
RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO 01/2023

Belo Horizonte, 30 de novembro de 2023.

Trata-se de Impugnação ao Edital de Concorrência Sesc em Minas n.º 000019-23 – Processo n.º 004005-00574, cujo objeto é a contratação de empresa para execução de obra de construção da unidade SESC ITUIUTABA, objetivando a execução de serviços de engenharia que contemplam desde as locações do terreno e terraplenagem, até os acabamentos e comissionamentos dos sistemas

1 - DA TEMPESTIVIDADE

Conforme item 4.1. do Edital convocatório, o prazo fatal para a apresentação de impugnação é de até 05 (cinco) dias úteis anteriores à data de abertura da Sessão de Licitação, excluindo-se da contagem a data da sessão, programada para 11/12/2023. Dessa forma, considerando que a impugnação foi apresentada em 27/11/2023, esta foi tempestiva.

2 – DA IMPUGNAÇÃO

Desta feita, abaixo transcrevemos trechos para entendimento do ponto impugnado, em síntese, é impugnado a forma de apresentação da garantia, alegando a impugnante o seguinte:

“(…) Conforme previsto no art. 1º do regulamento: “As contratações de obras, serviços, compras e alienações do SESC serão necessariamente precedidas de licitação obedecidas as disposições deste Regulamento.”

Assim como faz o setor público, as entidades também pontuam no regulamento uma eventual necessidade de apresentação de garantias da proposta.

Neste tocante o art. 27 estabelece que:

Art. 27. A prestação de garantia, quando prevista no instrumento convocatório, limitada a

10% (dez por cento) do valor do contrato, e à escolha do prestador, constará de:

I - caução em dinheiro;

II - fiança bancária;

III - seguro garantia.

Parágrafo único. Nos casos de obras e serviços de engenharia, o instrumento convocatório poderá fixar o tipo de garantia dentre os elencados nos incisos deste artigo.

Sendo assim a exigência de garantia à contratação quando prevista deverá observar e atender ao disposto no art. 27 do regulamento.

Não obstante o regulamento dar a faculdade da escolha do prestador dentre as três modalidades, a exigência da garantia de execução do contrato constante do Termo de Garantia e da Minuta do Contrato

contraria o regulamento por exigir, necessariamente as seguintes modalidades de caução, vejamos:

TERMO DE REFERÊNCIA

8. GARANTIAS E SEGUROS

8.1. Garantia a execução A Contratada deverá apresentar ao Contratante, no prazo máximo de 30 (trinta) dias corridos, contados da reunião de kick off, comprovante de prestação de garantia correspondente ao percentual total de 10% (dez por cento) do valor total do Contrato, poderá decidir-se por uma das seguintes alternativas para promover o recolhimento, I. 10% (dez por cento) por meio de caução em dinheiro ou II. 10% (dez por cento), sendo 5% (cinco por cento) por meio de caução em dinheiro + 5% (cinco por cento) por meio de seguro garantia.

A garantia apresentada deverá assegurar o pagamento de:

- a) Prejuízos advindos do descumprimento total ou parcial do objeto do contrato e do não adimplemento das demais obrigações nele previstas;
- b) Prejuízos de qualquer natureza causados ao Contratante pela Contratada, seus empregados ou prepostos;
- c) Multas moratórias e punitivas aplicadas pelo Sesc em Minas à Contratada;
- d) Obrigações trabalhistas e previdenciárias de qualquer natureza não honradas pela Contratada. Para fins de recolhimento dos valores da caução, será facultado à Contratada eleger, mediante manifestação formal, na data de abertura da conta, dentre as seguintes opções: CDB pós-fixado ou poupança, conforme condições e bancos que o SESC adota como modalidade para aplicação de valores. A omissão da Contratada no prazo fixado pelas partes implicará na escolha automática da modalidade pelo Sesc Minas.

MINUTA DO CONTRATO

12. Garantia e Seguros

12.1. A contratada deverá apresentar ao contratante comprovante de prestação de garantia correspondente ao percentual de 10% (dez por cento) do valor total do Contrato, no prazo e nas modalidades determinadas nos anexos do Edital de Licitação, a qual deverá ter validade por todo o período de vigência contratual, podendo optar:

- a) 10% por meio de caução em dinheiro ou;
- b) 10% sendo 5% por meio de caução em dinheiro e 5% por meio de seguro garantia Vejam que a modalidades de caução prevista no Edital (TR e minuta de contrato) encontra – se em desacordo com o REGULAMENTO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, uma vez que AUSENTE a faculdade e escolha do prestador conforme preceitua o art. 27 caput, e ferindo um importante princípio da Administração Pública, qual seja, o princípio da legalidade.

Acrescenta-se ainda que a modalidade do inciso II do instrumento convocatório, qual seja, 10% (dez por cento), sendo 5% (cinco por cento) por meio de caução em dinheiro + 5% (cinco por cento) por meio de seguro garantia, sequer tem previsão do regulamento ferimento de imediato o disposto no art. 1º do regulamento. (...)"

3 – DA NATUREZA JURÍDICA DO SESC

Inicialmente, cabe ressaltar que o Sesc não é entidade pública, por conseguinte, não é integrante da Administração Pública, seja ela direta ou indireta. Trata-se de Instituição de direito privado sem qualquer vinculação ao Estado, criada em 13/09/1946 por meio do Decreto-Lei nº 9.853, com objetivo de contribuir para a qualificação do mercado pela formação e valorização do trabalhador, tendo como escopo, ainda, a assistência social nas áreas de educação, saúde, cultura, esporte e lazer.

Aliás, além de estar previsto no artigo 2º do Decreto-Lei nº 9.853 de 13/09/1946, de forma expressa, que o Sesc possui personalidade jurídica de direito privado, a própria Constituição Federal/1988, em seu artigo 240, dispõe que os serviços sociais autônomos e de formação profissional vinculados ao sistema sindical são instituições privadas, e não públicas, como equivocadamente está sendo enquadrado.

Destarte, importante salientar que, em matéria de licitações para contratações de prestadores de serviços ou fornecedores, o Sesc em Minas se sujeita às regras estabelecidas pelo Regulamento de Licitações e Contatos próprio, consolidado pela Resolução nº 1.252/2012, de 06/06/2012, do Conselho Nacional do Sesc, e não à Lei Federal nº 8.666/93 e outras aplicáveis à Administração Pública.

Neste aspecto, importante, ainda, salientar que a validade e eficácia dos procedimentos que envolvem as licitações e contratos no Sesc não são vinculados e determinados pela Lei Federal de Licitações. Não se interpreta extensivamente ao Sesc os deveres, limites, proibições a que a Administração Pública se sujeita, admitindo-se, no que couber, a observância dos princípios gerais da administração pública. Sobre isso, já manifestou o Tribunal de Contas da União em uma de suas decisões:

As Entidades do Sistema “S” não são alcançadas pelo art. 1º da Lei 8.666/93. (AC 3362/2009-1ª Câmara). Os Serviços Sociais Autônomos, por não estarem incluídos na lista de entidades enumeradas no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.666/1993, não estão sujeitos à estrita observância dessa Lei, mas sim a seus regulamentos próprios devidamente publicados, os quais

devem se pautar nos princípios gerais do processo licitatório, devendo, contudo, ser consentâneos com os princípios constantes do art. 37, caput, da Constituição Federal e seguir os princípios gerais relativos à administração pública. (sem destaques no original).

Vê-se, assim, que ao contrário do pretendido na impugnação ao Edital – Concorrência nº 0019-23, não são de aplicação direta no caso em tela a Lei nº 8.666/93, dentre outras normas voltadas à Administração Pública.

Ultrapassadas as questões afetas à natureza jurídica do Sesc em Minas e as normas a que se sujeita, passa-se à análise do mérito.

4 – DA ANÁLISE

Considerando se tratar de uma impugnação de ordem técnica, uma vez que a forma pelo qual a garantia será apresentada, a Comissão Permanente de Licitação remeteu o pedido a área técnica que manifestou subsidiando a decisão.

Nesse aspecto, cumpre-nos destacar que as exigências de garantia a execução foram estabelecidas levando em conta a complexidade e peculiaridades do objeto, especialmente quanto ao valor, sendo indispensáveis à segurança do Sesc, que tem o dever de zelar pela boa contratação e trazer mecanismos mitigadores para os casos de eventual inadimplemento contratual, zelando, assim, pelo êxito do objeto contratado e alcance dos interesses primários da instituição. E não é só! Ressalte-se que o percentual também respeita o permissivo legal, conforme disposto no próprio artigo:

Art. 27. A prestação de garantia, quando prevista no instrumento convocatório, limitada a

10% (dez por cento) do valor do contrato, e à escolha do prestador, constará de:

I - caução em dinheiro;

II - fiança bancária;

III - seguro garantia.

Parágrafo único. Nos casos de obras e serviços de engenharia, o instrumento convocatório poderá fixar o tipo de garantia dentre os elencados nos incisos deste artigo.

Conforme visto, reforçamos que a escolha das opções de recolhimento da garantia se deu nos exatos termos do parágrafo único do artigo supra, ou seja, foram escolhidas modalidades dentre as opções disponibilizadas no Regulamento de Licitações e Contratos do do Sesc não sendo criada modalidade diversa. Ao revés, apesar de ser permitido pelo RLC restringir a

escolha à apenas uma modalidade dentre aqueles fixados nos incisos I, II e III para recolhimento da garantia, e todo o arcabouço técnico da demanda comportar, optamos por ampliar as opções, admitindo mais de uma e assim trazer maior flexibilidade aos licitantes, visando, com isso, fomentar a competitividade e adequações frente à dinâmica do mercado.

Ainda, conforme instruído os autos do processo, a área técnica por ser diligente e tratar o procedimento com seriedade, incumbiu-se de justificar a razão da escolha, no documento de fls. 2225 (verso) “Justificativas dos Parâmetros da Contratação”, o que pode ser consultado através de vistas ao processo, mediante agendamento prévio, no entanto, segue excerto da justificativa:

“A Resolução do SEC nº 1252/2012 é categórica quanto à possibilidade de escolha pelo Sesc, nos casos de obras e serviços de engenharia, da modalidade de garantia a ser utilizada pelo licitante, não sendo sequer exigida justificativa e motivação. No entanto, a escolha não se dá de forma aleatória, mas sim de modo que melhor satisfaça à finalidade do Sesc, que é a conclusão do objeto, contratado à luz da proposta mais vantajosa, conjugando técnica e melhor dispêndio financeiro. Nesse sentido, tomando por referência a dinâmica do mercado, constatamos que para a modalidade fiança bancária os bancos cobram taxas das empresas, o que ocorre também nos casos de seguro garantia, embora em menor valor. No caso de caução em dinheiro está afastada a onerosidade imposta ao contratado, visto que não há cobrança de quaisquer taxas pelo Sesc.

Ressalte-se que para qualquer das modalidades o contratado deverá comprovar saúde financeira para suportar a contratação, à exemplo de score bancário para carta fiança e seguro garantia, demonstrado por investimentos e outros aspectos financeiros movimentados pela empresa e análises de riscos que levam em conta aspectos patrimoniais da empresa. Significa dizer que o parâmetro é o mesmo para qualquer modalidade, o que muda é a forma de recolhimento, nesse caso prestigiando aquele que não imputa ônus adicional ao contratado, a exemplo do recolhimento de taxas junto às instituições bancárias e/ ou seguradoras.

Frise-se, ainda, que a Resolução 1252/2012 prevê, quanto à fiança, apenas a bancária, afastando outros tipos de fiança, como a fidejussória. Todavia, devido à evolução digital as formas de transações bancárias, inclusive com a criação de bancos virtuais, têm causado impacto e situações que exigem interpretação extensiva por parte do Sesc, causando insegurança. Isso porque, durante a execução de alguns contratos tem sido apresentadas cartas fianças e apólices cotadas junto a instituições não bancárias e de naturezas de sociedades de crédito, as quais ainda não possuem histórico, sendo, portanto, o instrumento mais seguro ao Sesc, nesse momento, a caução em dinheiro. Por fim, essa escolha não tem o condão de restringir competitividade, tendo em vista, como narrado acima, que a empresa deverá possuir esse valor para qualquer modalidade eleita, sendo diferente apenas a forma de apuração dessa saúde financeira.

Para fins de recolhimento dos valores da caução, será facultado à Contratada eleger, mediante manifestação formal, na data de abertura da conta, dentre as seguintes opções: CDB pós-fixado ou poupança, conforme condições e bancos que o SESC adota como modalidade para aplicação de valores. A omissão da Contratada no prazo fixado pelas partes implicará na escolha automática da modalidade pelo Sesc Minas.

Destaca-se ainda que houve manifestação jurídica quanto a escolha, vejamos:

“(...) Considerando que estamos diante de um objeto caracterizado como obra, e que a futura contratada terá a opção de escolher entre a apresentação de caução em dinheiro no percentual de 10% ou apresentação de 5% em caução em dinheiro e mais 5% na modalidade seguro garantia, não vislumbramos qualquer ilegalidade na inovação trazida pela área técnica, pelo contrário, a previsão de duas modalidades de garantia para o contrato é uma abordagem positiva oferecem flexibilidade às partes envolvidas.

Essa flexibilidade permite que a contratada adapte o contrato de acordo com a sua situação financeira e preferências, seja optando pela segurança proporcionada pelo seguro garantia somada à liquidez imediata da caução em dinheiro, seja pela opção da garantia integral por meio da caução, garantindo assim uma abordagem personalizada e adaptável às necessidades do contrato.

Assim, não assiste razão a impugnante.

5 – DA DECISÃO

Isto posto, **CONHEÇO** da impugnação apresentada, e no mérito **NEGO-LHE PROVIMENTO**, desse modo, mantendo o referido edital inalterado.

Daniela Cristina Alves de Faria da Silva
Comissão Permanente de Licitação do Sesc em Minas

Frederico Norberto França Caldeira
Presidente da Comissão Permanente de Licitações