



ESTADO DE GOIÁS

Prefeitura Municipal de São Simão

Ref.: Edital de Concorrência Pública nº 003/2021

Impugnante: Brasil Central Engenharia Ltda. (“Impugnante”)

I – DAS CARACTERÍSTICAS DA IMPUGNANTE QUE FUNDAMENTAM A IMPUGNAÇÃO

A Impugnante, na sua peça apresentada à Comissão de Licitação, defende a tempestividade da apresentação da impugnação afirmando que o protocolo ocorreu no dia “25 de janeiro de 2022 (terça-feira), ou seja, no prazo de 05 (cinco) dias úteis anteriores à data de abertura da sessão pública”, ou seja, a Impugnante entende que ela se enquadra na situação do art. 41, §1ª, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual qualquer “cidadão” é parte legítima para impugnar o edital de licitação.

Ocorre que a pessoa jurídica Impugnante não se configura como “cidadão”, termo que inquestionavelmente corresponde a indivíduo dotado de direitos políticos e civis. Dessa forma, a Impugnante, a rigor, não reúne as características legais para oferecer impugnação ao Edital com base no artigo 41, §1º da Lei nº 8.666/93.

Em que pese tal circunstância e, por ser a impugnação tempestiva já que apresentada dentro do prazo previsto no artigo 41, §2º da Lei nº 8.666/93, o Município, em prol da transparência e da lisura do processo, apresenta a seguir as considerações aos itens questionados.

II – DAS ALEGADAS “AUSÊNCIAS”

O primeiro aspecto levantado pela Impugnante diz respeito a supostas ausências de critérios para garantir que “participantes aventureiros não venham tumultuar o certame, afinal a Administração tem o dever de precaver-se contra eventuais empresas que frustrem a contratação futura por não serem técnica e economicamente aptas a execução do serviço.”

Após discorrer sobre a finalidade das licitações públicas e a busca pela proposta mais vantajosa ao interesse público, a Impugnante destaca o estabelecimento de exigências que possibilitem o maior número possível de concorrentes, “desde que estes tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento de obrigações.”

Ao fim, a Impugnante requer a inclusão de “outras condições impeditivas de participação de empresas no certame”, listando referidas condições nas alíneas “i” a “ix” de sua impugnação.

Inicialmente, é certo que o Edital foi elaborado para garantir a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, garantindo o caráter competitivo do certame, sem prejuízo de garantir uma segurança através das exigências de uma qualificação técnica e econômico-financeiro mínima.

Nesse sentido, o Município de São Simão estabeleceu critérios de habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal adequados e suficientes para, de um lado, permitir a ampla competição e, de outro lado, trazer ao Município a segurança jurídica necessária de que não haverá a contratação de empresa “aventureira”, que não detenha todas as condições exigidas no Edital para bem executar os serviços licitados.

Quanto ao rol de “outras condições impeditivas de participação de empresas no certame” relacionadas pela Impugnante no tópico III.1 de sua impugnação, tratam-se, em sua maioria, de hipóteses extraídas da Lei nº 13.303/2016, a qual não se aplica à Concorrência nº 03/2021, mas apenas às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Inclusive na alínea “ix” do item III.1, a Impugnante indica como sendo uma das vedações à participação do certame, as “empresas que, comprovadamente por sua culpa, não tenha cumprido integralmente contrato com o ESTADO DE GOIÁS, independentemente do objeto contratado”, sendo tal sugestão impertinente, já que o Estado de Goiás é ente federado diverso do Município de São Simão, possuindo Administração Pública e contratos próprios, independentes das relações contratuais do Município.

Portanto, as hipóteses de impedimento de participar no certame são aquelas contempladas no item 34 do Edital, sem prejuízo das outras hipóteses previstas em normas aplicáveis às licitações públicas, tais como aquelas indicadas na Lei nº 8.666/93 e também na Lei nº 8.429/92, onde há previsão expressa das hipóteses de impedimento de participação de licitações em geral, sendo desnecessário o Edital transcrever prever expressamente tais hipóteses em seu bojo.

A previsão de novas hipóteses de impedimento de participação traria o risco de afronta ao princípio da legalidade, estampado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, além do risco de comprometer o caráter competitivo do certame.

Sendo assim, o Edital encontra-se em estrita consonância com a legislação que lhe é aplicável, não havendo qualquer “ausência” no tocante às condições impeditivas de participação no certame, as quais são adequadas e suficientes para salvaguardar os interesses da Municipalidade com vistas à eventual participação de empresas “aventureiras” ou “mal intencionadas”.

III - QUANTO À “NECESSIDADE DE REALIZAÇÃO DAS VISITAS TÉCNICAS”

O segundo ponto apontado pela Impugnante como irregular é o item 42 e seguintes do Edital, que “desobrigam a realização de visita técnica, em desconformidade com o entendimento do TCU, o que também merece revisão.” A alegação de irregularidade do Edital aventada pela Impugnante não subsiste.

Inicialmente, o artigo 30, III da Lei nº 8.666/83, citado pela Impugnante, não impõe como uma das condições de qualificação técnica a obrigatoriedade de realização de visita técnica, ficando a cargo do órgão licitante decidir, caso a caso, as situações em que as visitas técnicas são obrigatórias e os casos onde são facultativas.

No caso da Concorrência em questão, o Município de São Simão previu a possibilidade de realização de visita técnica, mas em caráter facultativo, ficando a cargo do licitante decidir realizá-la, ou não. Mas está expressamente previsto no item 47 do Edital que os licitantes que optarem por não realizar a visita deverão apresentar declaração, conforme modelo constante no Anexo VI do Edital.

Quanto à alegação de que as visitas técnicas se prestariam a sanar eventuais dúvidas sobre o objeto licitado, é certo que os licitantes que optaram por não realizar a visita técnica poderiam se utilizar do pedido de esclarecimentos para tirar dúvidas sobre as condições locais, não sendo imprescindível a visita técnica para esse fim específico.

Mas o que importa é que o Edital garantiu a oportunidade de realizar visitas técnicas. E como o Edital foi publicado com mais de 90 (noventa) dias de antecedência, qualquer interessado poderia planejar e agendar a visita técnica, como 5 (cinco) empresas o fizeram.

É certo, ainda, que ao exigir a mencionada declaração, o Município de São Simão também se resguarda de futura alegação de desconhecimento das condições locais por parte dos licitantes que optaram por não realizar a visita.

Por fim, quanto aos 2 (dois) acórdãos do TCU citados pela Impugnante, fica claro que, ao contrário do que fez crer a Impugnante, ambos reiteram que a regra geral é a da facultatividade das visitas técnicas, sendo que o primeiro acórdão ainda se refere à “possibilidade de substituição do atestado de visita por declaração do responsável técnico de que possui pleno conhecimento do objeto da licitação.” Portanto, tais acórdãos militam em desfavor da tese trazida na impugnação e amparam a previsão do item 42 e seguintes do Edital.

IV - QUANTO AO “VALOR DA OUTORGA”

O terceiro argumento trazido pela Impugnante é o de que “o valor da outorga em valor tão alto restringe a participação no certame, e é totalmente desarrazoado, já que o edital e o contrato também prevê o pagamento de garantia da execução, o reembolso de estudos, índices mínimos de solidez da empresa, dentre outros.”

Inicialmente, a garantia de execução do contrato, assim como a previsão de reembolso de valores referentes aos estudos e, ainda, a previsão de índices contábeis mínimos de solidez não guardam qualquer relação com a outorga a ser paga ao poder concedente. Cada um desses aspectos tem um objetivo próprio e independente entre si.

Tanto é assim que as normas aplicáveis à Concorrência preveem a possibilidade de exigência de todos esses critérios, de forma simultânea, justamente porque cada um deles tem um objetivo próprio e independente entre si. Assim, a exigência de um não elimina a possibilidade de exigência do outro.

Dito isso e adentrando especificamente na questão do pagamento de outorga no valor de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões), como bem dito pela Impugnante, trata-se de decisão inserida dentro da esfera de discricionariedade da Administração Pública a sua exigência, ou não, observados os critérios de conveniência e oportunidade.

O Município de São Simão, respaldado em estudos técnicos e financeiros, optou pela previsão de pagamento da outorga no valor retro citado como forma de remuneração pela delegação dos serviços, valendo destacar que se objetiva que o valor a ser pago pelo licitante vencedor seja destinado para ações na área de saneamento básico (no que não estiver dentro do objeto licitado), meio ambiente e resíduos sólidos.

A modicidade tarifária já está garantida pela definição de teto máximo das tarifas já inferiores aos valores cobrados pela SANEAGO em municípios do Estado de Goiás, sendo que, sobre esse teto, ainda serão aplicados descontos pelos licitantes, já que, de acordo com item 11 do Edital, a presente licitação será processada e julgada pelo critério de menor valor das tarifas, o que demonstra que o Município de São Simão busca, claramente, preservar os interesses dos munícipes.

Não procede, assim, qualquer argumento de que o pagamento da outorga militar em desfavor da modicidade tarifária.

A própria Impugnante reconhece que “ao utilizar o regime do preço do serviço, como no presente edital, objetiva-se preservar os benefícios percebidos pelos Poder Público e também pelos usuários”, o que justifica, mais uma vez, a previsão de pagamento de outorga ao poder concedente.

E quanto à questão da competitividade entre os licitantes na fase da licitação é certo que todos eles deverão prever o pagamento da outorga em suas propostas comerciais, de modo que

essa “pressão competitiva” vai ocorrer de modo isonômico entre os competidores, não prevalecendo o argumento da Impugnante.

Sendo assim, não procede o pedido de retificação do Edital quanto ao aspecto da outorga cobrada da concessionária.

V - QUANTO À “ATESTAÇÃO TÉCNICA EXIGIDA E A EQUIPE TÉCNICA VINCULADA”

Neste tópico, a Impugnante alega que o Edital traria exigências de capacitação técnica “aquém daquela necessária a certificar que o licitante esteja apto a executar a totalidade dos serviços licitados, não havendo requisitos mínimos no que se refere ao manejo de resíduos sólidos.”

Não procede esse argumento, porque o Edital exige no item 106, “a”, “i”, a apresentação de atestados técnicos que demonstrem que o licitante tem experiência na “implantação e operação de aterro sanitário”, o que é pertinente e compatível com o objeto licitado no tocante ao tratamento e destinação final dos resíduos sólidos, com a implantação do aterro sanitário, em estrita observância do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

Ademais, a Impugnante requer que sejam “incluídas condições imprescindíveis para comprovar a capacidade técnica da empresa que pretende executar os serviços públicos de manejo de resíduos sólidos do município de São Simão-GO, devendo ser incluída a exigência de comprovação técnica (no corpo do edital e no termo de referência), com relação também a tais serviços, e não somente com relação à operação e manutenção de sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário.”

Ocorre que o Edital exige a comprovação de experiência em serviços públicos de manejo de resíduos sólidos, obviamente, naquilo que guarda relação com o objeto da concessão, ou seja, implantação e operação de aterro sanitário. Nem poderia ser diferente, já que a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 30, estabelece que os requisitos de qualificação técnica limitar-se-ão à comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com objeto licitado. Nesse sentido, o item 106 e seguintes do Edital estabeleceram as condições de habilitação de maior relevância e valor significativo para fins de averiguar a capacidade técnica dos licitantes, estando adequados para tanto, sendo absolutamente suficientes para esse fim.

A Impugnante se insurge contra a previsão do item 109 do Edital, sob o fundamento de que “nesse caso, não restaria comprovada a sua aptidão para cumprimento do objeto do edital, mas sim de terceiros, não garantindo que os serviços objeto sejam atendidos da melhor forma para o poder público e os usuários.”

Não procede tal fundamentação, porque o objetivo do item 109 foi justamente o de ampliar o caráter competitivo do certame. Isso porque é muito comum, em praticamente todas as concessões comuns e PPPs, o licitante vencedor constituir uma sociedade de propósito específico para prestar os serviços concedidos e, em vista disso, o respectivo atestado é emitido em nome dessa sociedade de propósito específico.

Ocorre que tais sociedades de propósito específico, por sua própria natureza, não podem participar de licitações, já que foram criadas com o propósito específico de executar determinado contrato, porém, por outro lado, suas controladoras, controladas e empresas que estejam sob o mesmo controle não detêm a respectiva atestação técnica, muito embora detenham toda a expertise na prestação dos serviços, adquiridas no contexto do grupo econômico de empresas. Além disso, a regra do item 109 tem sido amplamente utilizada e aceita nas licitações públicas de concessão de serviços públicos e de parcerias público-privadas, proporcionando grande êxito para a Administração Pública em tais licitações.

A Impugnante se insurge, ainda, contra a previsão do item 184 do Edital, alegando que “a comprovação da atestação técnica da equipe somente será exigida antes da assinatura do contrato, após a declaração da licitante vencedora, e não em condições de igualdade entre todas as licitantes, não sendo sequer exigido quantitativos mínimos para tal fim.”

No tocante às exigências de qualificação técnica, a Lei nº 8.666/93 é muito clara ao facultar à Administração Pública a escolha dos critérios de habilitação a serem exigidos, respeitados os limites do art. 30 da Lei federal nº 8.666/93.

Em outras palavras, o ente licitante não está obrigado a incluir no ato convocatório *todos* os requisitos previstos no referido artigo 30, podendo decidir, caso a caso, o que é relevante exigir em cada caso. Por isso, o Município de São Simão optou por exigir apenas a qualificação técnico-operacional para fins desta Concorrência.

Isso não quer dizer que o Município não se preocupou em garantir que haverá profissional qualificado à frente dos serviços concedidos. O Edital exigiu, como condição para assinatura do contrato de concessão, comprovação de que a concessionária tem em seu quadro permanente, profissionais com experiência técnica prévia, comprovadas por meio de atestado(s) de responsabilidade técnica. Em outras palavras, o Município de São Simão está adotando todas as medidas necessárias para se assegurar que os serviços serão adequadamente prestados por quem detém *know how* técnico.

Desse modo, não há que se falar em qualquer desigualdade entre licitantes.

Com relação ao argumento de que não foi previsto quantitativo mínimo quanto à qualificação técnico-profissional, tanto a Súmula 263 do TCU como a jurisprudência colacionada na impugnação não militam em favor da Impugnante, seja porque se aplicam apenas à qualificação

técnico-operacional, seja porque dispõe sobre temas diversos do aqui debatidos ou muito específicos de determinada licitação.

Em suma, o Município de São Simão detém discricionariedade para decidir quais os requisitos de qualificação técnica devem ser exigidos na Concorrência para garantir a averiguação da capacidade técnica dos licitantes. E isso foi feito em estrito atendimento aos limites previstos no artigo 30 da Lei nº 8.666/93.

Portanto, as exigências de qualificação técnica previstas no Edital, assim como a previsão inserta no item 184 do Edital, são adequadas e suficientes para garantir ao Município de São Simão que os licitantes que vierem a participar da disputa detêm experiência em serviço similar ao que está sendo atualmente licitado. Apenas um aparte: houve um lapso da Impugnante ao se referir à população de “Goianira”, ao invés de população do Município de São Simão.

VI - QUANTO À “RESPONSABILIDADE POR EVENTUAIS DESAPROPRIAÇÕES”

O último argumento trazido na impugnação diz respeito ao item 207 do Edital, que trata sobre as providências e ônus decorrentes das desapropriações. Segundo a Impugnante “a responsabilidade deve ser do poder concedente, e não da Concessionária, uma vez que tais áreas serão, ao fim do contrato, devolvidas ao Município, restando totalmente ilegal e arbitrária tal imposição por meio do contrato.”

Não prevalece tal argumento, porque tal item 207 do Edital está devidamente amparado nas normas que lhe são aplicáveis.

A começar pelo Decreto-Lei nº 3.365/41 que, em seu artigo 3º, prevê expressamente que “Podem promover a desapropriação, mediante autorização expressa constante de lei ou contrato: I - as concessionárias, inclusive aquelas contratadas nos termos do disposto na Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e as permissionárias de serviços públicos;”, o que, por si só, encerra qualquer discussão sobre o tema.

A Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, dispõe expressamente no art. 29, inciso VIII, que incumbe ao Poder Concedente “declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis”.

E, novamente, não há que se falar em prejuízos aos usuários, porque como já dito anteriormente, o critério de julgamento da presente licitação é o de menor valor tarifário, em prol dos interesses da população de São Simão; desse modo, a melhor escolha é a de a concessionária

cobrar tarifas módicas dos usuários e, ao mesmo, ter que arcar com as providências e com os ônus da desapropriação, aliviando o orçamento público municipal e desafogando a máquina pública.

VII – CONCLUSÃO

Por todo o exposto acima, a Impugnação apresentada pela Impugnante é conhecida por esta Comissão de Licitação e julgada improcedente.

Sendo o que nos cabia para o momento, permanecemos à disposição.

Atenciosamente.

São Simão, Go., 28 de janeiro de 2022.

Jose Humberto de Oliveira
Presidente da CPL

Janaína Rosa de Souza
Secretária da CPL

Marcio Machado Gonzaga
Membro da CPL