

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

IMPUGNANTE: FUNERÁRIA SÃO SALVADOR

IMPUGNADA: PREFEITURA DA CIDADE DE NOVA IGUAÇU

LICITAÇÃO Nº: 021/CPL/2018

DA TEMPESTIVIDADE

É de se assinalar que a presente insurreição encontra-se **TEMPESTIVA**, eis que protocolada com prazo inferior ao estipulado na cláusula 2.3 do edital, qual seja, de até 02 (dois) dias úteis que anteceder a abertura dos envelopes com os documentos de habilitação.

DAS RAZÕES E DAS ALEGAÇÕES DA IMPUGNAÇÃO

Insurge-se o impugnante contra o edital nos pontos que passo a expor:

- 1) Inobservância do Critério de Conveniência para Realização da Presente Licitação – Licitação Anterior Sub-Judice – Ausência de Segurança Jurídica.
- 2) Da imprestabilidade do Estudo Técnico que balizou o Projeto Básico – Utilização de Estudo Por empréstimo de Licitação passada sub-judice – Deficiência do Projeto Básico – Pobre/Inexistente escopo no Edital no que diz respeito aos investimentos para adequação dos cemitérios existentes em relação a nova Lei Ambiental.
- 3) Açodamento na condução da Licitação – meios inadequados de publicação – Inciso III do artigo 21 da Lei 8.666/93 – Inobservância do prazo estipulado no artigo 39 da lei 8.666/93 entre a Audiência Pública e a data da publicação do Edital.

- 4) Da garantia Contratual exigida – Inobservância do Princípio da Razoabilidade – Óbice a necessária Isonomia – Restrição de Participantes que não condiz com o objetivo do Certame.
- 5) Da Incompletude da Especificação das tarifas – Ausência de Escopo necessário a Avaliação Econômica determinante para a definição da Outorga Ofertada.
- 6) Da exigência de constituição de SPE na forma Sociedade Anônima pelo Adjudicatário – Condição para assinatura do Contrato de Concessão – Imprevisão legal exceto par ao caso de Consórcios – condução que compromete o caráter competitivo do Certame.

DAS CONSTESTAÇÕES

Em relação ao item 1 supracitado, informamos que:

Houve a necessidade de atualização dos serviços, visto que os parâmetros anteriores se mostraram inadequados (ensejando a publicação de novo decreto regulamentando).

Temos então, a conveniência para a realização da presente Licitação.

Ademais, a Ação invocada perdeu o objeto.

Em relação ao item 2 supracitado, informamos que:

Quanto ao ponto relativo à viabilidade econômica da concessão pretendida, vale frisar que a Administração Municipal, no exato sentido do aproveitamento dos atos administrativos que se coaduna com o princípio da eficiência, optou, de forma legítima, pela utilização de estudos técnicos elaborados no bojo de procedimento de manifestação de interesse levado a efeito pela gestão passada. Inexiste qualquer vício na utilização dos referidos estudos, na medida em que voltados para o mesmo objeto que se pretende conceder por meio do presente procedimento licitatório. Ademais, com

Estado do Rio de Janeiro
PREFEITURA DA CIDADE DE NOVA IGUAÇU

vistas a afastar qualquer hipótese de interferência no adequado e necessário equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão a ser firmado, o Poder Concedente fixou de forma expressa no projeto básico e no edital o compromisso de manter, pelo prazo de 12 meses, a sistemática tarifária utilizada como fundamento do estudo de viabilidade econômica realizado. Ultrapassado o referido prazo, haverá efetiva revisão programada do contrato de concessão com a fixação de novo esquema tarifário com base em estudos realizados pelo órgão gestor do contrato com base nos dados de prestação dos serviços apurados pela fiscalização e fornecidos pelo futuro concessionário.

Isto posto, inexistente qualquer ilegitimidade na utilização do estudo econômico já elaborado, ao contrário do que ocorreria caso a Administração optasse por utilizar o referido estudo e alterasse, de forma contraditória, o esquema tarifário que serviu de fundamento para a apuração da estimativa de receita da concessão.

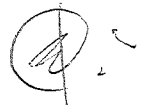
Temos que, aproveitou-se apenas parcialmente o estudo técnico.

E ainda, quanto a legislação ambiental, o próprio impugnante reconhece que o edital prevê a obrigatoriedade de o concessionário observar a Resolução CONAMA nº 335/03; remetemos à norma.

Em relação ao item 3 supracitado, informamos que:

A audiência foi publicada e republicada, inclusive com divulgação no sítio eletrônico do Município.

Não houve prejuízo à publicidade, na medida em que o próprio impugnante tomou conhecimento da audiência pública e compareceu.



Comissão Permanente de Licitação

Não houve prejuízo ao impugnante, visto que ele participou da audiência pública.

Preclusão da alegação de falta de publicidade; impugnante participou da audiência e não suscitou a referida nulidade na primeira oportunidade de que dispôs; impossibilidade do interessado se manter inerte na oportunidade de arguir eventual vício e, apenas posteriormente, fazer a alegação. Ao contrário do que afirma em sua impugnação, o impugnante não suscitou isso na audiência;

Em relação ao item 4 supracitado, informamos que:

O que a Lei nº 8.987/95 estabelece é a obrigação adicional de o Poder Concedente exigir garantia de execução no caso de concessões precedidas de obras públicas. O próprio impugnante reconhece que *“o projeto básico não traz, em seu escopo, a necessidade de realização de obras, citando, somente de forma genérica, melhorias estruturais nas instalações já existentes”*.

Assim, a exigência de garantia contratual em concessões que não são precedidas de obras públicas é faculdade conferida ao administrador público[1], diante das peculiaridades do caso concreto.

Quanto à alegação de que a exigência de qualificação técnica referente a 200 sepultamento/mês ofenderia o art. 30, I, da Lei nº 8.666/93, a jurisprudência das Cortes de Contas admite a exigência de comprovação de habilitação técnica limitada a 50% do quantitativo das parcelas de maior relevância: *“Realizadas as oitivas regimentais, lembrou a relatora que, nos termos da jurisprudência do TCU, “as exigências de qualificação técnica, quer técnico-profissional quer técnico-operacional, devem recair sobre parcelas que sejam, simultaneamente, de maior relevância e valor significativo”. E que tais requisitos “devem ser demonstrados no instrumento convocatório ou no processo administrativo da licitação, sendo desarrazoada, como forma de comprovação da qualificação técnica dos licitantes, a exigência em edital de*

Estado do Rio de Janeiro
PREFEITURA DA CIDADE DE NOVA IGUAÇU

percentuais mínimos superiores a 50% dos quantitativos dos itens de maior relevância da obra ou serviço". Acórdão 3257/2013-Penário, TC 008.907/2013-7, relatora Ministra Ana Arraes, 27.11.2013.

À fl. 61 do Estudo de Viabilidade Econômica consta a média de 6.238 sepultamentos por ano nos 5 cemitérios públicos, o que dá a média de 519,83 sepultamentos por mês. Desse modo, o percentual máximo de 50% do quantitativo dos itens de maior relevância foi observado

Em relação ao item 5 supracitado, informamos que:

Quanto às tarifas a serem utilizadas para os serviços de cremação, nos exatos e claros termos do projeto básico, não se exige de antemão a implementação imediata do referido serviço. Pelo contrário, ciente da necessidade de elaboração de estudos técnicos e de demanda para apuração da adequação e viabilidade da oferta do referido serviço no Município, a Administração entendeu pertinente exigir, com fundamento no princípio da atualidade, que o futuro concessionário venha a elaborar estudos técnicos para fixação de um cronograma de expansão e implantação de novas tecnologias no serviço a ser prestado. Isto posto, não seria crível a fixação antecipada de tarifas para um serviço que sequer se sabe se será efetivamente implantado no bojo da concessão.

[1] *"A garantia contratual tem por objetivo resguardar a Administração Pública contra possíveis prejuízos causados pelo particular contratado em razão de inadimplemento das disposições contratuais, sendo exigida por decisão discricionária do administrador público, desde que prevista no instrumento convocatório, nos termos do art. 56 da Lei 8.666/1993". (TCU – Acórdão 2622/2013)*



Comissão Permanente de Licitação

Em relação ao item 6 supracitado, informamos que:

A exigência de constituição de SPE em prestação de serviços públicos decorre da maior facilidade para solução de questões como o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a fiscalização por parte da Administração Pública, que passa a ter noção exata do fluxo de caixa daquela sociedade – o que seria dificultado sem a constituição de SPE.

A previsão da SPE ser sociedade anônima permite a obtenção de recursos a custos menos onerosos que financiamentos, através do lançamento de ações no mercado – o que, em última instância, pode ser mais benéfico para os usuários e para o Estado.

Tal modelo foi adotado no âmbito federal, conforme se depreende, por exemplo, dos editais de concessão nº 003/2013 (CRO – Concessionária Rota do Oeste S.A.) e 01/2015 (Concessionária Ponte Rio-Niterói S.A.) [2].

Em sendo assim, não pode prosperar a alegação de que a exigência editalícia de constituição de sociedade de propósito específico (SPE), sob a forma de sociedade anônima, pelo vencedor do certame compromete, malfira o caráter competitivo do certame.

A finalidade dessa exigência legal é evitar a confusão patrimonial entre a SPE e as empresas que integram o seu quadro societário o que poderia ocorrer caso os ativos e as receitas relacionadas com os serviços objeto da concessão fossem utilizados em outros negócios das empresas sócias da SPE.

A SPE não se constitui em novo tipo societário. As SPE's são apenas sociedades empresárias comuns, de qualquer tipo societário previsto em lei, com objeto social delimitado, qual seja, implantar e gerir o objeto da concessão.

A SPE também exerce outras funções úteis no contexto das concessões públicas, mormente a separação entre a executora do projeto (a SPE) e seus proprietários (os

Estado do Rio de Janeiro
PREFEITURA DA CIDADE DE NOVA IGUAÇU

concessionários), o que oferece maior grau de transferência contábil à operação da concessão, permitindo diagnósticos sobre a real rentabilidade do projeto, solidez financeira, eficiência operacional e outras informações úteis na gestão do contrato.

Como a Administração Pública não pode assumir responsabilidade solidária e ilimitada perante terceiros, resta claro e indiscutível que a SPE à qual for atribuída a concessão, não poderá revestir as formas de sociedade em nome coletivo, sociedade em conta de participação ou sociedade cooperativa. Pelo mesmo motivo não poderá adjudicar a concessão a empresário individual.

Restariam assim os tipos societários da sociedade limitada e da sociedade de ações.

Cumprе salientar que sociedades limitadas são constituídas sobre a lógica do contrato, nas quais os sócios ajustam o contrato social entre si, relacionando-se como partes de um ajuste negocial, obrigados reciprocamente com o cumprimento de suas cláusulas. Nas sociedades contratuais, há relações horizontais (entre sócios) e verticais (entre os sócios e a sociedade).

Em oposição, há as chamadas sociedades institucionais ou estatutárias, na qual não há relações horizontais, ou seja, os sócios não mantêm, entre si, direitos e deveres recíprocos. Há apenas relações verticais, entre os sócios e a sociedade. Mesma situação que se passa com as associações, nos termos do artigo 53, parágrafo único, do Código Civil.

As sociedades estatutárias (ou institucionais) são constituídas sobre lógica distinta, na qual importa muito pouco o estabelecimento entre os sócios de um ajuste negocial. São criadas como instituições, ofertando a terceiros a possibilidade de adesão. Os sócios, portanto, não são contratantes entre si, mas aderentes a uma proposição que lhes antecede, disposta não em um contrato social, mas num estatuto. Daí falar-se tanto em sociedades institucionais, quanto em sociedades estatutárias.



Estado do Rio de Janeiro
PREFEITURA DA CIDADE DE NOVA IGUAÇU

O art. 1.033, Inciso IV, do Código Civil exige a pluralidade de sócios para as sociedades de pessoas, a exemplo das sociedades limitadas, sob pena de dissolução da sociedade, admitindo o parágrafo único do aludido artigo que a concentração de quotas em único sócio se resolva pela transformação do registro da sociedade para empresa individual de responsabilidade limitada.

Considerado, de um lado, o dever de adjudicação do objeto da licitação ao vencedor do certame, e, de outro, a correta exigência de composição de SPE pelo vencedor, a pluralidade de sócios exigida pelo tipo societário da sociedade limitada levaria a que a SPE fosse composta não apenas pelo vencedor do certame, mas por outra pessoa ou empresa estranha ao processo licitatório.

Daí a correta exigência de que a SPE seja constituída sob sociedade anônima, permitindo que a integralidade do capital da nova sociedade, ao menos inicialmente, seja da propriedade do vencedor da licitação. Na espécie, seria descabida a EIRELI, ante a limitação do capital social prevista no art. 980-A do Código Civil.

Igualmente, a finalidade da SPE é melhor atendida pela sua constituição como sociedade institucional.

[2] Conforme parecer NeOI3/2016/CPLC/DEPCONSU/PGF/AGU, disponível em <http://www.agu.gov.br/page/download/index/id/38034145>



Comissão Permanente de Licitação

DA DECISÃO

Pelo Exposto,

Decide o Presidente, conhecer da impugnação, e no mérito julgar procedente, em parte, somente no que tange ao item 3, quanto a Inobservância do prazo estipulado no artigo 39 da lei 8.666/93 entre a Audiência Pública e a data da publicação. Quanto aos itens 1, 2, 4, 5 e 6, pela improcedência dos pedidos formulados na presente impugnação, pelos motivos acima expostos.

Nova Iguaçu, 03 de Agosto de 2018.



Bruno Silva Costa
Presidente - CPL