



Prefeitura Municipal de Itanhaém

Av. Washington Luiz, 75 – Centro – Itanhaém – Cep: 11.740-000 – Tel (13) 3421-1600 – www.itanhaem.sp.gov.br

INTRODUÇÃO

Foi recebida, no dia 05 de abril de 2023, por esta Comissão Especial de Licitação, a impugnação ofertada pela empresa INCE-INSTITUTO NACIONAL DE CONTRATOS DE EFICIÊNCIA LTDA. ME com relação ao Edital de Concessão nº 07/2022, desta Prefeitura Municipal de Itanhaém.

Preliminarmente, é importante destacar que a Impugnante não parece sequer ser licitante, pois não é autorizada por seu objeto social a participar do presente processo licitatório. Logo, não poderia se valer do prazo de 2 (dois) dias, sendo que por tal motivo, a presente impugnação deveria ser julgada intempestiva.

Observa-se, de fato, que a impugnação se deu com base no item 4.1.2 do Edital, ou seja, apresentada no último dia de recursos para os licitantes interessados (“4.1.2. Por aqueles que irão participar da CONCORRÊNCIA, até 2 (dois) dias úteis anteriores à data de recebimento dos ENVELOPES, prevista no Subitem 8.1, do EDITAL”).

Ocorre, contudo, que, apesar de a empresa impugnante ter se utilizado do prazo aplicável exclusivamente aos interessados em participar como licitante do certame, tudo leva a crer que a impugnante não será uma proponente.

Como se vê, trata-se de empresa de consultoria, recém-constituída (em 14 de julho de 2022), e com capital social inexpressivo para este tipo de licitação (R\$150.000,00).

O objeto social também é da área de treinamento e consultoria em processos licitatórios, como se observa da Cláusula III de seu Contrato Social (“A sociedade terá por objeto o exercício das seguintes atividades econômica: objeto empresarial treinamento e desenvolvimento na capacitação em processos licitatórios; apoio e organização administrativos; implantação de setores de compras e processos licitatórios; atividades técnicas profissionais para participação de processos licitatórios; elaboração de estudos técnicos e estudos técnicos preliminares para embasamento dos contratos de eficiência; elaboração de termos de referência para a gestão pública em contratos de eficiência; treinamentos e atividades de estudos a distância (EAD) para gestão pública em contratos de eficiência; serviços de engenharia para embasamento dos contratos de eficiência; demais consultorias e atividades correlacionados às normas gerais de licitações e contratos de eficiência; desenvolvimento de softwares e aplicativos destinados à solução, gestão e fiscalização dos contratos de eficiência e afins.”).



Prefeitura Municipal de Itanhaém

Av. Washington Luiz, 75 – Centro – Itanhaém – Cep: 11.740-000 – Tel (13) 3421-1600 – www.itanhaem.sp.gov.br

Intempestiva é, assim, a presente impugnação, a qual, no entanto, será aqui respondida, a fim de se evitar qualquer questionamento futuro a respeito da total transparência e legalidade do presente processo licitatório.

Passamos assim a responder, ponto a ponto, cada item da impugnação trazida pela referida empresa.

(I) EMPRESA RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O Edital prevê que:

“6.2.1. No caso de pessoa jurídica que esteja em regime de recuperação judicial ou extrajudicial, sua participação na LICITAÇÃO será admitida, desde que demonstrada, na fase de habilitação, a sua capacidade econômico-financeira.

6.2.1.1. A comprovação de capacidade econômico-financeira referida no Subitem 6.2.1 acima deverá ser feita mediante a demonstração de que o plano de recuperação judicial foi aprovado pelos credores e a recuperação judicial foi concedida judicialmente ou, no caso de recuperação extrajudicial, mediante a demonstração de que o plano de recuperação extrajudicial foi homologado pelo juízo competente.”

Na mesma linha, assim prevê, quanto à habilitação das licitantes, o item 12.3.2 do Edital:

“12.3.2. Para HABILITAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA:

(i) Certidão negativa de pedido de falência ou recuperação judicial, expedida pelo distribuidor da comarca do Município onde se encontra a sede da PROPONENTE. (...);

(ii) No caso de certidão apontando a existência de recuperação judicial ou extrajudicial, a PROPONENTE deverá apresentar documento que comprove a sua capacidade econômico-financeira, conforme disposto neste EDITAL;”

A impugnante alega que as regras editalícias acima transcritas implicam em restrição à competitividade, desrespeitando à isonomia e igualdade entre os licitantes.

Não há, no entanto, qualquer restrição à competição, estando a exigência do Edital seguindo em linha com os mais recentes entendimentos das Cortes Judiciais, inclusive aqueles do Tribunal de Contas da União e do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

O Tribunal de Contas da União, já em decisão de 2020 - Acórdão nº 1201/2020 – Plenário, ratifica sua posição de permitir a participação de empresas em recuperação judicial nas licitações públicas.



Prefeitura Municipal de Itanhaém

Av. Washington Luiz, 75 – Centro – Itanhaém – Cep: 11.740-000 – Tel (13) 3421-1600 – www.itanhaem.sp.gov.br

Versa a ementa do citado acórdão:

“Admite-se 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”.

O TCU exige, dessa maneira, que o licitante traga para sua habilitação certidão emitida pelo juízo competente informando que a empresa em recuperação tenha aptidão econômico-financeira para participar do certame.

Não é diferente o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, o qual, pela Súmula nº 50 – TCE/SP – assim ementou:

“Em procedimento licitatório, não pode a Administração impedir a participação de empresas que estejam em recuperação judicial, das quais poderá ser exigida a apresentação, durante a fase de habilitação, do Plano de Recuperação já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, sem prejuízo do atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeira estabelecidos no edital.”

No que se refere à certidão exigida para a habilitação (item 12.3.2 do Edital), referindo-se à recuperação judicial, trata-se da nova leitura da regra contida na Lei de Licitações (tratava de certidão de concordata), conforme o atual instituto da recuperação judicial, dentro daquilo que foi regulamentado pela Lei nº 11.101/2005.

(II) EMPRESA PROIBIDA LICITAR/CONTRATAR COM O MUNICÍPIO

Assim estabelece o Edital:

“6.2. Não poderão participar da CONCORRÊNCIA as pessoas jurídicas que, isoladamente ou em CONSÓRCIO, direta ou indiretamente: (...)

(ii) Estiverem temporariamente suspensas do direito de participar de licitações e impedidas de contratar com a Administração Pública do MUNICÍPIO;”

Como se verifica, o Edital foi bastante preciso ao delimitar a proibição apenas naqueles casos em que a licitante estiver com impedimento declarado pelo Município.

Esse regramento se encontra totalmente em linha com aquilo que prevê a Súmula nº 51 do TCE/SP:



Prefeitura Municipal de Itanhaém

Av. Washington Luiz, 75 – Centro – Itanhaém – Cep: 11.740-000 – Tel (13) 3421-1600 – www.itanhaem.sp.gov.br

“A declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (artigo 87, IV da Lei nº 8.666/93) tem seus efeitos jurídicos estendidos a todos os órgãos da Administração Pública, ao passo que, nos casos de impedimento e suspensão de licitar e contratar (artigo 87, III da Lei nº 8.666/93 e artigo 7º da Lei nº 10.520/02), a medida repressiva se restringe à esfera de governo do órgão sancionador.”

Para confundir, no entanto, a impugnante diz que a jurisprudência, tanto dos Tribunais administrativos, como dos judiciais, é no sentido de que somente se pode proibir a participação no certame quando se referir ao mesmo órgão ou entidade estatal: “A suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com o poder público está restrita ao âmbito do órgão ou entidade estatal sancionadora.”

Cita, para apoiar sua tese, decisões que não se enquadram, sob nenhum aspecto, na hipótese defendida pela impugnante e que são inteiramente diferentes da situação tratada nesta impugnação.

De fato, a decisão do TCU foi adotada em uma licitação realizada pela União, através do Ministério das Cidades (Acórdão TCU 504/2015 – Plenário – Relator Ministro Weder de Oliveira – Interessados: Coordenação Geral de Recursos Logísticos do Ministério das Cidades – Pregão Eletrônico MCID 16/2014), o que a impugnante não informa, e a sanção foi aplicada pelo Estado da Bahia, portanto, dois entes distintos da Federação.

Situação idêntica se pode observar das duas decisões trazidas pela impugnante do Superior Tribunal de Justiça (AgInt no REsp 1.589.661/SP, DJe 24/3/2017 e REsp 1.003.179/RO, DJe 18/8/2008).

Portanto, não há qualquer irregularidade ou ilegalidade em se limitar a participação de interessado que não tenha sido declarado impedido pelo Município de Itanhaém, o qual, diga-se, é o ente da Federação que está realizando esta licitação e irá realizar a concessão dos serviços públicos objeto do certame.

(III) PRAZO RENOVAÇÃO GARANTIA PROPOSTA

O Edital requer que a proposta tenha a validade de 180 dias e, 10 dias antes do vencimento, a licitante será solicitada a renová-la, bem como a garantia da proposta.

Defende a impugnante que o prazo de renovação da garantia da proposta é exíguo, o que afrontaria a “competitividade e a razoabilidade”.

No entanto, o prazo é razoável e suficiente para que o interessado possa renovar a sua proposta e a garantia da proposta.



Prefeitura Municipal de Itanhaém

Av. Washington Luiz, 75 – Centro – Itanhaém – Cep: 11.740-000 – Tel (13) 3421-1600 – www.itanhaem.sp.gov.br

De qualquer forma, é decisão discricionária do administrador, eis que a lei não estabelece nenhum prazo específico para tais atos.

Parece prudente que o prazo para ser solicitada a renovação da garantia se dê em momento em que a licitante tenha de assumir novo custo de renovação da apólice do seguro, sem, no entanto, assumir essa obrigação com antecedência desnecessária.

De qualquer forma, nada impede que a licitante, se entender prudente e conveniente, na sua relação com a empresa seguradora, renove a sua garantia da proposta até em momento anterior.

Não há, dessa maneira, nenhuma restrição à competitividade ou razoabilidade na regra do Edital.

(IV) QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Entende a impugnante que haveria afronta a legislação o fato de o Edital não exigir o comprovante de inscrição e regularidade no Conselho de Profissional de Classe da pessoa jurídica e dos responsáveis técnicos, bem como certidão de Acervo Técnico do responsável técnico.

Ora, parece haver algum engano por parte da impugnante que deixou de verificar o Edital da Licitação em detalhe para se certificar que não teria trazido tal exigência.

Na verdade, o Edital é expresso em 2 pontos sobre as objeções da impugnante.

“12.3.4.1 Para fins da sua HABILITAÇÃO TÉCNICA, a PROPONENTE, individual ou via CONSÓRCIO, deverá comprovar aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da LICITAÇÃO, por meio da **apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, em nome da PROPONENTE, devidamente registrado(s) na entidade profissional competente**, quando for o caso, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, ou por órgão de regulação e/ou de fiscalização, que comprove que a PROPONENTE tenha experiência prévia, ao longo de, no mínimo, 12 (doze) meses, como responsável pela gestão ou administração de empreendimento, pertencente ou não ao setor de iluminação pública, em que tenha sido realizado ou possua previsão de investimentos de, pelo menos, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), com recursos próprios ou de terceiros, sendo que esta última hipótese deve compreender retorno de longo prazo, observadas as seguintes condições: (...)”



Prefeitura Municipal de Itanhaém

Av. Washington Luiz, 75 – Centro – Itanhaém – Cep: 11.740-000 – Tel (13) 3421-1600 – www.itanhaem.sp.gov.br

E dispõe ainda o Edital a respeito do profissional:

“12.3.4.2. ParafinsdasuaHABILITAÇÃOOTÉCNICA,aPROPONENTE, individualouporCONSÓRCIO,tambémdeverácomprovaraptidãopara o desempenho de atividade pertinente e compatível em características com o objeto da LICITAÇÃO, por meiodaapresentaçãodeatestado(s)decapacidadetécnica,emnome de profissional vinculado à PROPONENTE, (...)

(i) Será necessário acostar documentação que comprove que o **profissional detenha registro técnico vigente perante o órgão de classe competente.**”

Diante do exposto, conclui-se que a exigência da comprovação de inscrição e regularidade no Conselho de Profissional de Classe da pessoa jurídica e dos Responsáveis Técnicos estão devidamente atendidos no Edital aqui impugnado.

(V) INEXISTÊNCIA DE REAJUSTE CONTRATUAL

Alega a impugnante que o Edital descumpra regra prevista na legislação ao deixar de fixar cláusula de reajuste.

No entanto, assim prevê o Edital:

“21.1 As sanções para os casos de inadimplemento, bem como as condições de pagamento e os critérios de reajuste da remuneração estarão previstos no CONTRATO e seus ANEXOS.”

E, na minuta de contrato anexa ao Edital, a cláusula 35 trata exatamente do reajuste dos valores previstos na contratação em questão, em particular do valor da contraprestação devida a futura contratada.

Assim dispõe o contrato:

“REAJUSTE DA CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL MÁXIMA E DEMAIS VALORES MONETÁRIOS

35.1 Os valores monetários previstos neste CONTRATO e seus ANEXOS, inclusive aqueles referentes ao valor de CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL MÁXIMA, serão reajustados anualmente, por meio da aplicação do IPCA, conforme fórmula abaixo:



Prefeitura Municipal de Itanhaém

Av. Washington Luiz, 75 – Centro – Itanhaém – Cep: 11.740-000 – Tel (13) 3421-1600 – www.itanhaem.sp.gov.br

$$R_t = \frac{IPCA_t}{IPCA_0}$$

Onde:

R_t : é fator de Reajuste, no ano contratual “t”, que deve ser multiplicado pelos valores monetários previstos neste CONTRATO e seus ANEXOS, inclusive aqueles referentes ao valor de CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL MÁXIMA;

$IPCA_0$: é o número índice do IPCA/IBGE na data-base definida na PROPOSTA COMERCIAL;

$IPCA_t$:

é o número índice do IPCA/IBGE do segundo mês anterior à data de reajuste no ano contratual “t”.

35.2 O primeiro reajuste do valor de CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL MÁXIMA refletirá a variação do IPCA entre a data-base da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL MÁXIMA definida na PROPOSTA COMERCIAL e o mês de início do pagamento. Caso não tenham decorrido 12 (doze) meses entre a data-base da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL MÁXIMA definida na PROPOSTA COMERCIAL e o início do pagamento, o primeiro reajuste será realizado apenas após o transcurso dos 12 (doze) meses da data da PROPOSTA COMERCIAL.

35.3 Caso o IPCA venha a ser extinto, ou de qualquer forma não possa mais ser utilizado, será adotado em substituição o que vier a ser determinado pela legislação então em vigor. Na ausência de previsão legal quanto ao índice substituto, as PARTES elegerão novo índice oficial, para reajustamento do valor remanescente.”

Dessa forma, não há como prevalecer qualquer tipo de impugnação no sentido de inexistir cláusula que regule a forma de reajuste no presente processo licitatório.

(VI) HABILITAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Entende a impugnante que o instrumento convocatório incorre em omissão ao não pedir documentação relativa à comprovação do capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo de até 10% do valor estimado para a contratação. Ao ver da impugnante, a falta da



Prefeitura Municipal de Itanhaém

Av. Washington Luiz, 75 – Centro – Itanhaém – Cep: 11.740-000 – Tel (13) 3421-1600 – www.itanhaem.sp.gov.br

comprovação de capital ou patrimônio líquido citado importa em não haver a exigência de comprovação da boa condição econômica do licitante.

No entanto, o artigo 31 da Lei de Licitações permite apenas a exigência de uma dessas comprovações, ou seja, pode-se exigir o capital social ou o patrimônio líquido ou a garantia da proposta.

De fato, assim dispõe o §2º, do citado artigo 31:

“§2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo **ou** de patrimônio líquido mínimo, **ou** ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.”

Como se observa do Boletim de Jurisprudência nº 196 do TCU, as decisões daquela Corte de Contas são no sentido de:

“Assunto: Licitação. Qualificação econômico-financeira. Garantia da proposta. Acumulação. Garantia contratual. Patrimônio líquido.

Ementa: Não viola o art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993 o edital da licitação exigir comprovação de patrimônio líquido mínimo pelo licitante, para fins de qualificação econômico-financeira, concomitantemente com previsão de prestação de garantia contratual (art. 56) pelo contratado. Afronta aquele dispositivo legal a exigência simultânea de patrimônio líquido mínimo e de garantia de participação na licitação (art. 31, inciso III) como requisitos de habilitação.” (Acórdão 2397/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz)

Esse entendimento já prevalece no TCU de longa data, como se vê do seguinte acórdão:

“Abstenha-se de exigir capital social mínimo, cumulativamente com a prestação da garantia prevista no art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, uma vez que seu §2º permite tão-somente à Administração exigir, alternativamente, capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo ou as garantias previstas no § 1º do art. 56 do referido diploma legal.”(Acórdão 2882/2008 Plenário)

Em outras diversas decisões, o entendimento é o mesmo:

“Abstenha-se de estabelecer a exigência simultânea de capital social mínimo e de garantias, nos termos do § 2º do art. 31 da Lei nº 8.666/1993. Acórdão 2141/2007



Prefeitura Municipal de Itanhaém

Av. Washington Luiz, 75 – Centro – Itanhaém – Cep: 11.740-000 – Tel (13) 3421-1600 – www.itanhaem.sp.gov.br

Plenário Atente para o disposto no art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, quanto à impossibilidade de exigência cumulativa de capital social mínimo com outras garantias.”(Acórdão 1028/2007 Plenário)

“Atente para o disposto no art. 31, §2º, da Lei nº 8.666/1993, quanto à impossibilidade de exigência cumulativa de capital social mínimo com outras garantias.”(Acórdão 1028/2007 Plenário)

(VII) HABILITAÇÃO TÉCNICA

O subitem 12.3.4.1 determina que a proponente comprove “sua experiência prévia, ao longo de, no mínimo 12 (doze) meses, como responsável pela gestão ou administração de empreendimento, pertencente ou não ao setor de iluminação pública, em que tenha sido realizado ou possua previsão de investimento de, pelo menos, R\$15.000.000,00 (quinze milhões de reais).”

No ponto, o Edital e seus anexos não são claros com relação ao volume de investimentos a serem realizados pela futura Concessionária, desta forma resta impossível a aferição do atendimento à Súmula 24 do TCESP, a qual admite que tal comprovação se refira a “imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.”

A presente licitação tem como valor estimado da contratação, no item 5.2 do Edital, quantia superior a R\$131 milhões, significando a experiência requerida em torno de 10% do valor estimado do contrato.

O documento chamado Plano de Negócio Referencial, publicado e disponibilizado junto ao Edital da Licitação, traz a projeção de investimento no projeto aqui considerado. Na Tabela 21 do referido Plano, é apresentado o valor de CAPEX de R\$45.433.613,03, assim como o valor de OPEX de R\$46.093.608,70.

Tal valor representa percentual bem inferior aos 50% ou 60% que a própria impugnante reconhece que é o percentual admitido pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

(VIII) TEMPERATURA DAS CORES

Alega a impugnante que o Edital descumpra regra prevista nas normas técnicas, pois teria determinado temperatura de cor acima do normativo.



Prefeitura Municipal de Itanhaém

Av. Washington Luiz, 75 – Centro – Itanhaém – Cep: 11.740-000 – Tel (13) 3421-1600 – www.itanhaem.sp.gov.br

No entanto, no Anexo 5 (Caderno de Encargos) da minuta de contrato anexa ao Edital, o item 5.6.2 prevê de forma expressa a temperatura de cor (TCC) nos exatos termos da norma citada pela impugnante:

“ANEXO 5 – Caderno de Encargos

5.6.2 Diretrizes de Projeto para MODERNIZAÇÃO DA REDE MUNICIPAL DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA

(...)

ix. Implantar os PONTOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA observando as seguintes faixas de temperatura de cor correlata (TCC) por tipo de logradouro:

a. Vias Públicas classificadas como Trânsito Rápido, Arteriais e Coletoras: TCC até 4.000 K;

b. Vias públicas classificadas como Locais: TCC até 3.000 K;

c. Praças e Parques: TCC até 3.000K”

Dessa forma, não há qualquer equívoco em tal previsão.

(IX) VALOR GARANTIA PROPOSTA

Defende a impugnante que a garantia da proposta deve ter seu valor fixado com base nos investimentos a serem realizados, citando, para tanto, decisão do TCE/SP.

De qualquer forma, a orientação dada pelo TCE/SP, no livro do TCE/SP, de janeiro de 2023, intitulado “Parcerias Público-Privadas – PPP”, é no sentido de que:

“10.3.3 Garantia de proposta

Poderá ser exigida garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do artigo 31 da Lei nº 8.666/93, ou seja, **até 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.**”

E no próprio voto do Relator no processo citado na impugnação, está orientado que: “em **eventual relançamento do certame**, modifique o edital para que:[...] 5) ajuste a requisição de garantia de participação, observando o limite de 1% (um por cento) do valor dos investimentos previstos”.

Assim, tal orientação era para ser observada na hipótese de ser relançado o Edital ali considerado, não parecendo trazer uma determinação vinculante.



Prefeitura Municipal de Itanhaém

Av. Washington Luiz, 75 – Centro – Itanhaém – Cep: 11.740-000 – Tel (13) 3421-1600 – www.itanhaem.sp.gov.br

Tanto é assim que a Lei de PPPs (Lei nº 11.079/2004) é expressa no sentido de que:

“Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei (...), podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;”

Portanto, reporta-se a Lei de PPPs à Lei de Licitações (no caso, a Lei 8.666/93), onde foi fixado o limite de “1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação”.

A nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021) não difere da lei anterior, ao fixar, no seu artigo 57, §1º, o seguinte: “§1º A garantia de proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação.”

Itanhaém, 10 de Abril de 2.023.