

EMENTA: ANÁLISE IMPUGNAÇÃO EDITAL DE CONCORRÊNCIA N° 001/2022 (PROCEDIMENTO LICITATÓRIO N° 017/2022) APRESENTADA PELA EMPRESA TERRACOM CONSTRUÇÕES LTDA. IMPROCEDÊNCIA INTEGRAL DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE NO EDITAL. PEÇA IMPUGNATÓRIA SE TRATA DE CÓPIA *IPSIS LITTERIS* DE AÇÃO MANDAMENTAL, QUE NÃO LOGROU ÊXITO PERANTE O PODER JUDICIÁRIO, INTERPOSTA, POR OUTRA EMPRESA INTERESSADA, EM PROCESSO LICITATÓRIO ANTERIOR DO CONVALE, COM O MESMO OBJETO.

RELATÓRIO

Trata-se de impugnação apresentada pela empresa TERRACOM CONSTRUÇÕES LTDA., tempestivamente, com fulcro no artigo 41, §2º, da Lei nº 8.666/93 e itens 5 e seguintes do Edital de Concorrência nº 001/2022, objetivando a apontar alegados vícios, os quais, ao ver da impugnante, maculariam o processo licitatório.

Requer que tais pretensos vícios sejam devidamente corrigidos, a fim de garantir os princípios norteadores da licitação e a plena isonomia entre todos os concorrentes, bem como seja alterada a data de apresentação das propostas, com base no item 5.3 do Edital, pelo fato de que um dos itens por ela impugnados afeta a elaboração da proposta.



Vale aqui, desde logo, ressaltar que a presente impugnação se trata de cópia praticamente idêntica, com as mesmas frases, argumentos e expressões da petição inicial em Mandado de Segurança interposto pela empresa Lara Central de Tratamento de Resíduos Ltda. perante o r. Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Uberaba (processo nº 5005166-87.2021.8.15.0701), que acabou sendo julgada extinta por aquela Corte de Justiça.

Observa-se, portanto, que os chamados vícios apontados naquela ação se repetem, com idêntica fundamentação, nesta petição de impugnação da empresa TERRACOM, vícios esses, no sentir da impugnante, que merecem ser corrigidos, uma vez que causariam uma falta de tratamento igualitário entre os pretensos licitantes, afastando eventuais interessados.

Os pontos da impugnação da Terracom podem ser resumidos da seguinte forma:

- (i) Haveria no edital o que a impugnante chama de “cláusula aberta”, quando se refere que a futura concessionária poderá também exercer “atividades correlatas”, provocando “ululante imprevisibilidade quanto ao serviço a ser prestado” (argumento, expressão e frase copiados integralmente da citada ação mandamental da outra interessada antes citada);
- (ii) Edital prevê “injustificada restrição da somatória de mais de 3 (três) atestados para a comprovação da qualidade técnica”;
- (iii) A exigência de capacidade mínima de 100 toneladas por dia na operação de coleta e transporte de resíduos sólidos não seria compatível com o volume diário atual, o que demonstra que a atestação pretendida para a qualificação técnica é de “apenas parte dos serviços ora licitados”;
- (iv) Exigência de “comprovação técnica em nome de pessoa estranha à licitação”, entendendo que seria inaceitável que um atestado apresentado esteja em nome de uma empresa do mesmo grupo econômico da licitante;



- (v) Ocorreria, ainda, ao ver da impugnante, falta de isonomia em razão de o edital permitir que, na fase de habilitação, houvesse diligências para esclarecer ou sanear eventual documento apresentado;
- (vi) Entende também que o edital não poderia prever, desde logo, a proibição de subconcessão;
- (vii) Aponta uma inconsistência no prazo da garantia da proposta, entendendo haver contradição entre os termos do Edital e do seu Anexo V – Manual de Procedimentos da B3; e
- (viii) Por último, defende haver desrespeito ao princípio da supremacia do interesse público ao se fixar multa por descumprimento contratual em percentual acima de dez por cento.

São esses basicamente os pontos trazidos a reflexão pela empresa TERRACOM CONSTRUÇÕES LTDA, os quais, no entanto, não há como serem admitidos como possíveis de invalidar os termos e condições apontados da licitação, pois, como será aqui demonstrado em detalhe, o Edital de Concorrência nº 001/2022 cumpriu integralmente as regras legais e os entendimentos exarados pelos Tribunais, nada havendo a ser alterado.

Passemos analisar cada um dos pontos da impugnação da empresa TERRACOM CONSTRUÇÃO LTDA.

- (i) **DO ALEGADO DESRESPEITO À ISONOMIA E IGUALDADE CAUSADO PELA PRESENÇA DA CHAMADA “CLÁUSULA ABERTA” NA REDAÇÃO DO OBJETO DO CONTRATO**



A Impugnante, parecendo querer criar certo tipo de confusão na realidade dos fatos, afirma que “a presença da cláusula aberta “atividades correlatas” provoca imprevisibilidade quanto ao serviço a ser prestado e ainda quanto a planilha de custos que deverá ser apresentada por cada Licitante, não sendo possível prever ao certo quais devem ser os itens listados nestas.”

Ora, em primeiro lugar, deve se deixar assentado que é a própria Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95) que permite que as concessionárias executem serviços acessórios ou complementares, incluindo projetos associados. Assim dispõe o artigo 25 da Lei de Concessões:

“Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§1º Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a **concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados;**”

Nas definições contidas no item 3.1.1.5 do edital, portanto, ficou estabelecido que:

“ATIVIDADES CORRELATAS: engloba outras atividades a serem exercidas pela concessionária como a prestação de outros serviços ou o exercício de outras atividades que lhe sejam autorizadas pelo



Poder Concedente, mediante a exploração de atividades correlatas e complementares, (...).”

Dessa forma, o próprio Edital permite, como previsto na legislação acima transcrita, o exercício de outras atividades, desde que venha a ser autorizada pelo Poder Concedente, não havendo qualquer ilegalidade nisso.

E diga-se que tal atividade não precisa ser, desde logo, informada se a concessionária irá ou não exercê-la. Durante a execução do contrato é que a concessionária deverá apresentar a sua vontade de prestar o serviço, o que será avaliado e aprovado pelo Poder Público.

Uma das decisões citadas pela impugnante do TCU nada tem a ver com o exercício de atividades complementares, pois se refere ao eventual levantamento de “dúvidas acerca da possibilidade ou não de se admitir como válida a experiência dos licitantes na coleta seletiva urbana de resíduos, em afronta aos princípios da obtenção da competitividade e do julgamento objetivos previstos no art. 31 da Lei 13.303/2016”. A outra decisão se refere a inconsistência entre especificações técnicas mínimas e especificações dos produtos.

Na verdade, a questão está ligada a possibilidade de a concessionária exercer outras atividades para que possa ter uma receita acessória, extraordinária, “em benefício, em parte, da modicidade das TARIFAS”, como transcreve do item 3.1.1.5 do Edital a própria impugnante.

Mauricio Portugal Ribeiro, em trabalho intitulado “RECEITAS ACESSÓRIAS DECORRENTES DE NOVOS PROJETOS IMOBILIÁRIOS EM CONCESSÕES E PPPS” (<https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/receitas-acessorias-e-projetos- imobiliarios-v5-versao-final-enviada-para-publicacao.pdf>) assim se expressa:

Mia

“A nossa legislação trata genericamente do tema das Receitas Acessórias no artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/95 (“Lei de Concessões”). Esse dispositivo apenas autoriza o edital de licitação a prever em favor do concessionário a exploração de “(...) receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas”. Além disso, o dispositivo exige que as Receitas Acessórias sejam consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

(...)

Com base no tratamento legal acima exposto, praticamente todos os contratos de concessão ou PPP de grandes infraestruturas previram a possibilidade de os concessionários explorarem Receitas Acessórias e estabeleceram regras de compartilhamento dessas receitas.”

Diga-se de passagem que a alegação da impugnante de que a “imprevisibilidade quanto ao serviço a ser prestado e ainda quanto à planilha de custos que deverá ser apresentada por cada Licitante” não se sustenta, frente inclusive ao entendimento dos Tribunais de Contas.

Citando mais uma vez decisões do TCU,

“A obrigação de aprofundar os estudos prévios de viabilidade e prever com algum grau de precisão o resultado da exploração de receitas alternativas tem sido flexibilizada pelo TCU em alguns casos. O Acórdão 1460-40/02-P é um exemplo disso. No caso, o TCU decidiu que nos **estudos de viabilidade para concessão não se faz necessária a determinação quanto ao momento de apropriação das receitas acessórias** no fluxo de caixa (Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, j. 30.10.2002). Também no Acórdão 3679/2013 (Rel. Min. Aroldo Cedraz, j. 10.12.2013) o **TCU relativizou a importância econômica e jurídica, em casos excepcionais, das receitas acessórias**, ao entender que,



em certas circunstâncias (o caso analisado refere-se à unitização e desunitização de carga, acondicionamento e reacondicionamento de mercadorias), **o controle exercido sobre as receitas acessórias deve ser menor.** Outra flexibilização relevante deu-se no Acórdão 1914/2013 (Rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 24.07.2013) em que a Corte entendeu ser apenas recomendável, ao invés de obrigatória, a indicação de fontes de receita alternativa na concessão de obra pública.”

Portanto, nenhum princípio foi descumprido pela licitação como quer fazer crer a Impugnante.

(ii) **DA ILEGALIDADE NA RESTRIÇÃO DE SOMATÓRIO DE NÚMERO MAIOR QUE 3 (TRÊS) EM ATESTADOS PARA COMPROVAÇÃO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA**

A Impugnante diz que há ilicitude pelo fato de se admitir o somatório de 3 atestados, entendendo haver uma “injustificada restrição da somatória de mais de 3 (três) atestados para comprovação de qualificação técnica.”

Nenhuma ilegalidade existe no somatório dos atestados. Muito pelo contrário, está dentro do poder/dever do administrador buscar a qualificação técnica correta e não permitir, por exemplo, que um licitante traga 50 atestados a serem somados para darem a capacidade técnica exigida.

Como diz a Lei de Licitações, a capacidade técnica deve ser em qualidade e **quantidade compatível com o objeto da licitação.** Assim o **somatório de muitos atestados não representa a real capacidade da empresa** que se pretende habilitar ao certame.



O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, pelo Procurador-Geral signatário, apresentou REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, em 25.11.2016, contra o Processo Licitatório n. 127/2016 - Edital de Concorrência Pública n. 02/2016, promovido pela Prefeitura Municipal de Vespasiano para a concessão administrativa dos serviços de iluminação pública do município, entendendo:

“17. Em regra, a **soma de atestados é admitida**, salvo a existência de peculiaridade que fundamente procedimento contrário. **Esta é a jurisprudência do Tribunal de Contas de Minas Gerais**, conforme entendimento verificado nos autos da Denúncia n. 951.3674: (...) a **soma de atestados para comprovar a habilitação técnica deve ser admitida**, a menos que exista alguma peculiaridade no serviço que justifique tratamento diverso. Observa-se que uma empresa que corriqueiramente execute diversos trabalhos de baixa complexidade e volume dificilmente conseguirá suportar um trabalho que exija maior capacidade, não só técnica, mas também de mão-de-obra. Nesse sentido, vale citar decisões do Tribunal de Contas da União: Com relação à proibição da soma de quantitativos de contratos distintos, não vislumbro prejuízo. **É usual o estabelecimento de limites, com o intuito de evitar que a adição de quantitativos irrisórios venha a amparar experiência inexistente no curriculum do licitante.** Apenas excepcionalmente, em razão da natureza dos serviços, tal medida poderia ser restritiva. (Acórdão 2088/2004 – Plenário – TCU).

No caso concreto, o objeto licitado referia-se ao fornecimento de 20.000 (vinte mil) refeições diárias. É razoável supor que o fornecimento de tal quantidade demande capacidade operacional diversa daquela necessária, por exemplo, para o fornecimento de 1000 (mil) refeições. Ou seja, a simples soma de atestados referentes a diversos fornecimentos de menor monta, principalmente se não forem prestados



simultaneamente, pode não atender aos interesses da Administração.
(Acórdão 2079/2005 – Primeira Câmara)”

Esse é exatamente o caso desta licitação. A coleta/transporte/destinação diária de mais de 300 toneladas, em diversas cidades que compõem o Consórcio CONVALE, não se pode comparar com a coleta de resíduos de um condomínio, ou uma pequena cidade.

No Acórdão 1101/2020, do Plenário do TCU, tendo por relator o e. Ministro Vital do Rêgo, deve ser observado que tal questão está totalmente pacificada naquela Corte. Veja-se trecho da decisão a qual enfrenta inclusive a Súmula 263 do TCU:

“É irregular, quando não tecnicamente justificada, a limitação do número de atestados para fins de comprovação dos quantitativos mínimos exigidos para demonstrar a capacidade técnico-operacional da empresa na execução dos serviços de maior complexidade e relevância do objeto licitado (Súmula TCU 263) .

Outro ponto que deve ser verificado com atenção, é quando o edital limita o número de Atestado de Capacidade Técnica, porém a Súmula TCU 263, abre uma brecha, desde que guarde proporção com a dimensão e a complexidade do Objeto.

“Súmula 263: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das empresas licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado”.



Não se vislumbra, portanto, qualquer ilegalidade nessa exigência, não podendo ser dado provimento à ação também sobre este aspecto.

(iii) DA INSUFICIÊNCIA DE COMPATIBILIDADE TÉCNICA CAUSADA PELO BAIXO QUANTITATIVO EXIGIDO QUANTO AO ACERVO TÉCNICO

Neste ponto, há verdadeira contradição por parte da interessada. No capítulo anterior, entende que não pode haver limitação no número de atestados, devendo ser permitido o somatório de vários atestados (e nem diz quantos) para se atingir ao mínimo necessário para a qualificação técnica.

Agora, informa a Impugnante que o “item a.1.1 determina que seja apresentada documentação relativa à capacidade mínima de 100 (cem) toneladas por dia na operação de coleta e transporte de resíduos sólidos”, e “o item a.1.2 prevê a mesma quantia para a atestação de tratamento ou disposição final de resíduos sólidos.”

Entende assim ser ínfima a quantidade exigida, pelo fato de, para o primeiro ano de concessão, a média diária de resíduos seria de aproximadamente 946 toneladas.

Além da contradição (quer que se permita somar quantos atestados cheguem ao quantitativo mínimo, ou seja, no caso deste edital de 100 toneladas dia. E acha que 100 toneladas dia é pouco. Deveria ter uma exigência maior), não se sabe de onde a interessada retirou esse número de 946 toneladas dia.

Na verdade, o Anexo I – Caderno de Encargos não apresenta esse volume de 946 t/dia de resíduos. O volume apresentado no referido documento é de 111.728 t/ano para coleta e transporte de RDO, ou seja, para a coleta e transporte de todos os resíduos previstos no projeto com esse serviço, em todos os municípios. Os valores equivalentes em t/dia estão no item 3.4.1 do Relatório de Estudos de Engenharia e Afins, publicado

também junto com o Edital desta licitação. Para coleta e transporte de RDO, **são 358 t/dia**. Considerou-se que a empresa com experiência de 100 t/dia em coleta e transporte de resíduos está apta a atender ao objeto da licitação.

De fato, assim consta do referido Relatório de Estudos de Engenharia e Afins:

“Considerando-se a **média de 304 t/dia de resíduos coletados pela coleta domiciliar em Uberaba** e a porcentagem de 31% de resíduos recicláveis, conforme análise gravimétrica, estima-se que Uberaba tenha uma produção de pouco mais de 95 t/d de resíduos recicláveis coletados na coleta domiciliar, deixando de ser aproveitados na coleta seletiva.

.....

Considerando o total de **54 t/dia de resíduos coletados pela coleta domiciliar nos demais municípios integrantes**, a porcentagem de 26,5% de resíduos recicláveis, estima-se que estes municípios tenham uma produção de aproximadamente 14 t/dia de resíduos recicláveis coletados na coleta domiciliar, deixando de ser aproveitados na coleta seletiva.”

Portanto, os atestados exigidos no Edital se referem a 100 toneladas dia de resíduo (coletado e disposição final), o que se encontra dentro do previsto para o presente contrato (358 toneladas dia para coleta e transporte – ou seja a exigência do Edital se encontra dentro do patamar em torno de 1/3 do previsto).

O TCU, em acórdão do r. Ministro Benjamim Zymler (Acórdão 2924/2019), fixa como regra o limite máximo de 50% do quantitativo dos serviços (onde 1/3 se enquadra perfeitamente). Vejamos:

“É irregular a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende,

situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo licitatório.”

Não se vislumbra qualquer ilegalidade nessa exigência, não podendo ser dado provimento à ação também sobre este aspecto.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DE CONTAS DO ESTADO DE MINAS GERAIS, pelo Procurador-Geral signatário, apresentou REPRESENTAÇÃO, COM PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, em 25.11.2016, contra o Processo Licitatório n. 127/2016 - Edital de Concorrência Pública n. 02/2016, promovido pela Prefeitura Municipal de Vespasiano para a concessão administrativa dos serviços de iluminação pública do município, entendendo com relação a esse aspecto:

“32. Conforme verifico na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, usualmente tem-se exigido nos procedimentos licitatórios a comprovação de experiência em quantitativo equivalente a 50% do objeto que se pretender contratar, o que, no entendimento daquele Tribunal, **não é uma regra fixa, dependendo-se da necessidade prática e específica de cada tipo de serviço**: Comumente tem sido exigido da licitante que comprove que prestou serviço equivalente a 50% do que se pretende contratar, como forma de verificar a compatibilidade de objetos no que se refere a quantidades. No entanto, há que se perceber que cada contratação requer habilidades específicas, de forma que essa linha de entendimento não pode ser aplicada uniformemente. A qualificação técnica exigida dos licitantes consiste, segundo as palavras de Marçal Justen Filho, no “domínio de conhecimentos e habilidades teóricas e práticas para a execução do objeto a ser contratado”. Logo, **o conteúdo dos atestados de capacidade técnica deve ser suficiente para garantir à Administração que o contratado terá aptidão para executar o objeto pretendido**. Tal

aptidão pode se referir a vários aspectos. Nesse ponto, parece residir a principal discussão a ser enfrentada – que espécie de aptidão deve ser requerida para a execução de contratos de serviços de natureza continuada, em que esteja caracterizada cessão de mão de obra (...) Destaque-se que a constatação de que a habilidade requerida para a prestação de serviços terceirizados mediante cessão de mão de obra é diferenciada, advém da experiência da Administração na condução desses contratos. Tem-se observado que a maior causa de fracasso na execução dos ajustes é a incapacidade das empresas de manter a prestação dos serviços ao longo do tempo sem falhar no cumprimento de suas obrigações trabalhistas e previdenciárias junto aos empregados. Logo, pode-se concluir que a habilidade de gestão de pessoal, nesses casos, relaciona-se mais à saúde financeira das empresas e à capacidade de gerenciar recursos financeiros e custos. (...) **Estando as exigências dentro dos limites autorizados pela lei, não há porque a priori, considerá-las indevidas. O que se deve verificar é sua pertinência para garantir a cumprimento (ou ao menos diminuir o risco de descumprimento) das obrigações das contratadas, sem restringir indevidamente a competitividade das licitações.**”

Dessa forma, não há o pretense vício alegado pela impugnante, devendo ser rejeitado também este ponto.

(iv) **DA ILEGALIDADE DE COMPROVAÇÃO TÉCNICA EM NOME DE PESSOA ESTRANHA À LICITAÇÃO**

A Impugnante informa que o Edital prevê que a qualificação técnica poderá ser demonstrada por meio de documentação (atestado) de empresa pertencente ao mesmo Grupo Econômico da Licitante, o que tornaria o certame completamente irregular.



Ora, nenhuma ilegalidade há. Apesar de algumas decisões e doutrina a respeito, o Tribunal de Contas da União admite que haja a apresentação de atestados por empresas do mesmo grupo econômico como se verá nas decisões a seguir.

Deve ser esclarecida a situação particular deste edital, que não foi enfrentada nas decisões trazidas pela impugnante. O presente Edital exigiu que a empresa que apresentou o atestado transfira para a licitante o *know how* respectivo.

Nesse sentido, o Acórdão 1448/2013-Plenário, TC 013.658/2009-4, do relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, datado de 12.6.2013, do Tribunal de Contas da União, assim decidiu:

"(...) a afirmação da Alive de inviabilidade do **atestado de capacidade técnica** por ter sido emitido por **empresa do mesmo grupo econômico não prospera**. Em primeiro lugar, porque **não há vedação na Lei nº 8.666/93 e nem no edital da licitação**. Em segundo lugar, porque o art. 266 da Lei 6.404/76 estabelece que as sociedades (controladora e controlada) conservam a personalidade e patrimônios distintos, além de ser um princípio da contabilidade: o princípio da entidade (...)"

Portanto, não há qualquer ilegalidade, muito menos nulidade do edital, pelo fato de o edital permitir que os atestados estejam em nome de empresa do mesmo grupo econômico da licitante, exigência extremamente comum em diversos processos licitatórios.



(v) **DA FALTA DE ISONOMIA CAUSADA PELA POSSIBILIDADE DE DILIGÊNCIA DO LICITANTE APÓS SUA CLASSIFICAÇÃO**

A Impugnante diz que haveria falta de isonomia no certame pelo fato de o edital na medida em que **este prevê a possibilidade de que Licitante** com proposta já classificada **tenha a oportunidade de praticar diligência para atender às exigências de habilitação, podendo assim apresentar documentos** que, caso não atendam ao edital, teriam desclassificado a Licitante se o tivesse apresentado em momento oportuno.

Ora, nada mais, data vênua, falacioso a atitude da Impugnante ao faltar com a verdade.

O Edital não permite e não prevê que qualquer licitante possa completar, apresentar a *posteriori*, ou de qualquer forma trazer novos documentos ou informações ao processo.

O que o Edital prevê é a possibilidade de a Comissão, na forma facultada pela Lei de Licitações, efetuar diligências para verificar se as informações, documentos e dados apresentados são verídicos e atendem ao edital.

Veja-se a disposição seguinte – entre outras – do Edital:

O Edital da presente licitação prevê

“15.3.1 Os documentos para a qualificação técnica consistirão em:

(...)

a.2) **A Comissão Especial de Licitação poderá realizar diligências a fim de verificar o atendimento das condições previstas nos subitens acima;**”



No entanto, como dito, o edital é específico e claro ao vedar qualquer complemento de documentos e informações. Transcreva-se o contido no item 19.4 do edital:

“19.4 É facultado à Comissão Especial de Licitação, em qualquer momento, da licitação **promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo, vedada a inclusão de documentos ou informações que veriam constar originalmente das propostas.**”

Não há, dessa maneira, qualquer ilegalidade no edital, tratando-se, na verdade, de posicionamento da Impugnante que não se coaduna com a boa fé exigida de qualquer interessado em participar do certame licitatório.

(vi) DA PROIBIÇÃO DE SUBCONCESSÃO

O Edital prevê no item 33.1 (tendo idêntica redação no item 18 da minuta do Contrato de Concessão) que não é admitida a subconcessão.

Impugna a interessada tal dispositivo sob o argumento de que, frente ao artigo 26 da Lei de Concessões (Lei nº 8.987/95), a Administração Pública não poderia, desde logo, no Edital criar tal restrição, mas dependeria de analisar, no caso a caso, a figura da subconcessão no momento em que a futura concessionária assim o solicitasse.

Não nos parece ter fundamento a impugnação da interessada.

De fato, prevê o artigo 26 da Lei de Concessões:



“Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.

§1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.

§2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.”

Em primeiro lugar, verifica-se existir os seguintes condicionantes para que a subconcessão exista: (i) haja efetiva previsão contratual (diz o caput do art. 26 – “nos

termos previstos no contrato de concessão” – ou seja, se não previsto, não pode haver subconcessão); (ii) autorização previa do Poder Concedente e (iii) haja prévio processo de concorrência, nos termos do parágrafo 1º.

O Professor de Direito Regulatório da FGV Direito Rio, Rafael Vêras de Freitas, em trabalho intitulado “A subconcessão de serviço público” (Editora Forum - Belo Horizonte, ano 5, n. 10, p. 75-101, jul./dez. 2016) leciona:

“A subconcessão, por fim, se caracteriza pela transferência de parcela do plexo de direitos e deveres decorrentes relação concessória do concessionário para outrem. Porém, nessa modalidade de contratação, o concessionário original mantém-se responsável pela qualidade e pelo desempenho da sua obrigação, apesar da transferência de parcela do objeto concedido para terceiros. Razão pela qual, neste módulo contratual, instala-se uma relação direta entre o poder concedente e o subconcessionário, relação esta que deve ter o restrito propósito de assegurar o cumprimento do regulamento da concessão, notadamente no que toca às obrigações de continuidade, universalização, adequação e modicidade tarifária. **Para levar a efeito tal contratação, o ordenamento jurídico pátrio prescreve a**



observância do seguinte iter procedimental: (i) autorização contratual; (ii) autorização expressa do poder concedente; e (iii) realização de procedimento licitatório – desde que, adiante-se, ele se releve viável (a isso se voltará doravante).”

Em outro trecho da obra acima citada, completa:

“Outra questão que causa espécie nesta temática diz com a natureza jurídica do ato de “anuência expressa” do Poder Concedente quanto à subconcessão.

Tenho para mim que, caso haja autorização contratual, o ato administrativo de autorização, a ser expedido pelo poder concedente, será vinculado.”

Ou seja, como se vê, é necessária a previsão expressa em contrato que permite haver a subconcessão. De outro giro, a contrário senso, o contrato pode não prever (ou vedar) a subconcessão.

Trata-se de decisão dentro do poder discricionário e de conveniência da Administração, o qual pode ser exercido, desde logo, na regra do Edital, quando, desde logo, não permite que haja a subconcessão.

(vii) DO PRAZO DE SEGURO GARANTIA (GARANTIA DA PROPOSTA)

Alega a impugnante que haveria uma controvérsia entre o Edital e um dos seus anexos (Anexo V – Manual de Procedimentos B3), uma vez que haveria uma incongruência entre a correta data a ser considerada para fins de início da garantia da proposta.



A questão parece muito simples e se trata de erro material, facilmente corrigível por meio de esclarecimento aos licitantes. E, diga-se logo, não se trata de alteração do Edital que afete a elaboração da proposta, não se justificando qualquer modificação do Edital.

De fato, em primeiro lugar, não há discrepância entre o Edital e o referido Anexo V. Em ambos os casos (Edital – item 17.3 e Anexo V – item 6.1), a garantia da proposta, pelo prazo mínimo de 12 meses, deve ser contada da “data da entrega dos envelopes”. E exatamente assim que consta da redação de ambos os dispositivos, como se observa da transcrição feita pela própria impugnante.

Como a entrega da proposta será no dia 05 de abril de 2022, o prazo de início da garantia da proposta deve ser contado dessa data, e não da que equivocadamente constou do item 6.1 do Anexo V.

Em segundo lugar, o próprio Anexo V (fls. 5 do Manual da B3) prevê textualmente que:

“PREVALÊNCIA DO EDITAL

Caso exista conflito entre as disposições deste documento e as do EDITAL, prevalecerá o disposto no EDITAL.

DEFINIÇÕES E ABREVIações

As definições utilizadas neste MANUAL DE PROCEDIMENTOS DA B3 são as mesmas aplicadas ao EDITAL. Qualquer novo termo que porventura tenha sido usado neste MANUAL DE PROCEDIMENTOS DA B3 não substitui ou invalida os termos adotados pelo EDITAL, os quais sempre prevalecerão.”

Portanto, mesmo se tratando de um conflito, prevalecerá a regra do item 17.3 do Edital que dispõe que a “GARANTIA DA PROPOSTA deverá ter prazo mínimo de 12 (doze) meses, a contar da data de entrega dos ENVELOPES (...)”.



CONCLUSÃO

Em razão do acima exposto, não há o que se dizer quanto a total legalidade das regras do Edital, sendo, portanto, não provida a impugnação aos termos do Edital apresentada pela TERRACOM CONSTRUÇÕES LTDA.



COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO CONVALE

24/03/2022

CONCORRENCIA 001/2022