

PROCURADORIA JURÍDICA

Encaminhamento: Setor de Licitações e Contratos do Município de Xanxerê.

Interessados: SANDECO SUL AMERICANA DE ENGENHARIA E COMERCIO LTDA

EMENTA: IMPUGNAÇÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. AVENTADAS IRREGULARIDADES NÃO DEMONSTRADAS. IMPUGNAÇÃO IMPROCEDENTE.

RELATÓRIO

O Setor de Licitações e Contratos requer parecer jurídico a respeito do **PROCESSO LICITATÓRIO nº 0072/2020 - PREGÃO nº 0034/2020 - TIPO PRESENCIAL**, cujo objeto é Contratação de pessoa jurídica especializada para locação de ativos de equipamentos de iluminação pública que deverão ser instalados, operados e mantidos pela Licitante no perímetro Urbano do Município de Xanxerê (SC), com versão da titularidade dos equipamentos para o Município ao final do prazo da locação.

A impugnante alega que a modalidade de licitação escolhida não é cabível a espécie, sustenta que existe desequilíbrio entre o cronograma físico financeiro – execução em 180 dias e previsão de 60(sessenta) meses para pagamento e ausência de critérios para julgamento da proposta – análise material.

É o relatório.

PARECER

Importante esclarecer que a modalidade de contratação chamada de “locação de ativos” constitui instituto já amplamente utilizado em contratos de saneamento básico. Sua utilização inaugural deu-se, segundo registra-se, pela Sociedade de Abastecimento de Água e Saneamento de Campinas-SP (SANASA), ainda no ano de 2007.



Tal modalidade já foi endossada por parecer da Procuradoria do Estado de São Paulo, através do Parecer GPG. Cons. n.º 60/2008, tendo também sido objeto de manifestação favorável do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), tendo como julgado paradigmático o Acórdão TC-009692/026/12, prolatado em 30/07/2013.

A utilização de locação de ativos especificamente em contratos de fornecimento de bens ou serviços destinados aos parques de iluminação pública é mais recente, podendo-se citar como exemplo:

- MUNICÍPIO DE CACHOEIRINHA-RS (EDITAL PREGÃO PRESENCIAL Nº 045/2019 - PROCESSO Nº. 26113 DO SISTEMA ERP)
- MUNICÍPIO DE GRAVATAÍ-SC (EDITAL DE PREGÃO PRESENCIAL Nº 271/2019);
- MUNICÍPIO DE ALFENAS (EDITAL DE LICITAÇÃO PREGÃO PRESENCIAL Nº 032/2019 - PROCESSO Nº 138/2019);
- MUNICIPIO DE RODEIO-SC (EDITAL/PREGÃO 14/2020)

Os Tribunais de Contas das Federações, sobre esse assunto já se manifestou favoravelmente:

Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE-ES). Prejulgado 002. Processo TC-5617/2012. Decisão: Acórdão TC-635/2013. Relator Conselheiro Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. ESTUDO DE CASOS ESPECIAIS - PRONUNCIAR-SE FAVORAVELMENTE À POSSIBILIDADE DE CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO DE ATIVOS, PRECEDIDA DE CONCESSÃO DO DIREITO REAL DE USO DE ÁREA PÚBLICA, RECONHECENDO-O COMO MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO ATÍPICA, OBSERVADAS AS DISPOSIÇÕES DA LEI Nº 8.666/93, QUANTO AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. RELATIVAMENTE AO ENQUADRAMENTO DA DESPESA, O EMPREENDIMENTO É CONSIDERADO UM ATIVO FINANCIADO E, ENQUANTO DÍVIDA DE LONGO PRAZO, IMPÕE À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA O CUMPRIMENTO DOS LIMITES IMPOSTOS PELA LEI COMPLEMENTAR Nº 101/2000, RELATIVOS AO ENDIVIDAMENTO E À REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE CRÉDITO.



Tribunal de Contas dos Municípios do estado da Bahia (TCM-BA). Processo 06210e19. Parecer 00844-19. EMENTA: CELEBRAÇÃO DA ESPÉCIE DE CONTRATAÇÃO DENOMINADA LOCAÇÃO DE ATIVOS PELO PODER PÚBLICO. POSSIBILIDADE. PRAZO. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DOS LIMITES DETERMINADOS NA LRF. Admite-se a Locação de Ativos como um contrato atípico, que será submetido ao regime de direito público, obedecendo aos ditames da Lei 8.666/93, prevalecendo o Poder de Império do Poder Público sobre o particular. A vigência e prorrogação destes devem ser analisadas de acordo com cada peculiaridade da situação concreta. Ao contrair uma dívida de longo prazo através desta espécie de ajuste, a Administração deverá cumprir os limites determinados pela Lei Complementar nº 101(LRF) respeitantes ao endividamento e a realização de operações de créditos.

Tribunal de Contas do Estado do Paraná (TCE-PR). Processo 688556/12. Acórdão 3210/2013 – Tribunal Pleno. Relator Conselheiro Nestor Baptista. Consulta. Contratação na forma de "locação de ativos". Possibilidade. Aplicação da Lei nº 8.666/93 – Arrendamento mercantil. Afastamento da vedação legal constante do § 3º, do art. 7º da Lei 8.666/93. Aplicabilidade do Acórdão nº 1.127/2009 – TCU. Impossibilidade de justificar contratação única e exclusivamente nos princípios da eficiência e da isonomia.

Registre-se, ainda, que a locação de ativos encontra fundamento legal EXPRESSO em pelo menos dois instrumentos normativos próprios às contratações pela administração pública, a Lei 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação – RDC) e a própria Lei 8.666/1993, senão vejamos:

LEI 8.666/1993 (LEI GERAL DE LICITAÇÕES)

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

(...)

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação,

montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

II - em se tratando de compras ou de locação de equipamentos:

- a) provisoriamente, para efeito de posterior verificação da conformidade do material com a especificação;
- b) definitivamente, após a verificação da qualidade e quantidade do material e conseqüente aceitação.

LEI 12.462/2011 (RDC)

Art. 47-A. A administração pública poderá firmar contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração.

§ 1º A contratação referida no caput sujeita-se à mesma disciplina de dispensa e inexigibilidade de licitação aplicável às locações comuns.



§ 2º A contratação referida no caput poderá prever a reversão dos bens à administração pública ao final da locação, desde que estabelecida no contrato.

§ 3º O valor da locação a que se refere o caput não poderá exceder, ao mês, 1% (um por cento) do valor do bem locado.

Passado esse esclarecimento, sobre o questionamento da modalidade ora adotada, necessário que se compreenda que a concessão e o pregão são de espécies de um mesmo gênero, visto a primeira se tratar de um modelo de contratação, ao passo que o segundo se refere a forma de seleção para contratação pela administração pública.

Observe-se da definição de concessão dada pela Lei 8.978/1995:

Art. 2o. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (Lei n.o 8.987/1995)

Note-se a diferença entre os dois institutos: a concessão se trata de uma espécie de delegação (concessão e permissão), instituto no qual o Poder Público concede a terceiro o exercício de um serviço público, que seria prestado por si. O pregão, por sua vez, não corresponde a natureza da prestação do serviço público, mas a forma de seleção de um terceiro como fornecedor de bens ou serviços comuns, conforme estabelecido pelo art. 1º da Lei n.o 10.520/2002.

O instituto da locação de ativos é incompatível com a concessão. Nessa modalidade (locação de ativos), o Poder Público não deixará de prestar o serviço público (iluminação pública) diretamente, somente locará bens (lâmpadas, postes etc.) necessários à sua prestação. Não é um caso de delegação da iluminação pública, tendo em vista que o Poder Público, conforme mencionado, não deixa de exercer o serviço público diretamente.



Como já indicado, a locação de ativos de configura de uma modalidade de contratação, cuja SELEÇÃO pode ocorrer através de, ao menos, três modalidades previstas em Lei:

- (1) Através de CONCORRÊNCIA, prevista na lei 8.666/1993;
- (2) Através de PREGÃO, prevista na Lei 10.520/2002;
- (3) Através da seleção prevista pelo REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (Lei 12.462/2011), na qual possui autorização expressa (art. 1º, IX) e previsão legal indicada no mesmo instrumento (art. 47-A);

Nesse ponto, a Administração optou pelo Pregão, uma vez que a modalidade gera mais disputa e concorrência, pela possibilidade de serem ofertados lances, havendo assim, mais economia ao erário público.

No tocante a aventada ilegalidade decorrente do desequilíbrio entre os cronogramas físico e financeiro – execução contrato e previsão de pagamento, não há nenhuma violação, pois o objeto do edital é locação e não aquisição de equipamentos, explico.

Como bem dito no item 5 mencionado pela própria impugnante, o prazo de vigência do contrato é de 60(sessenta) meses, nele incluído a substituição da iluminação e os reparos que tenham que ser feitos nesse período.

Assim, a instalação dos equipamentos/produtos deve se dar em até 180 dias após a ordem de serviço, continuando o serviço pelos 60(sessenta) meses (contrato) referentes a sua manutenção (quebra de equipamentos, substituição equipamentos, lâmpadas entre outros) e que também se devem a locação do equipamento (decorrência do pagamento mensal), ora, deste modo não cabe a súplica da impugnante de que não terá serviço a ser executado, pois a manutenção deverá ser periodicamente feita dentro do período contratual entabulado, além do que, receberá o interessada o valor pela locação, dado o objeto do edital.

Quanto aos critérios de julgamento das amostras, não vejo razões para alteração do edital. O anexo I – termo de referência do citado edital em seu item 7.4 diz:

7.4. AMOSTRAGEM/ATESTAÇÃO:

Após o encerramento da sessão, o licitante vencedor apresentará, 01 (uma) amostra de cada modelo de luminária, projetor e relé a serem locados, juntamente com a documentação técnica requerida, de forma a atestar as características técnicas especificadas no presente Termo de Referência e nos catálogos apresentados pelo Licitante. Não atendidos os requisitos determinados o Licitante vencedor será desclassificado devendo ser chamado o segundo colocado e assim por diante.

Pois bem.

No mesmo termo e referência, o item 7 dispõe:

7. REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS DE DESEMPENHO E QUALIDADE DOS EQUIPAMENTOS A SEREM LOCADOS

Note-se que do item 7 a 7.3, o termo de referência faz menção expressa dos equipamentos que pretende utilizar. Logo, a amostragem deve atender aos requisitos lá estabelecidos, sendo que, o edital mostra-se claro e objetivo, como exemplo, cito o equipamento mencionado no item 7.1.2:

7.1.2. Luminária 70W - 5.000K

Luminária IP Led 70W \pm 1 W, com corpo/invólucro em liga de alumínio injetado ou extrudado, pintado eletrostaticamente utilizando tinta à base de poliéster ou poliuretano com proteção U.V. na cor azul RAL5015, com tomada padrão ANSI C136.41 de 7 terminais para comando e gestão individual da luminária incorporada e conectada à rede de alimentação e ao driver (controlador), com nível bolha integrado ao corpo da luminária para ajuste do nivelamento da mesma no sentido longitudinal da via, grau de impacto mínimo IK08, Grau de proteção mínimo IP66 para alojamento das partes vitais (Leds, sistema óptico secundário, controlador e protetor de surtos). Caso os

acessórios, controlador (driver) e protetor de surtos (SPD) tenham grau de proteção mínimo de IP65, o alojamento destes acessórios na luminária deverá ter, no mínimo, grau de proteção IP44, com lentes de distribuição da luz injetadas em policarbonato, metacrilato ou silicone, distribuição fotométrica média tipo II, atender às especificações da norma NBR5101, eficiência luminosa mínima de 130 Lumens/Watt, Fluxo Luminoso de LED de no mínimo 11.400 Lumens, entrada para fixação em braço de diâmetros de 48 a 63 mm, utilizando porcas e parafusos em aço inox, LEDs na cor 5.000K e IRC maior ou igual a 70, montados em placas de circuitos metalizados, o módulo óptico deve promover a alimentação dos LEDs de forma serial, possibilitando que na falha do elemento LED, este entre em curto e mantenha os demais LEDs em funcionamento e, que a falha eventual e individual do LED mantenha a uniformidade da iluminação na via, deve ter vida útil de 50.000 H comprovada por metrologia TM21, em temperatura ambiente entre -5 e 40°C, tensão de alimentação entre 200 e 240 Vac/60 Hz, distorção harmônica de corrente (THD), total, menor que 15%, fator de potência maior que 0,92, possuir proteção contra surtos de corrente de 10KA, o sistema de manutenção deve permitir fácil acesso ao conjunto óptico e compartimento dos acessórios eletroeletrônicos sem uso de ferramentas/dispositivos especiais, atender às normas NBR 15129, NBR 5101, NBR IEC 60598 -1, 2, 3 e portaria INMETRO 20/2017. Juntamente com cada luminária de I.P. será instalado 1 (um) relé foto eletrônico tipo NF – LN.

Portanto, vejo de forma clara o equipamento que a Administração pretende utilizar, cabendo ao licitante, trazer a amostragem do produto conforme aquilo que foi solicitado no edital, e sobre isso, o edital é a norma que rege o certame e nele é que se pautam os princípios norteadores da Administração Pública. Assim destacamos o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, estando previsto no art. 3º da Lei n. 8.666/93, que assim dispõe:

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.

Trata-se de uma segurança para o licitante e para o interesse público, extraída do princípio do procedimento formal, que determina à Administração que observe as regras por ela própria lançadas no instrumento que convoca e rege a licitação. O edital é a própria lei estabelecida entre o Estado e os concorrentes do processo licitatório. Deste modo, violá-lo é violar também a garantia conferida aos particulares de como o procedimento será realizado.

Posto isso, considerando o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, da Legalidade e o da economia ao erário público, o OPINATIVO é pela improcedência da impugnação apresentada, mantendo-se incólume o edital vergastado, pelos motivos acima expostos. Saliento que, o opinativo deve ser encaminhado ao Prefeito Municipal para julgamento, uma vez que não é vinculativo.

Xanxerê/SC, 29 de abril de 2020.



Adriano Francisco Conti

Consultor Jurídico do Município de Xanxerê

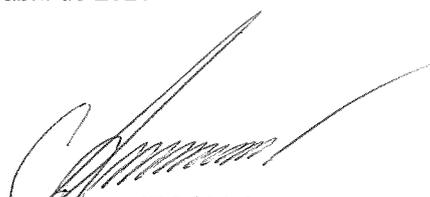
OAB/SC 32.161

JULGAMENTO:

Considerando o parecer jurídico retro, que passa a fazer parte integrante desta decisão, acato a recomendação, julgando **IMPROCEDENTE a impugnação interposta por SANDECO SUL AMERICANA DE ENGENHARIA E COMERCIO LTDA, no Processo Licitatório nº 0072/2020 , Pregão Presencial 0034/2020.**

Encaminhe-se, intime-se, cumpra-se.

Xanxerê/SC, 29 de abril de 2020.



AVELINO MENEGOLLA

Prefeito Municipal