De acordo
20/04/18

PROCESSO ADMINISTRATIVO 2018/6178 Vol. 1

Assunto: Impugnação

Requerente: PLANOVA PLANEJAMENTO E CONSTRUCOES S.A.

Despacho 4 A(o) Chefia de Gabinete <<Gabinete do Prefeito Municipal>>

AO

Sr.

PREFEITO MUNICIPAL ,

SEGUE PROCESSO E PARECER SOB nº 130/2018

PARA HOMOLOGAÇÃO.

VENÂNCIO AIRES, 19 DE ABRIL DE 2018.

Marno Luis Trindade
Assistente Jurídico
Matr. 41653

Núcleo de Apoio Administrativo da PJM <<Procuradoria Juridica>>, 19/04/2018

Parecer nº 130/2018

Processo Administrativo nº 6.178/2018
Requerente/impugnante: PLANOVA PLANEJAMENTO E CONSTRUÇÕES S. A. - CNPJ nº 47.383.971/0001-21

***Assunto: Parecer sobre impugnação ao Edital de Concorrência nº 009/2018** - Resposta ao pedido de impugnação da licitante PLANOVA PLANEJAMENTO e CONSTRUÇÕES LTDA., para a Concorrência nº 09/2018, referente a concessão administrativa da operação, expansão, modernização, otimização, manutenção e gestão da rede de iluminação pública do Município de Venâncio Aires/RS.*

RELATÓRIO RESUMIDO DA IMPUGNAÇÃO

A empresa **PLANOVA PLANEJAMENTO E CONSTRUÇÕES LTDA** apresenta **IMPUGNAÇÃO** ao Edital da Licitação 09/2108, que tem por objeto a concessão administrativa para a operação, expansão, modernização, otimização, manutenção e gestão da rede de iluminação pública do município de Venâncio Aires.

A foi apresentada dentro dos prazos e condições do artigo 41, § 1º da Lei 8.666/93, contendo o objeto impugnado e as suas razões.

Relata a Impugnante a sua inconformidade com o tipo de licitação adotado pelo Edital, que seria do tipo "técnica e preço", e portando inadequado para a licitação, que *"somente é admitido nos casos: (i) contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual; ou, excepcionalmente (ii) serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito."*

Ao citar a legislação de licitações e contratos administrativos (LLCA - Lei 8.666/93) afirma que *"nas licitações de iluminação pública, nenhum dos critérios previstos no art. 46 da Lei 8.666/93 está presente."* Cita ainda jurisprudências das Cortes de Contas de SP e RS.

Após narrar possíveis prejuízos para a competitividade e economicidade do certame devido a adoção do tipo de licitação por "técnica e preço" pleiteia a procedência da Impugnação e alteração do Edital para que passe a adotar o critério de "menor valor da contraprestação" previsto no art. 12, II, "a" da Lei 11.079/04.

ANÁLISE E RAZÕES DA DECISÃO

A Administração Pública no exercício de suas funções, exerce poderes que visam a garantir a prevalência do interesse público, que é a orientação geral do Administrador quando necessita realizar contratos com agentes privados, seja para atuar diretamente na execução do serviço público, seja para prover os serviços-meios para seu próprio funcionamento.

Por isso que o poder discricionário não se confunde com arbitrariedade, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 30ª ed., pág. 434), ao citar aos atos que *"a Administração prática com certa margem de liberdade de avaliação e decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma [...]."*

Evidente que certames comuns, que se repetem, disseminados por vários órgãos contratantes e que seguem exclusivamente a LLCA tem fórmulas próprias, práticas conhecidas e métodos usuais.

Ocorre que esta Licitação, seu objeto e a forma de processamento do certame não são comuns, nem repetitivos, e tampouco trivial, utilizando outro arcabouço legal que não exclusivamente a Lei 8.666/93, que é insuficiente para escolher o parceiro privado que deve operar a concessão administrativa em regime de Parceria Público Privada.

Isso porque a base legal das PPPs é a Lei n° 11.079/2004, legislação geral e específica sobre esta contratação pública, conforme determinado pelo art. 22, XXVII, da Constituição da República, e ao qual deve ser interpretada em conjunto, mas com prevalência de sua especificidade com a Lei de Concessões, Lei 8.987/95 e a LLCA, proporcionando à Administração Pública os meios jurídicos para desenvolver, da forma mais eficiente possível, a prestação dos serviços públicos que nela sejam possíveis, viáveis e plenamente justificados, em um liame contratual com profundas diferenças daqueles previstos na LLCA, como o longo prazo de execução, a

repartição objetiva de riscos, critérios de avaliação de desempenho e remuneração variáveis, vinculação de pagamento à qualidade do serviço prestado e compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado.

O que importa nessa breve introdução é que o tipo de licitação que trata esta Concorrência 09/2108 não é o de "técnica e preço" previsto no art. 46 da lei 8.666 como informado pelo Impugnante, e certamente bem conhecido desta Comissão e utilizado, conforme previsto na LLCA para os casos de que trata o seu art. 46.
Esta Licitação, ao pretender contratar uma Parceria Público Privada utiliza um dos critérios previstos na Lei de regência, como expressamente previsto no seu Edital, "a melhor proposta em razão da combinação do critério do menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital, conforme permite a alínea "b" do inciso II do art. 12 da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

A Lei 11.079/04, em seu art. 12, II elenca taxativamente os critérios de julgamentos permitidos:

> *Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:*
> *I - ...*
> *II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995[1], os seguintes:*
> ***a)** menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;*
> ***b)** melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;*

[1] Trata-se dos critérios de "menor valor da tarifa" e "melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa", aplicáveis apenas em PPP do tipo patrocinada.

O critério adotado está expresso no item 4 do Edital:

> ***4. DO TIPO DE LICITAÇÃO***
>
> ***4.1.*** *A presente Licitação adotara como critério de julgamento o menor valor da contraprestação a ser paga pela administração publica, combinado com o critério de melhor técnica, conforme disposto na alínea "b, inciso II do art. 12, da Lei Federal no 11.079/04.*

Na verdade, não faria sentido admitir que a Lei 11.079, especificamente criada para instituir parcerias público privadas tenha repetido a modalidade de "técnica e preço" conforme disposta pela Lei 8.666/93, apenas para, logo após impedir seu uso nas parcerias público privadas que tratou de instituir.

Isso porque, conforme art. 46 da Lei 8.666/93, o tipo de licitação "técnica e preço", é destinado a serviços que, a toda prova, não se constituem como objeto de uma PPP, já que a própria Lei 11.079 em seu art. 2º,§ 4º, além de vedar contratos com menos de cinco anos, veda ainda a celebração de contrato de PPP que *"tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública"*, que são exatamente os objetos de contratos tratados pela lei 8.666/93.

Em resumo, ao se tratar de PPP, a licitação sujeita-se, primeiramente, ao disposto no artigo 12 da Lei n.º 11.079/04 e, por empréstimo aos da Lei 8.987/1995, que prevalece sobre as disposições do artigo 46 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

Conforme leciona Marçal Justen Filho, em tema de concessões, mas plenamente aplicável a este caso:

> *"a outorga de concessão ou permissão depende de licitação. A disciplina da licitação, no âmbito das concessões, segue o disposto*

na Lei nº 8.666 (com redação da lei nº 8.883) naquilo que lhe for aplicável.

Não serão aplicáveis os dispositivos da Lei nº 8.666 acerca de matérias objeto de disciplina específica da Lei de Concessões. Verifica-se uma relação lei geral – lei especial entre a Lei n.º 8.666 e a Lei nº 8.987. Portanto e seguindo os princípios jurídicos fundamentais, não será aplicável a norma da Lei nº 8.66 quando a Lei nº 8.987 contiver dispositivo específico sobre o tema"

Assim, plenamente admitido pela Lei a combinação do critério da menor contraprestação e da melhor técnica, previsto em lei específica e especificamente aplicado nesse certame.

Sobre essa especificidade legal e sua utilização, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em situação que tratava de Lei de Concessões decidiu no Agravo de Instrumento 70052005022 – da 22ª. Câmara Cível, julgado em em 21 de março de 2013 que:

LICITAÇÃO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO. URUGUAIANA. EDITAL. MELHOR TÉCNICA E VALOR DA OUTORGA. GARANTIA.

1...

2. Os critérios de julgamento da licitação para escolha de concessionários de serviço público de transporte coletivo são os previstos na Lei n.º 8.987/1995, a qual prevalece sobre as normas da Lei n.º 8.666/1993, que se aplica apenas subsidiariamente, forte no princípio segundo o qual lei especial derroga a lei geral.

3. O artigo 15, inciso VI, da Lei n.º 8.987/1995 admite a licitação do tipo técnica e oferta maior do valor da outorga.

> **4**. A garantia contratual prevista no artigo 56 da Lei n.º 8.666/1993 não se confunde garantia prevista no artigo 31, inciso III, da referida legislação, a qual visa a demonstrar a habilitação econômico-financeira do licitante. Recurso provido.

Ou julgado da Segunda Câmara Cível do mesmo TJRS, Apelação 70014127740, de 19 de dezembro de 2007, trouxe o seguinte:

> "A concessão de prestação de serviço público deve seguir o disposto na Lei nº 8.987/95, lei específica, aplicando-se apenas subsidiariamente a Lei nº 8.666/93, estando expressamente previsto naquela que poderá ser adotada a melhor proposta técnica, com preço fixado no edital, como critério de julgamento (art. 15, inc. IV). Com efeito, não obstante o art. 46 da Lei nº 8.666/93 estabeleça a utilização do tipo de licitação melhor técnica exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, este deve ser aplicado em relação às licitações que tem por objeto serviços a serem prestados em favor da Administração, e não quando a Administração concede a prestação de serviços públicos, hipótese em que, como visto, incide a Lei nº 8.987/95.
> (...)"

Do mesmo esteio, ao contrário do afirmado pelo Impugnante, não exige a lei, nem a situação fática que a escolha seja feita consoante a oferta do menor preço.

A gestão de parque de iluminação pública, não se constitui em atividade exclusivamente intelectual ou que dependa de altíssimo grau de desenvolvimento tecnológico inalcançável às empresas nacionais, embora a futura concessionária tenha a incumbência de elaborar todos os projetos de engenharia e luminotécnicos que se mostrarem necessários à execução do objeto, mostrando mais uma vez a importância do quesito técnico.

Na presente concessão administrativa, o Município espera contar com os melhores e mais capazes licitantes, que além de mostrar possibilidade econômica para executar o contrato, devem também mostrar condições técnicas para executar os serviços contratados na forma e qualidade estipulados, diminuindo o risco de entregar os serviços conforme a qualidade e quantidade que se espera, de forma integral e no prazo estipulado, com uso da melhor tecnologia possível dentro do plano de negócios estruturado.

Os estudos de estruturação deste projeto, realizados na etapa interna e pretérita a esta licitação revelaram um elevado grau de complexidade para a operação e expansão da rede de iluminação pública do Município. Para o sucesso do projeto, será exigido do Parceiro Privado não apenas a implantação de ações específicas, mas a concepção e o desenvolvimento de estratégias, soluções e alternativas que assegurem a maior eficiência e economicidade das utilidades públicas.

A gestão do parque municipal de iluminação pública perpassa uma complexa equação de fatores técnicos, econômicos, jurídicos e contábeis que precisam ser atendidos e compreendidos de forma sistêmica pelo Parceiro Privado. Assim, em linhas gerais, a parceria abrangerá: a implantação de ações de modernização em conformidade com os padrões de iluminância tecnicamente definidos; a expansão da rede em regiões deficitárias e para atender ao futuro crescimento da população; a realização de cadastro georeferenciado e monitorado de ativos da PPP; a modernização do parque de iluminação com tecnologias eficientes; a implementação de melhorias aos sistemas existentes; a implantação de central de controle operacional e a manutenção em níveis de atendimento pré-estabelecidos, dentre outras atividades.

Para tanto, a contratação pressupõe que o Parceiro Privado tenha domínio sobre as tecnologias e metodologias na gestão dos recursos que integram a rede de iluminação, que lhe capacite a dar respostas ágeis e eficazes às demandas da população municipal.

Nesse ponto, a lição de Marçal Justen Filho, ao comentar na Lei 8.666, sobre a escolha do tipo de licitação deve ser de conhecimento de todos agentes públicos que lidam com a matéria:

> *"É relevante escapar do simplismo de vincular os tipos de licitação à natureza do objeto a ser licitado. Um profundo equívoco legislativo ocorre no caput do art. 46 quando pretende reservar a licitação de técnica para serviços de natureza predominantemente intelectual e a de menor preço para as compras. Esse tipo de diferenciação é profundamente incorreto e dá oportunidade a equívocos lamentáveis. Não procede o entendimento de que a escolha do tipo de licitação depende da natureza da prestação objeto da contratação. Assim não se passa, eis* ***que o aspecto fundamental reside nas características do interesse administrativo a ser satisfeito.***
> *(...)*
> *Pode afirmar-se que a licitação de menor preço é cabível quando o interesse sob tutela do Estado pode ser satisfeito por um produto qualquer, desde que preenchidos requisitos mínimos de qualidade ou técnica. Já as licitações de técnica são adequadas quando o interesse estatal apenas puder ser atendido por objetos que apresentem a melhor qualidade técnica possível, considerando as limitações econômico-financeiras dos gastos públicos.*
> *(...)*

Até se pode admitir que as vantagens técnicas são mais relevantes em prestações de natureza intelectual. Mas isso é uma mera coincidência. **Mais precisamente, o critério decisivo para a escolha deste tipo de licitação adequado não é a natureza da prestação,**
Conforme leciona Marçal Justen Filho, em tema de concessões, mas plenamente aplicável a este caso:

> *"a outorga de concessão ou permissão depende de licitação. A disciplina da licitação, no âmbito das concessões, segue o disposto na Lei nº 8.666 (com redação da lei nº 8.883) naquilo que lhe for aplicável.*
>
> *Não serão aplicáveis os dispositivos da Lei nº 8.666 acerca de matérias objeto de disciplina específica da Lei de Concessões. Verifica-se uma relação lei geral – lei especial entre a Lei n.º 8.666 e a Lei nº 8.987. Portanto e seguindo os princípios jurídicos fundamentais, não será aplicável a norma da Lei nº 8.66 quando a Lei nº 8.987 contiver dispositivo específico sobre o tema"*

Assim, plenamente admitido pela Lei a combinação do critério da menor contraprestação e da melhor técnica, previsto em lei específica e especificamente aplicado nesse certame.

Sobre essa especificidade legal e sua utilização, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em situação que tratava de Lei de Concessões decidiu no Agravo de Instrumento 70052005022 – da 22ª. Câmara Civel, julgado em em 21 de março de 2013 que:

> **LICITAÇÃO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO. URUGUAIANA. EDITAL. MELHOR TÉCNICA E VALOR DA OUTORGA. GARANTIA.**
>
> 1...
>
> **2. Os critérios de julgamento da licitação para escolha de concessionários de serviço público de transporte coletivo são os previstos na Lei n.º 8.987/1995, a qual prevalece sobre as normas da Lei n.º 8.666/1993, que se aplica apenas subsidiariamente, forte no princípio segundo o qual lei especial derroga a lei geral.**
>
> 3. O artigo 15, inciso VI, da Lei n.º 8.987/1995 admite a licitação do tipo técnica e oferta maior do valor da outorga.
>
> 4. A garantia contratual prevista no artigo 56 da Lei n.º 8.666/1993 não se confunde garantia prevista no artigo 31, inciso III, da referida legislação, a qual visa a demonstrar a habilitação econômico-financeira do licitante. Recurso provido.

Ou julgado da Segunda Câmara Cível do mesmo TJRS, Apelação 70014127740, de 19 de dezembro de 2007, trouxe o seguinte:

> "A concessão de prestação de serviço público deve seguir o disposto na Lei nº 8.987/95, lei específica, aplicando-se apenas subsidiariamente a Lei nº 8.666/93, estando expressamente previsto naquela que poderá ser adotada a melhor proposta técnica, com preço fixado no edital, como critério de julgamento (art. 15, inc. IV). Com efeito, não obstante o art. 46 da Lei nº 8.666/93 estabeleça a utilização do tipo de licitação melhor técnica exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, este deve ser aplicado em relação às licitações que tem por objeto serviços a serem prestados em favor da Administração, e não quando a Administração concede a prestação de serviços públicos, hipótese em que, como visto, incide a Lei nº 8.987/95.
> (...)"

Do mesmo esteio, ao contrário do afirmado pelo Impugnante, não exige a lei, nem a situação fática que a escolha seja feita consoante a oferta do menor preço.

A gestão de parque de iluminação pública, não se constitui em atividade exclusivamente intelectual ou que dependa de altíssimo grau de desenvolvimento tecnológico inalcançável às empresas nacionais, embora a futura concessionária tenha a incumbência de elaborar todos os projetos de engenharia e luminotécnicos que se mostrarem necessários à execução do objeto, mostrando mais uma vez a importância do quesito técnico.

Na presente concessão administrativa, o Município espera contar com os melhores e mais capazes licitantes, que além de mostrar possibilidade econômica para executar o contrato, devem também mostrar condições técnicas para executar os serviços contratados na forma e qualidade estipulados, diminuindo o risco de entregar os serviços conforme a qualidade e quantidade que se espera, de forma integral e no prazo estipulado, com uso da melhor tecnologia possível dentro do plano de negócios estruturado.

Os estudos de estruturação deste projeto, realizados na etapa interna e pretérita a esta licitação revelaram um elevado grau de complexidade para a operação e expansão da rede de iluminação pública do Município. Para o sucesso do projeto, será exigido do Parceiro Privado não apenas a implantação de ações específicas, mas a concepção e o desenvolvimento de estratégias, soluções e alternativas que assegurem a maior eficiência e economicidade das utilidades públicas.

A gestão do parque municipal de iluminação pública perpassa uma complexa equação de fatores técnicos, econômicos, jurídicos e contábeis que precisam ser atendidos e compreendidos de forma sistêmica pelo Parceiro Privado. Assim, em linhas gerais, a parceria abrangerá: a implantação de ações de modernização em conformidade com os padrões de iluminância tecnicamente definidos; a expansão da rede em regiões deficitárias e para atender ao futuro crescimento da população; a realização de cadastro georeferenciado e monitorado de ativos da PPP; a modernização do parque de iluminação com tecnologias eficientes; a implementação de melhorias aos sistemas existentes; a implantação de central de controle operacional e a manutenção em níveis de atendimento pré-estabelecidos, dentre outras atividades.

Para tanto, a contratação pressupõe que o Parceiro Privado tenha domínio sobre as tecnologias e metodologias na gestão dos recursos que integram a rede de iluminação, que lhe capacite a dar respostas ágeis e eficazes às demandas da população municipal.

Nesse ponto, a lição de Marçal Justen Filho, ao comentar na Lei 8.666, sobre a escolha do tipo de licitação deve ser de conhecimento de todos agentes públicos que lidam com a matéria:

> *"É relevante escapar do simplismo de vincular os tipos de licitação à natureza do objeto a ser licitado. Um profundo equívoco legislativo ocorre no caput do art. 46 quando pretende reservar a licitação de técnica para serviços de natureza predominantemente intelectual e a de menor preço para as compras. Esse tipo de diferenciação é profundamente incorreto e dá oportunidade a equívocos lamentáveis. Não procede o entendimento de que a escolha do tipo de licitação depende da natureza da prestação objeto da contratação. Assim não se passa, eis* ***que o aspecto fundamental reside nas características do interesse administrativo a ser satisfeito.***

> *(...)*
> *Pode afirmar-se que a licitação de menor preço é cabível quando o interesse sob tutela do Estado pode ser satisfeito por um produto qualquer, desde que preenchidos requisitos mínimos de qualidade ou técnica. Já as licitações de técnica são adequadas quando o interesse estatal apenas puder ser atendido por objetos que apresentem a melhor qualidade técnica possível, considerando as limitações econômico-financeiras dos gastos públicos.*

> *(...)*

Até se pode admitir que as vantagens técnicas são mais relevantes em prestações de natureza intelectual. Mas isso é uma mera coincidência. **Mais precisamente, o critério decisivo para a escolha deste tipo de licitação adequado não é a natureza da prestação,**

> ***mas as características do interesse estatal que se busca satisfazer por meio da contratação."[2] (grifamos)***

O Município de Venâncio Aires não está inovando na matéria, que depende de fatores e ponderações diferenciados, como diferenciadas são as necessidades e realidades municipais. Salvador, por exemplo, está com um certame em curso para contratar uma Parceria Público Privada para gerir seu parque de Iluminação Pública em que o critério de julgamento é o mesmo a ser utilizado em Venâncio Aires (LICITAÇÃO SEMOP No 001/2018[3].

---

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 15ª Edição. São Paulo: Editora Dialética, 2012. p. 718-719.

[3] Acessado em http://www.pppiluminacaopublica.salvador.ba.gov.br/formulario/index.php

Assim, não se conhece das razões do impugnante, entendendo-se que esta Administração Municipal tem razões fundamentadas para manter o critério de julgamento adotado, uma vez que é relevante para o funcionamento da PPP a capacidade técnica do Parceiro Privado justificando-se, por todo o exposto, a adoção de critérios de julgamento que combinem aspectos técnicos e econômicos da proposta, conforme autorizado pela Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

III – DECISÃO

Diante do exposto, sou pelo **indeferimento** da impugnação interposta pela empresa *PLANOVA PLANEJAMENTO E CONSTRUÇÕES S. A. – CNPJ nº 47.383.971/0001-21*, mantendo-se inalteradas as disposições do Edital em epígrafe.

Este é o parecer.

Venâncio Aires, 19 de abril de 2018.

Marno Luis Trindade
Assistente Jurídico
Matr. 41653