

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

CONCORRÊNCIA SMCG Nº 003/2024

OBJETO: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PARA A CONCEPÇÃO, DESENVOLVIMENTO, FABRICAÇÃO, FORNECIMENTO, INSTALAÇÃO, MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE MOBILIÁRIO URBANO DE USO E DE UTILIDADE PÚBLICA, DIVIDIDO EM 4 LOTES, NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

IMPUGNANTE: WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR

1 – ADMISSIBILIDADE

No dia 27 de setembro de 2024, o Sr. WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR (“WALDEMAR”), brasileiro, advogado inscrito na OAB/SP sob o nº 41.830, apresentou impugnação ao Edital de Concorrência SMCG nº 03/2024, promovida pela Secretaria Municipal de Coordenação Governamental.

Conforme previsão do item 1.8 do referido Edital de Concessão, em consonância com o disposto no art. 164 da Lei nº 14.133/21, qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação, até 03 (três) dias úteis antes da data de entrega dos envelopes. Portanto, é tempestiva a impugnação.

2 – IMPUGNAÇÃO

Em apertada síntese, a impugnação apresentada pelo Sr. WALDEMAR se insurge contra (i) a resposta fornecida pela Comissão de Contratação, em publicação de 25.09.2024, ao pedido de esclarecimento nº 9, na medida em que (i.a) seria contrária ao disposto no art. 67, inciso II, da Lei Federal nº 14.133/2021 e à jurisprudência consolidada sobre o tema, citando o Acórdão nº 1.239/2012 do Tribunal de Contas da União (“TCU”) como parâmetro e (i.b) representaria violação à ampla competitividade, aos princípios da proporcionalidade e da eficiência; e (ii) a exigência de comprovação de capital social ou patrimônio líquido equivalente a 10% (dez) por cento do valor dos lotes de interesse dos licitantes, hipótese que também seria contrária à jurisprudência consolidada sobre o tema, citando, novamente, o Acórdão nº 1.239/2012 do TCU como parâmetro. Logo, pugna pelo acolhimento da impugnação, com a retificação do instrumento convocatório.

3 – ANÁLISE

3.1 – Qualificação Técnica em conformidade com as diretrizes normativas

À exemplo de impugnação não acolhida pela Comissão de Contratação e publicizada nos sítios eletrônicos da Concorrência Pública SMCG nº 03/2024 em 30.09.2024, as razões apresentadas pelo Sr. WALDEMAR não se encontram alinhadas com o posicionamento exarado na resposta nº 9 aos pedidos de esclarecimentos divulgado em 25.09.2024, o qual encontra-se perfeitamente alinhado ao disposto no instrumento convocatório, na legislação de regência e na orientação exarada pelas Cortes de Contas. Para comprovar o que se alega, transcreve-se o teor do pedido de esclarecimento nº 9, publicado em 25.09.2024:

“Pedido de Esclarecimento nº 9: Podemos entender que a capacidade técnica para cada um dos lotes mencionados no item E.1 do subitem 15.1 (que trata da qualificação técnica operacional das licitantes) pode ser comprovada por meio da execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior? **Se a resposta acima for afirmativa, podemos entender que, considerando que o objeto é mobiliário urbano, a execução de abrigos seria considerada superior ou equivalente à execução de relógios, e que a execução de relógios, por sua vez, seria superior à de MUPIs, com a execução de faces publicitárias sendo a de menor complexidade?**” (grifou-se).

Ao contrário do defendido pelo Sr. WALDEMAR, a Comissão de Contratação apenas assinalou que a execução de abrigos desta natureza não possuiria complexidade superior aos REDs exatamente por ausência de especificidades como termômetro e display mostrador de hora e temperatura. Confira-se:

Resposta: O entendimento está parcialmente correto. É admissível a comprovação por meio da execução de serviços similares de complexidade equivalente ou superior. Assim, entende-se que a existência de painel similar a MUPIs contidos em Abrigos e REDs é pertinente à qualificação técnica dos Lotes 3 e 4. **No entanto, entende-se que a execução de Abrigos não é mais complexa que a execução de REDs, pois esses possuem especificidades ausentes naqueles, como termômetro e display mostrador de hora e temperatura**” (grifou-se).

Em momento algum a Comissão de Contratação se manifestou acerca de possível equivalência entre os abrigos e os REDs, **o que apenas poderá ser verificado no caso concreto, com a análise da documentação de habilitação fornecida pelo licitante mais bem classificado**. Assim, todas as questões afetas à qualificação técnica – incluindo o

possível exame de capacidade operacional de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior – serão examinadas pela Comissão de Contratação à luz do caso concreto apenas durante a fase de habilitação da Concorrência Pública SMCG nº 03/2024, pelo que é inviável pressupor qualquer tipo de ofensa à competitividade e/ou aos princípios da proporcionalidade e da eficiência.

Neste sentido, cumpre esclarecer que, na forma do item 12.6 do Edital de Concorrência Pública SMCG nº 03/2024¹, a avaliação da Comissão de Contratação acerca do cumprimento dos requisitos de qualificação técnica poderá ser auxiliada por órgãos técnicos do Município do Rio de Janeiro. Além disso, eventual discordância de qualquer licitante poderá ser objeto de recurso administrativo próprio, conforme disposto no item 19.1 do instrumento convocatório:

“19. RECURSOS ADMINISTRATIVOS

19.1 – Nos termos do art. 165, inciso I, da LEI DE LICITAÇÕES, qualquer LICITANTE poderá interpor recurso em face de decisões sobre:

- (i) análise e classificação da PROPOSTA ECONÔMICA;
- (ii) habilitação ou inabilitação de LICITANTE;**
- (iii) aplicação das sanções e penalidades previstas neste EDITAL; e
- (iv) anulação ou revogação da LICITAÇÃO” (grifou-se).

Por fim, embora o Sr. WALDEMAR repute que a interpretação da Comissão de Contratação seria contrária à “jurisprudência consolidada sobre o tema, como o Acórdão nº 1.239/2012 do Tribunal de Contas da União (TCU), que orienta que a comprovação de capacidade técnica deve ser proporcionada e voltada à complexidade do serviço, e não meramente idêntica”, a análise do ponto encontra-se prejudicada, posto que o julgado mencionado não exara o referido posicionamento, limitando-se a aprovar o segundo e o terceiro estágios de acompanhamento do Leilão nº 07/2011 da Agência Nacional de Energia Elétrica (“Aneel”):

“ACOMPANHAMENTO. APROVAÇÃO DOS SEGUNDO E TERCEIRO ESTÁGIOS DO LEILÃO 07/2011 - ANEEL PARA COMPRA DE ENERGIA ELÉTRICA PROVENIENTE DE NOVOS EMPREENDIMENTOS DE GERAÇÃO (A-5), COM INÍCIO DE SUPRIMENTO PREVISTO PARA JANEIRO DE 2016. RESTITUIÇÃO DOS AUTOS À UNIDADE TÉCNICA PARA PROSSEGUIMENTO DO ACOMPANHAMENTO. ENCAMINHAMENTO DE CÓPIA DO ACÓRDÃO À ANEEL” (TCU, Acórdão nº 1.239/2012, Rel. Min. Raimundo Carreiro, Plenário, j. 23.05.2012).

¹ “12.6 – A COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO poderá se valer do apoio de órgãos da Prefeitura do Município do Rio de Janeiro e da B3 para a avaliação da GARANTIA DE PROPOSTA e demais documentos da LICITAÇÃO”.

De maneira semelhante, o julgado de mesma numeração (Acórdão nº 1.239/2012) exarado pela Primeira Câmara do TCU também não guarda qualquer tipo de relação lógica com a argumentação empreendida pelo impugnante:

“PENSÃO CIVIL. HABILITAÇÃO SIMULTÂNEA DE COMPANHEIRA E VIÚVA AO MESMO BENEFÍCIO PENSIONAL. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES PARA PERCEPÇÃO DE BENEFÍCIO POR PARTE DA EX-CONVIVENTE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO ATO DA CÔNJUGE VIRAGO. HABILITAÇÃO DE COMPANHEIRA À PENSÃO CIVIL JÁ DEFERIDA A OUTRA CONVIVENTE. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE E NEGATIVA DE REGISTRO. LEGALIDADE E REGISTRO DOS DEMAIS ATOS DE CONCESSÃO. PERDA DE OBJETO DE ATO DE CONCESSÃO ANTE O EXAURIMENTO DOS EFEITOS FINANCEIROS. DETERMINAÇÃO. CIÊNCIA” (TCU, Acórdão nº 1.239/2012, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, Primeira Câmara, j. 13.03.2012).

Mesmo diante da impossibilidade de examinar a questão sob a ótica do precedente invocado pelo Sr. WALDEMAR, entende-se que o posicionamento da Comissão de Contratação encontra-se alinhado com a perspectiva do TCU, conforme sintetizado na resposta à impugnação publicada em 30.09.2024.

Desta forma, conclui-se que tanto a resposta ao esclarecimento nº 9 publicada em 25.09.2024 quanto o item 15.1, subalínea (E.1) do Edital de Concorrência Pública SMCG nº 03/2024 não representa qualquer tipo de ofensa ao art. 67, inciso II, da Lei Federal nº 14.133/2021, aos princípios da competitividade, da proporcionalidade e da eficiência, bem como à jurisprudência do TCU, pelo que a Comissão de Contratação indefere a impugnação neste ponto.

3.2 – Qualificação Econômico-Financeira em conformidade com as diretrizes normativas

Por fim, o segundo elemento abordado pelo Sr. WALDEMAR também diz respeito à insurgência previamente analisada (e indeferida) pela Comissão de Contratação por meio da resposta à impugnação publicada em 26.09.2024, isto é, a exigência de percentual de 10% (dez por cento) de capital social ou patrimônio líquido mínimo para participação na Concorrência Pública SMCG nº 03/2024. Entretanto, o critério de habilitação econômico-financeira encontra-se adequado às normas vigentes, notadamente o art. 69, § 4º, da Lei Federal nº 14.133/2021:

“Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação: (...)

§ 4º. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, **poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação**” (grifou-se).

Uma vez que a presente concorrência visa selecionar empresa(s) responsáveis pela execução de serviços públicos, a opção da Administração Pública Municipal pela comprovação de capital social mínimo ou de patrimônio líquido mínimo encontra-se em consonância com as regras legais. Por outro lado, tendo em vista se tratar de objeto complexo que envolve significativos investimentos pelo particular, a delimitação do patamar máximo permitido pela legislação (10%) também se mostra adequada, observando os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Nesse sentido, em se tratando de licitação dividida em lotes, o art. 69, § 4º, da Lei Federal nº 14.133/2021 não dispõe acerca de qualquer tipo de proibição para a soma dos valores estimados dos contratos efetivamente adjudicados por determinada licitante. A bem da verdade, a regra legal sinaliza que a base de cálculo do percentual deve incidir sobre o “valor estimado da contratação”, e não do contrato.

Com relação à exigência cumulativa de capital social/patrimônio líquido mínimo e garantia contratual, mostra-se necessário pontuar que a Concorrência Pública SMCG nº 03/2024 está regida pela Lei Federal nº 14.133/2021, e não pela Lei Federal nº 8.666/1993, inexistindo qualquer tipo de vedação legal para a exigência questionada. A bem da verdade, este parâmetro encontra-se inserido no juízo discricionário do gestor público, o que se coaduna, por exemplo, com os termos da Súmula 27 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (“TCE/SP”). Confira-se:

“Súmula nº 27 do TCE/SP: Em procedimento licitatório, **a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador**, respeitados os limites previstos na lei de regência” (grifou-se).

Embora oriunda das normas da Lei Federal nº 8.666/1993, o referido verbete sumular se adequa aos preceitos da legislação atualmente em vigor. Diante disso e, por se tratar de

concorrência pública destinada a prestação de serviço público de longo prazo, dotado de significativo investimento, a opção pela cumulação de capital social mínimo/patrimônio líquido mínimo e garantia de contrato é manifestamente adequada ao caso concreto, inexistindo qualquer irregularidade.

Por fim, à exemplo do ponto anterior, menciona-se que tanto a alegação de que “o Acórdão nº 1.239/2012 estabelece que a exigência de patrimônio líquido deve ser proporcional ao objeto licitado e jamais cumulativa com outras garantias financeiras, para não restringir indevidamente a competição” quanto a menção de que (ii) “o art. 58, § 4º, da Lei nº 14.133/2021^[2] determina que a exigência de patrimônio líquido mínimo não deve exceder 10% do valor estimado do contrato” encontram-se prejudicadas ante a remissão equivocada de seus termos.

Por conta destes elementos, a Comissão de Contratação indefere a impugnação neste ponto, mantendo os termos do item 15 (B.1.1) do Edital de Concorrência Pública SMCG nº 03/2024.

4 – DECISÃO

Assim, a Comissão de Contratação **conhece a impugnação** por tempestiva para, no mérito, **negar provimento** nos exatos termos das razões acima expostas, mantendo-se as disposições do Edital de Concorrência Pública SMCG nº 03/2024.

COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO

² O dispositivo mencionado dispõe que “a garantia de proposta poderá ser prestada nas modalidades de que trata o § 1º do art. 96 desta Lei”. Levando-se em consideração que esta regra normativa não guarda relação com a discussão estabelecida, a Comissão de Contratação presume que a intenção do impugnante era se referir ao art. 69, § 4º, da Lei Federal nº 14.133/2021. Nesse sentido, reitera-se que os termos do Edital de Concorrência Pública SMCG nº 03/2024 encontram-se em consonância com esta disposição, na forma do explicitado nesta manifestação, bem como no tópico 3.1 da resposta à impugnação publicada em 26.09.2024.