**RESPOSTA ESCLARECIMENTO (1)**

Segue resposta ao esclarecimento solicitado, referente ao PE 051/2022:

Em atendimento ao pedido de esclarecimentos ao Pregão Eletrônico 51/2022, encaminhado por e-mail no dia 14/10/2022, pela Sra. Amanda Souza da Silva CNPJ: 36.763.940/0001-80, informamos o que se segue:

1. **QUANTO A PREVISÃO DE EXIGÊNCIA DE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA**

 Primeiramente informamos que a habilitação é uma das etapas mais importantes para participar nos processos de licitações.

 Esta fase é fundamental para que o licitante tenha sucesso nos processos licitatórios pois do contrário, se não satisfazer as exigências necessárias para participar das licitações, apresentando a documentação e condições elencadas e exigidas na Legislação pertinente, não será declarado vencedor mesmo que seu preço seja o mais competitivo.

 Todo o edital de licitação tem como cláusula as condições de participação no certame licitatório para a fase de habilitação.

 A documentação é destinada a esclarecer e comprovar todas as fases de habilitação constantes em um edital de licitação.

 O edital do Pregão eletrônico 51/2022, que tem por objeto a contratação de materiais de construção para uso da SECONSER nos serviços de manutenção e conservação em diversos logradouros públicos, definiu claramente os parâmetros do que seria licitado, a experiência e abrangência necessárias ao fornecedor do produto a ser adquirido, bem como, todos as condições de habilitação.

1. **QUANTO A PREVISÃO DE EXIGÊNCIA DE CERTIDÃO DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO JUDICIAL**

 Ressaltamos, que as minutas dos editais de licitação da Secretaria Municipal de Conservação e Serviços Públicos, seguem um padrão predefinido pela Procuradoria Geral do Município de Niterói, sendo todas as exigências constantes no Instrumento Convocatório elaboradas de acordo com a Legislação vigente.

 A Lei Federal nº 8.666/93 propõe uma série de medidas que podem ser adotadas pela Administração, no planejamento da contratação pública, na intenção de resguardar o regular andamento da sua fase externa, bem como, a boa e correta execução do futuro contrato. Para análise da saúde financeira das pretensas contratadas a Administração **poderá** exigir os requisitos postos no art. 31 da Lei nº 8.666/93.

 Por força do disposto no art. 31, II da Lei nº 8.666/93 não há óbice para que o edital da licitação exija “a certidão negativa de falência (recuperação judicial) ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física”.

 Porém, a exigência deste documento não deve inabilitar, automaticamente, a empresa que apresente uma certidão positiva. Para o STJ, é justamente em virtude do objetivo da recuperação judicial que o poder público não pode impedir, automaticamente, as empresas que se encontrem nesta situação de participar dos procedimentos licitatórios. Ou seja, a exigência de apresentação de certidão negativa de concordata deve ser compatibilizada com os objetivos da recuperação judicial de manter a fonte produtora, o emprego e os interesses dos credores.

Entendemos que um dos princípios basilares da licitação é a garantia da ampla concorrência.

 Por sua vez, o Tribunal de Contas da União decidiu que a exigência editalícia de certidão negativa de falência não obsta automaticamente a participação de empresas que se encontrem em recuperação judicial,

 O objetivo da exigência do requisito constante no item 12.5.1, visa verificar a idoneidade e saúde financeira da futura prestadora de serviços.

 A certidão de falência e concordada é um documento exigível nas licitações públicas, por força do inciso III do artigo 31 da Lei 8666/93, que tem por finalidade aferir a qualificação econômico-financeira do licitante.

 O art. 31, inc. II, da Lei nº 8.666/1993 não foi alterado pela Lei nº 11.101/2005 e continua a exigir como prova para qualificação econômico-financeira nas licitações apenas a apresentação de “certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica”.

 *O TCU, no Acórdão nº 1.214/2013 do Plenário, entendeu que não há impedimento legal em exigir certidão negativa de feitos sobre falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante, como requisito de habilitação econômico-financeira*.

 Ainda nesse contexto, entendemos que a Administração deve exigir dos participantes somente o que for realmente necessário para a adequada execução dos serviços desde que respeitados os interesses administrativos **e a segurança da futura contratação**, a fim de selecionar, dentre as inúmeras licitantes, a proposta que lhe melhor aprouver, tendo em vista principalmente o interesse público, a eficiência e as exigências legais.

 É a Secretaria Municipal de Conservação e Serviços Públicos, através de seu corpo técnico, que estabelece previamente as regras da futura licitação, visando atender o interesse da coletividade e as necessidades diárias da população.

***A verificação de uma certidão positiva de recuperação judicial não conduz à inabilitação de plano da licitante***. Na medida em que a finalidade da recuperação judicial é possibilitar a recuperação da saúde financeira da empresa pela escorreita execução de suas atividades, se, juntamente à certidão positiva, ***o licitante já apresentar o plano de recuperação deferido, cujo conteúdo certifique a existência de condições mínimas indispensáveis à execução do contrato***, então, é possível habilitá-lo nesse quesito.

O Superior Tribunal de Justiça tem importante precedente sobre a questão, que enfatiza o caráter de norma-programa relativamente ao instituto da recuperação judicial, instituído pela Lei de Falências: Recurso Especial nº 1.173.735, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. em 22.04.2014.

Já o TCU orienta da seguinte forma:

*“Possível a participação de empresa em recuperação judicial,****desde que amparada em certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório nos termos da Lei 8.666/93****. (TCU, Acórdão nº 8.271/2011, 2ª Câmara, grifamos.)”*

Baseados no entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência, esclarecemos que não será causa de inabilitação do licitante a anotação de distribuição de processo de recuperação judicial ou de pedido de homologação de recuperação extrajudicial, caso seja comprovado, no momento da entrega da documentação exigida no presente item, que o plano de recuperação já foi aprovado ou homologado pelo Juízo competente.

 No entanto, a empresa em recuperação judicial ***para participar da licitação/celebrar contrato com a Administração, será necessário demonstrar tanto que a empresa está autorizada a efetuar negócios com terceiros (mediante ato do administrador da recuperação judicial, já deferida) devendo também,*** apresentar certidão emitida pela instância judicial competente que certifique sua aptidão econômica e financeira para participar de procedimento licitatório.

Ao contrário do que afirma a licitante interessada, oParecer n. 00002/2016/CPLC/CGU/AGU, não veda a exigência de apresentação de Certidões negativas de falências e recuperação judicial, conforme veremos a seguir, pelo contrário impõe a administração o dever de relativizar o caso concreto, onde um eventual inadimplemento das obrigações contratuais poderiam ensejar severos prejuízos a administração pública, como ocorreria no presente contratação.

A SECONSER, tem como atribuição legal, a manutenção e conservação do município de Niterói, o objeto a ser fornecido refere-se a aquisição de materiais de construção, que são imprescindíveis ao desempenho do serviço público a ser prestado pela Secretaria, portanto inexecução do contrato administrativo traria inúmeros prejuízos a população.

O Parecer nº 00002/2016/CPLC/CGU/AGU. Descreve o seguinte:

 DESPACHO n. 00025/2017/DECOR/CGU/AGU Aprovo em todos os seus termos, e por seus próprios fundamentos, o inteiro teor do judicioso Parecer nº 2/2016/CPLC/CGU/AGU (seq. 46), aprovado pela Comissão Permanente de Licitações e Contratos Administrativos, conforme Despacho n. 17/2016/CPLC/CGU/AGU (seq. 55). De fato, na esteira do art. 47 da Lei nº 11.101, de 2005, a recuperação judicial se volta para "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica". Nestes termos, interpretação, a contrário sensu, do Art. 52, inciso II, da Lei nº 11.101, de 2005, revela que, em tese, desde que preenchidos os demais requisitos de habilitação, inclusive a qualificação econômico-financeira, não há empecilho jurídico para que empresas em recuperação judicial ou extrajudicial participem de certames e contratem com a Administração Pública, notadamente nas hipóteses delimitadas pelo Art. 32, § 1º, da Lei nº 8.666, de 1993 (fornecimento de bens para pronta entrega). **A certidão negativa de recuperação deve ser exigida nas hipóteses em que o eventual inadimplemento das obrigações contratuais enseje severos prejuízos à Administração e nos casos em que a execução do contrato demande que a empresa tenha consistente condição econômico-financeira**, *ao contrário*, não deve ser exigida referenciada certidão negativa se houver outra maneira menos gravosa para se garantir o contratante contra prejuízos porventura decorrentes da inexecução do contrato administrativo. Como bem lançado no Parecer ora aprovado, nos contratos com dedicação exclusiva de mão de obra deve necessariamente ser exigida a certidão negativa de recuperação, nos termos do que foi consignado pela Comissão Permanente de Licitações e Contratos Administrativos no item 2 do Termo de Reunião nº 8/2016/CPLCA/CGU/AGU (seq. 57)

Como forma de sanar ainda qualquer dúvida da empresa interessada, descreveremos a seguir o acórdão mais recente do TCU ([**Acórdão 2265/2020 Plenário**](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2265%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/false/1)**)**, que versa sobre o tema, que reafirma todos os argumentos apresentados nesta peça.

**PLENÁRIO**

1. **A certidão negativa de recuperação judicial é exigível por força do art. 31, inciso II, da Lei 8.666/1993, porém a apresentação de certidão positiva não implica a imediata inabilitação da licitante, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa já teve seu plano de recuperação concedido ou homologado judicialmente (Lei 11.101/2005).**

Representação formulada ao TCU apontou possíveis irregularidades na Concorrência 1/2020, promovida pelo Conselho Regional de Medicina Veterinária do Estado de São Paulo com vistas à contratação de empresa especializada para a execução de obras de reforma do edifício sede da entidade na cidade de São Paulo/SP. Entre as irregularidades suscitadas, mereceu destaque a exigência no edital, como requisito de qualificação econômico-financeira, de *“Certidão negativa de falência ou recuperação judicial, ou liquidação judicial, ou de execução patrimonial, conforme o caso, expedida pelo distribuidor da sede da licitante, ou de seu domicílio, dentro do prazo de validade previsto na própria certidão, ou, na omissão desta, expedida a menos de 90 (noventa) dias contados da data da sua apresentação”*. O representante argumentou que tal exigência estaria em dissonância com o [Acórdão 1201/2020-Plenário](https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A1201%2520ANOACORDAO%253A2020%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=a801f700-f455-11ea-9b60-3fffc65cc977), no qual o Tribunal *“admitiu a participação, em licitações, de empresas em recuperação judicial, desde que amparadas em certidão emitida pela instância judicial competente afirmando que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar de procedimento licitatório”*. Em seu voto, o relator considerou não haver irregularidade na aludida exigência, a qual, para ele, assemelhar-se-ia ao seguinte requisito de habilitação econômico-financeira previsto na Instrução Normativa SEGES 5/2017: *“11.1. Nas contratações de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração deverá exigir: […] e) Certidão negativa de efeitos de falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, expedida pelo distribuidor da sede do licitante.”*. **Ao ponderar que a exigência de certidão negativa de recuperação judicial *“não obsta automaticamente a participação da licitante que se enquadre nessa situação****”*, ressaltou que, em relação ao citado precedente, a unidade técnica que atuara naquela oportunidade considerara ser possível, em certames licitatórios, a participação de empresas em recuperação judicial, desde que demonstrada sua viabilidade econômica e financeira, ou seja, *“não se trata de vedar a exigência editalícia da certidão negativa de falência ou recuperação judicial, e sim a relativização durante a fase de julgamento, conforme o caso e as circunstâncias da fase do processo de recuperação judicial”*, **cabendo à empresa, em tal situação, demonstrar sua viabilidade econômica.** E esse teria sido, segundo o relator, o entendimento da 1ª Turma do STJ adotado no AREsp 309.867/ES, no qual restou consignado: *“2. Conquanto a Lei n. 11.101/2005 tenha substituído a figura da concordata pelos institutos da recuperação judicial e extrajudicial, o art. 31 da Lei n. 8.666/1993 não teve o texto alterado para se amoldar à nova sistemática, tampouco foi derrogado. […] 4. Inexistindo autorização legislativa, incabível a automática inabilitação de empresas submetidas à Lei n. 11.101/2005 unicamente pela não apresentação de certidão negativa de recuperação judicial, principalmente considerando o disposto no art. 52, I, daquele normativo, que prevê a possibilidade de contratação com o poder público, o que, em regra geral, pressupõe a participação prévia em licitação. […] 7.* ***A exigência de apresentação de certidão negativa de recuperação judicial deve ser relativizada a fim de possibilitar à empresa em recuperação judicial participar do certame, desde que demonstre, na fase de habilitação, a sua viabilidade econômica.****”*. Por fim, o relator assinalou que as seguintes conclusões do Parecer 4/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU seriam igualmente esclarecedoras: *“d****) a certidão negativa de recuperação judicial é exigível por força do art. 31, II, da Lei 8.666, de 1993, porém a certidão positiva não implica a imediata inabilitação, cabendo ao pregoeiro ou à comissão de licitação realizar diligências para avaliar a real situação de capacidade econômico-financeira;*** *e) caso a certidão seja positiva de recuperação, caberá ao órgão processante da licitação diligenciar no sentido de aferir se a empresa em recuperação já teve seu plano de recuperação acolhido judicialmente, na forma do art. 58 da Lei 11.101, de 2005; f)* ***se a empresa postulante à recuperação não obteve o acolhimento judicial do seu plano, não há demonstração da sua viabilidade econômica, não devendo ser habilitada no certame licitatório; […]*** *h) é aplicável à empresa em recuperação extrajudicial, com plano de recuperação homologado judicialmente, a possibilidade de participar em licitações públicas, nos moldes da empresa em recuperação judicial.”*. Assim sendo, nos termos da proposta do relator, o Plenário decidiu considerar improcedente a representação.

 Atenciosamente,

**DAYSE NOGUEIRA MONASSA**

 Secretária Municipal de Conservação e Serviços Públicos