



Processo nº 07.001/2019-CP
CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 07.001/2019-CP
Assunto: IMPUGNAÇÃO DE EDITAL
Impugnante: MÁRCIO CHRISTIAN PONTES CUNHA

DA IMPUGNAÇÃO

A Presidente da Comissão de Licitação de Quixeramobim-CE vem responder ao Pedido de Impugnação ao Edital do Certame Concorrência Pública Nº 07.001/2019-CP, impetrado por MÁRCIO CHRISTIAN PONTES CUNHA, nos termos da legislação vigente.

DOS FATOS

Insurge-se a recorrente em face do Edital da Concorrência Pública Nº 07.001/2019-CP, discutindo diversos pontos que perpassam o edital, no intuito de demonstrar vício que o macule, ao fim solicitando suspensão do certame e, após análise, decisão pelo provimento da impugnação, com a republicação do ato convocatório.

Diante das razões apresentadas pelo impugnante, passamos ao estudo pormenorizado dos pontos atacados.

DA RESPOSTA

A) Dos Elementos Basilares Limitadores de Proposta de Alteração

O impugnante indica que o item 2.2 do Termo de Referência confere a possibilidade de apresentação de proposta de alteração, desde que respeitados os elementos basilares, reclamando, então, o fato de o edital não discriminar em que esses seriam constituídos.

Cuidando de matéria de natureza técnica, foi solicitado parecer de setor competente, que apresentou a seguinte conclusão:

A - As Parcerias Público-Privadas se orientam pela relação de cooperação entre as Partes, distanciando-se do modelo estanque dos contratos administrativos usuais. Assim, estes instrumentos determinam, por exemplo, a divisão de ganhos econômicos entre as Partes, distribuição de riscos, penalidades aplicáveis à Contratante e à Contratada. Assim, os elementos basilares são aqueles que não descaracterizam o objeto contratado, podendo a CONCESSIONÁRIA sugerir alterações de metodologia, desenvolvimento de receitas acessórias não previstas inicialmente, expansão do objeto, etc. A limitação dos elementos básicos decorre das próprias limitações legais, não havendo óbice à análise concreta durante a gestão contratual.

Nesse sentido, cumpre verificar que o item questionado prevê como limites para essa proposta de alteração não apenas os ditos "elementos

basilares”, mas também que essas mudanças se fundamentem em uma melhor execução, levando em consideração contrato e edital, e, ainda, estabelecendo que tais mudanças, caso ocorram, não ensejarão reequilíbrio econômico-financeiro.

Temos por certo que não há como se esgotar em Edital/Termo de Referência toda e qualquer possibilidade de alteração, pelo que traça diretrizes que limitam esse instrumento. Daí que se tem que os elementos basilares não são suscetíveis de pontuação taxativa, sendo aqueles que se relacionam com a natureza do objeto, não havendo que se considerar propostas de alteração que desvirtuem os objetivos, a finalidade e o planejamento orçamentário-financeiro definido pela Administração.

Observe-se que os itens seguintes ao 2.2 são um bom exemplo dos elementos basilares constantes de todo o documento disciplinador do certame.

Como bem indica o Termo de Referência, as alterações têm como requisitos básicos atender às disposições contratuais e editalícias, que delineiam o objeto, sua natureza e finalidade. Da mesma forma só serão aceitas se representarem uma melhor execução do objeto, devendo este ser entendido em sua essência, nos limites postos.

Exatamente por não poder esgotar as possíveis alterações, a Administração submete as mesmas à sua aprovação, analisando, a partir da proposta apresentada, a obediência aos requisitos e às necessidades do Poder Público, conforme seu poder discricionário, sempre em observância aos termos legais, editalícios e contratuais.

Cumprе ressaltar que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. A própria técnica legislativa usa os chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, que não cuidam de omissão, mas de conferir à discricionariedade administrativa a definição final do seu alcance a partir do

caso concreto, dentre maneiras distintas e corretas de dar cumprimento à lei/edital.

Acerca do tema, ensina ilustre doutrinador **Celso Antônio Bandeira de Mello**:

*Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para **eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente***¹

Interessante, ainda, colacionar texto de **Thêmis Limberger**, parafraseando **Eduardo García Enterría**, que faz a seguinte elucidação:

*"[...] a discricionariedade é **essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, ou seja, entre critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.), não previstos na lei, e conferidos ao critério subjetivo do administrador.** Os conceitos jurídicos indeterminados constituem-se em*

1 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.





GOVERNO MUNICIPAL
QUIXERAMOBIM
Cuidando bem do Coração do Ceará

Comissão de Licitação

um caso de aplicação da lei, já que se trata de subsumir em uma categoria legal.”² (grifo)



Andréas J. Krell, por sua vez, afirma que:

“Parece mais coerente, entretanto, ver o uso de conceitos jurídicos indeterminados, bem como a concessão de discricionariedade, como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles.”³

Entendemos, pois, não assistir razão à impugnante em suas alegações, restando superado, pois, o questionamento posto.

B) Do Gravame de Ativos

Segue em suas razões afirmando que a Cláusula 22^a, item 90 e seguintes, preveem o gravame de ativos da propriedade do ente municipal, em garantia ao adimplemento de suas obrigações sem, contudo, especificar quais seriam esses.

Parecer técnico se manifesta acerca do tema da seguinte maneira:

² LIMBERGER, Thêmis. *Atos da Administração Lesivos ao Patrimônio Público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade*. 1^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 111.

³ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*. 1^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35.



Comissão de Licitação
B - A Lei nº 11.079/04 estabelece a necessidade de constarem no instrumento convocatório quais as garantias que serão prestadas pelo Poder Público à CONCESSIONÁRIA, nos termos do art. 8º e do parágrafo único do art. 11. No entanto, tendo em vista o critério de licitação ser o “menor preço” e ainda estar em aberto quais serão os valores pagos pelo Município de Quixeramobim, os bens ofertados em garantia serão detalhados quando da assinatura do Contrato.

Veja-se que as leis que regem os contratos no âmbito da Parceria Público Privada diferem em relação aos demais pactos com a Administração quando prevê garantias a serem prestadas não apenas pelo particular, mas disciplinando que o Poder Público, da mesma forma, constitui garantia ao particular de que o termos ajustados serão devidamente cumpridos.

Nesse sentido, o art. 8º, da Lei Nº 11.079/04, prevê as possíveis formas de garantia pela Administração, não estabelecendo, porém, *numerus clausus*, senão vejamos:

Art. 8º As obrigações pecuniárias contraladas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

Dessa maneira se estabeleceu no presente caso, uma vez tratar de hipótese prevista no art. 18, inciso XV, da Lei N° 8987/95, a seguir:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente:

(...)

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;

Certo é que, para o caso específico, não há discricionariedade quanto ao dever de conceder garantia, no entanto, a mesma é inegável para a forma em que esta se dará, uma vez que não estabelecida legalmente taxatividade dos meios.



Dessa forma, vemos que as disposições contratuais pré-estabelecidas preveem, em conformidade com a legislação posta, a efetiva garantia por meio de gravame em ativos de propriedade do Poder Concedente, pelo que concluímos que os termos editalícios e seus anexos cumprem, fielmente, a legislação que rege a matéria.

Não há que se falar em individualização desses ativos, uma vez que não há valor fixado para a contratação, que corresponderá à proposta com menor preço que se sagre vencedora do certame.

Diante disso é que, no momento oportuno, de contratação, a municipalidade indicará os efetivos bens para atender às cláusulas, sendo que encontramos as devidas limitações para sua definição no artigo supracitado (adequadas ao caso e limitadas ao valor da obra), bem como no item 30, "a", da Cláusula 22ª ("devem ter graus diferentes de liquidez, respeitando-se as obrigações de curto, médio e longo prazo).

C) Da Não Incidência de ICMS

O impetrante segue questionando a ausência de previsão de recolhimento de ICMS, indicando que merece reforma o ato convocatório, a fim de incluir o imposto em questão.

Nesse sentido, competente parecer conclui o que segue:

C - O Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços ("ICMS") não foi considerado no instrumento convocatório por inaplicabilidade do tributo à atividade contratada. O Estado do Ceará aderiu ao Convênio ICMS



GOVERNO MUNICIPAL
QUIXERAMOBIM

Cuidando bem do Coração do Ceará

Comissão de Licitação



16 de 22 de abril de 2015 –CONFAZ, que garante isenção de ICMS para fontes geradoras que abrangidas pelo Sistema de Compensação de Energia Elétrica de que trata a Resolução Normativa nº 482, de 2012, da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL.

Diante disso, consideramos superado o questionamento.

D) Dos Valores de Capital Subscrito e Integralizado

No que diz respeito à previsão de capital integralizado mínimo em minuta de contrato, cumpre observar que o dever descrito na Cláusula 8ª, 22, refere-se à vencedora do certame, sendo exigência que deverá ser observada apenas para fins de contratação.

Nesse sentido, não há efetiva e atual falha. No entanto, no intuito de evitar qualquer descompasso e para melhor compreensão da totalidade dos termos a serem pactuados, a redação da referida cláusula será ajustada.

E) Do Percentual de Garantia de Execução

Segue seu pleito questionando divergência dos percentuais determinados em edital e contrato, porquanto o item 23.2 do instrumento convocatório o fixa em 10%, enquanto cláusula 21ª, item 78, da minuta do termo pactual o estabelece em 5%.

O setor técnico se manifestou da seguinte maneira:



E - A garantia do adimplemento pela CONCESSIONÁRIA observará o percentual de 5% (cinco por cento) previsto no art. 56, §2º da Lei nº 8.666/93. Assim, será sanada a incompatibilidade entre a disposição da minuta contratual e do instrumento convocatório para que seja uniformizada a previsão no percentual de 5% (cinco por cento).

Diante do que se verifica, resta constatada a procedência do alegado, pelo que a inconsistência será devidamente retificada para evitar qualquer contradição a macular o certame e equívocos na elaboração das propostas pelos licitantes.

F) Do Patrimônio Líquido Mínimo para os Licitantes em Consórcio

Ab initio, é mister ressaltar que nossos posicionamentos acostam-se sempre aos Princípios basilares da Administração Pública, bem como no dever da Administração de sempre buscar a proposta mais vantajosa, sobretudo, em respeito aos princípios que regem os atos públicos, em conformidade com o disposto no **art. 3º, caput, da Lei de Licitações, in verbis:**

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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



Comissão de Licitação
convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Nesse sentido, nossa análise e entendimento estão pautados nas normas pátrias a reger a atuação pública.

No que se refere ao patrimônio líquido mínimo exigido, cumpre sejam os valores ajustados de forma a dar o devido cumprimento do art. 33, inciso III, da Lei 8666/93, que prevê a possibilidade de acréscimo nos valores exigidos à qualificação econômico-financeira dos consórcios, mas limita esse a 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, senão vejamos:

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

(...)

*III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, **para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de ATÉ 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei; (grifo)***

O edital será ajustado, pois, a fim de observar o mandamento em análise, em observância ao princípio da Legalidade Estrita.

Corroborando o indicado, segue manifestação realizada em parecer técnico:

D – Os valores previstos no Instrumento Convocatório, nos termos do item 16.4.1.7, não haviam considerado o acréscimo de 30% sobre o valor do percentual de patrimônio líquido mínimo exigido do licitante individual, para o caso de Consórcio. Assim, será considerada a dicção do art. 33, III da Lei nº 8.666/96, com a reforma da exigência mínima de patrimônio líquido para consórcios.

G) Da Qualificação Técnica

No que se refere à qualificação técnica, competente parecer se manifestou da forma a seguir disposta:

F – Como os serviços que serão prestados pela CONCESSIONÁRIA envolverão a execução e operação da Usina Solar Fotovoltaica, o instrumento convocatório exigirá, como critério de qualificação técnica, ambas as qualificações exigidas dos licitantes, as quais serão verificadas durante a fase de habilitação.

No que se refere à qualificação do profissional, podemos verificar que o Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos traça os limites para as exigências editalícias nos seguintes termos:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

(...)

§ 1o A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

Diante das disposições legais, e tendo como objetivo a legalidade do certame, os cuidados devidos à excelência na execução do objeto, o edital será revisto neste ponto, fazendo constar as pertinentes previsões e exigências.

DA DECISÃO





Assim, à luz dos princípios norteadores da Administração Pública,
JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o presente requerimento de
impugnação do edital.

Destarte, informamos que serão efetuadas as alterações cabíveis e
o novo edital será publicado nos mesmos meios de divulgação.

Quixeramobim - CE, 29 de abril de 2019


Mirlla Maria Saldanha Lima
Presidente da Comissão de Licitação