sempre em que se verifique a possibilidade de se ter mais de um interessado que nos possa atender, que nos possa fornecer o que desejamos. Essa constatação determina ou não a promoção da licitação. Portanto, a competição é exatamente a razão determinante do procedimento da licitação, mas ele tem uma outra faceta que muitas vezes é desapercibida pelo operador do Direito. Se a competição é a alma da licitação, é evidente que quanto mais licitantes participarem do evento licitatório, mais fácil será à Administração Pública encontrar o melhor contratado. Sendo assim, deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição. Procedimento dessa natureza viola o princípio da competitividade.”

X. DA CONCLUSÃO.

Face o exposto, concluímos que o presente edital não atende a legislação pertinente, por conter vícios que o torna nulo para o fim que se destina, solicitamos seja reformado, sendo que tais modificações afetam

diretamente a formulação das propostas, e por este motivo deve ser reaberto o prazo inicialmente estabelecido, em cumprimento ao §4º do Artigo 21 da Lei nº 8.666/93.

“...§4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.” (g/n)

Lembramos por oportuno o que apregoa o Mestre Hely Lopes Meirelles:

“é nulo o edital omissivo ou errôneo em pontos essenciais, ou que contenha condições discriminatórias ou preferenciais, que afastem determinados interessados e favoreçam outros. Isto ocorre quando a descrição do objeto da licitação é tendenciosa, conduzindo a licitante certo e determinado, sob falsa aparência de uma convocação igualitária. (g/n)

XI. DO PEDIDO.

Aduzidas as razões que balizaram a presente Impugnação, esta IMPUGNANTE requer, com supedâneo na Lei nº. 8.666/93 e suas posteriores alterações, bem como as demais legislações vigentes, o recebimento, análise e a admissão desta peça, para que o ato convocatório seja retificado nos assuntos ora impugnados, ou ainda, como pedido de esclarecimentos, se o caso, até mesmo em razão de sua tempestividade, bem como que sejam acolhidos os argumentos e requerimentos nela expostos, sem exceção, como medida de bom senso e totalmente em acordo com as normativas emitidas pelos órgãos governamentais e de saúde e com os princípios administrativos previstos em nosso ordenamento jurídico.

Caso não entenda pela adequação do edital, pugna-se pela emissão de parecer, informando quais os fundamentos legais que embasaram a decisão do Sr. Pregoeiro.

Por fim, reputando o aqui exposto solicitado como de substancial mister para o correto desenvolvimento do credenciamento, aguardamos um pronunciamento por parte de V.S.as, com a brevidade que o assunto exige.

Termos em que pede recebimento, análise e elucidação das dúvidas.

São Paulo (SP), 19 de julho de 2023.

ELISANGELA DE
CARVALHO

Assinado de forma digital por
ELISANGELA DE CARVALHO
Dados: 2023.07.19 18:13:17
+03'00'

AIR LIQUIDE BRASIL LTDA.

Elisângela de Carvalho
Especialista em Licitações