



DECISÃO
CONCORRÊNCIA N.º 002/2017

Ref.: Impugnação à Concorrência nº 002/2017.

Trata-se de impugnação interposta pela empresa IMPLY RENTAL LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS LTDA., empresa de direito privado inscrita no CNPJ sob nº 14.928.256/0001-78, com sede na cidade de Santa Cruz do Sul, RS, na Rodovia ImPLY Tecnologia, nº 1111 (RST 287, Km 105), Bairro Renascença, em face do Edital de Concorrência nº 002/2017 desta Autarquia Municipal de Turismo Gramadotur, que tem como objeto a seleção da proposta mais vantajosa para concessão do direito de efetuar a comercialização dos ingressos do Natal Luz de Gramado 2017 com preços e taxa de conveniência fixados pela Gramadotur, por intermédio de software disponível via internet, bilheteria física e postos de autoatendimento, com banco de dados local, integrado online com todos os seus canais de distribuição, incluindo sistema de controle de acessos, bem como suporte técnico e manutenção, conforme necessidade da Autarquia Municipal de Turismo - Gramadotur.

Prefacialmente, há de se registrar que condições fixadas no Edital e Projeto Básico foram estabelecidas com estrita observância das disposições legais contidas na Lei Federal n.º 8.666/93.

Como é cediço, a licitação não se rege apenas pelos princípios estabelecidos no art. 3º da Lei n.º 8.666/93 (isonomia, seleção da proposta mais vantajosa para a administração, promoção do desenvolvimento nacional sustentável, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo), mas também pelos princípios gerais que constituem o Regime Jurídico Administrativo, sobressaindo-se entre todos estes o Princípio da Supremacia do Interesse Público, pilar de sustentação do Direito Administrativo Brasileiro.

Handwritten signature and initials in blue ink.

A impugnante questiona sobre a legalidade da concessão da venda dos ingressos em face da inexistência de lei autorizadora municipal, ausência de parcela de maior relevância na apresentação do atestado de capacidade técnica e contradição e ausência de objetividade na prova de conceito.

Após a análise do item II.A da impugnação em face do edital em epígrafe, entende esta Autarquia pela inaplicabilidade das Leis aventadas: nº 8.987/1995 e nº 9.074/1995. A primeira trata sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e a segunda estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos. Ou seja, em nada tem a ver com o serviço de comercialização de ingressos. Exemplos de serviços públicos são: transporte coletivo, abastecimento de água, tratamento de esgoto, fornecimento de energia elétrica etc., serviços de interesse local, de caráter essencial, conforme, inclusive, preceitua a Constituição da República, em seu art. 30, inciso V, que trata da competência dos Municípios.

Desta forma, faz-se evidente que a concessão do direito à venda dos ingressos dos espetáculos do Natal Luz não se caracteriza como concessão de serviço público. Tem-se aqui a concessão no sentido etimológico da palavra, ou seja, o direito de efetuar a venda dos ingressos, diferentemente da concessão de serviços públicos trazida à baila pela impugnante.

Ainda analisando o exposto no item II.A do pedido de impugnação, a irresignação da impugnada persiste em relação a ausência de legislação prévia que autorize o poder público a conceder os serviços licitados.

No julgamento da ADI 676, Rel. Min. Carlos Veloso, a Suprema Corte firmou o entendimento de que malfez o princípio da separação de poderes dispositivo de legislativo local que atribua ao Poder Legislativo a competência para autorização de convênios, convenções ou acordos celebrados pelo Poder Executivo. Eis a ementa do referido julgado:

“CONSTITUCIONAL. CONVÊNIOS, ACORDOS, CONTRATOS E

[Handwritten signatures and initials in blue ink]

ATOS DE SECRETÁRIOS DE ESTADO. APROVAÇÃO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA: INCONSTITUCIONALIDADE.

I.- Norma que subordina convênios, acordos, contratos e atos de Secretários de Estado à aprovação da Assembleia Legislativa: inconstitucionalidade, porque ofensiva ao princípio da independência e harmonia dos poderes. C.F., art. 2º.

II. - Inconstitucionalidade dos incisos XX e XXXI do art. 99 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente”.

Nesse mesmo sentido, o julgamento da ADI 462, Rel. Min. Moreira Alves, oportunidade em que a Suprema Corte assentou que a exigência de prévia autorização legislativa para a realização de contratos de concessão de serviços públicos viola o art. 2º da Constituição Federal. Confira-se a ementa do aludido julgado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e § 1º do artigo 15, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989.

- Os incisos XIII e XIX do artigo 71 da Constituição do Estado da Bahia são ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) ao darem à Assembleia Legislativa competência privativa para a autorização de convênios, convenções ou acordos a ser celebrados pelo Governo do Estado ou a aprovação dos efetivados sem autorização por motivo de urgência ou de interesse público, bem como para deliberar sobre censura a Secretaria de Estado.

- Violam o mesmo dispositivo constitucional federal o inciso XXX do artigo 71 (competência privativa à Assembleia Legislativa para aprovar previamente contratos a ser firmados pelo Poder Executivo e destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos) e a expressão “dependerá de prévia autorização legislativa e” do § 1º do artigo 25 (relativa à concessão de serviços públicos),

[Handwritten signatures]

ambos da Constituição do Estado da Bahia. Ação julgada procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e a expressão “ dependerá de prévia autorização legislativa e” do § 1º do artigo 25, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989”.

472: Destaque-se, ainda, excerto do voto do Min. Moreira Alves, Relator da ADI

“Dispõem, respectivamente, o inciso XXX do artigo 71 e o § 1º do artigo 25 da Constituição do Estado da Bahia:

‘Artigo 71 - Além de outros casos previstos nesta Constituição compete privativamente à Assembleia Legislativa:

.....
XXX - aprovar previamente contratos a serem firmados pelo Poder Executivo, destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos, na forma da lei”; e

‘Artigo 25 -

§ 1º - A concessão de serviços públicos dependerá de prévia autorização legislativa e far-se-á sempre mediante licitação pública, ressalvados os casos previstos em lei’.

Também com relação a esses dois dispositivos tenho-os por inconstitucionais, uma vez que ofendem o artigo 2º da Constituição Federal.

Com efeito, em ambos se estabelece uma autorização prévia do Poder Legislativo - à semelhança do que ocorre com os convênios, convenções ou acordos celebrados pelo Poder Executivo - que se torna um pressuposto de validade das concessões ou permissões para a exploração de serviços públicos, e, portanto, uma forma de participação na formação desses atos, o que, evidentemente, não se compadece com o poder de fiscalização ‘a posteriori’ que, pela Constituição Federal, incumbe ao Poder Legislativo com relação ao

exercício da direção da administração que cabe ao Poder Executivo. Observo, apenas, que **a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 25 abarca somente a expressão 'dependerá de prévia autorização legislativa', porquanto a exigência da licitação pública para a concessão de serviços públicos decorre do artigo 175, caput, da Constituição Federal.**

3. Em face do exposto, julgo procedente, em parte, a presente ação direta, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e a expressão 'dependerá de prévia autorização legislativa' do § 1º do artigo 25, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 05 de outubro de 1989”.

Na mesma linha de entendimento pacificou o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo ao decretar a **inconstitucionalidade de autorização legislativa para a concessão de serviços públicos**, conforme julgado na ADI n.º 3112-60.2012.8.26.0000 – que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo segundo, do art. 74, da Lei Orgânica do Município de Taubaté.

O entendimento jurisprudencial acima esposado atesta a prescindibilidade da autorização legislativa a fim de que seja celebrado o respectivo contrato administrativo para a delegação do serviço público, depois de finalizado o certame. Afinal de contas, seriam inconstitucionais as disposições constantes na legislação extravagante infraconstitucional que exigem a referida autorização do Poder Legislativo nesses casos.

A inconstitucionalidade da exigência encontra fulcro na ofensa ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes. Essa posição é a defendida sobremaneira pelos Tribunais, de um modo geral.

Dessa forma, entende esta Autarquia que o objeto do Edital não se caracteriza como serviço público. Conclui, ainda, estar atuando em conformidade com as disposições constitucionais e infra legais quando da realização de certame

[Handwritten signature]

para a concessão da venda dos ingressos.

No que diz respeito ao alegado no item II.B da impugnação, também não assiste razão à empresa impugnante.

Aliás, em duas próprias razões de recurso transcreve-se *ipsis litteris*:

“Apesar de constar na regra editalícia em comento a previsão da parcela de maior relevância...” (grifo nosso)

Os licitantes deverão apresentar atestados que demonstrem sua experiência anterior na realização de obra ou serviço semelhante àquele que é objeto do edital, conforme exigido pela Administração.

No entanto, essas exigências por parte da Administração são limitadas às "parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação".

Reputa-se que essa determinação está de acordo com disposto no art. 37, XXI, da Constituição Federal, que determina que os processos licitatórios deverão permitir somente "as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Segundo ressalta MARÇAL JUSTEN FILHO, "Vale insistir acerca da inconstitucionalidade de exigências excessivas, no tocante à qualificação técnica. (...) Essa competência discricionária não pode ser utilizada para frustrar a vontade constitucional de garantir o mais amplo acesso de licitantes, tal como já exposto acima. A Administração apenas está autorizada a estabelecer exigências aptas a evidenciar a execução anterior de objeto similar. Vale dizer, sequer se autoriza a exigência de objeto idêntico" (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 12. ed., São Paulo: Dialética, 2008, p. 431).

Ainda, na lição de DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS, "não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter

competitivo do certame. Assim, se a fixação de quantitativos em parâmetros de tal forma elevados reduzir drasticamente o universo de licitantes, dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo extremamente reduzido deles, ilegal será a exigência, por violação ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93" (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros, 4ª ed., 2000, p. 139).

Como dito, a exigência é de que a licitante demonstre ter experiência de comercialização de venda de ingressos via internet, demonstrando o licitante ter operado receita bruta mínima de R\$ 5.000.000,00 e/ou venda mínima de 100.000 ingressos.

Entende a Autarquia que esse atestado atende aos requisitos legais de parcela de maior relevância técnica e de valor significativo, uma vez que a venda pela internet implica em possuir e operacionalizar os sistemas necessários à efetivação de venda segura de ingressos e o valor exigido demonstra que esta já desempenhou atividade com características, quantidades e prazos compatíveis com o objeto da licitação.

Ademais, a venda pela internet representa 71,62% das vendas totais efetuadas pelo sistema requerido, enquanto totens e PDV's representam, juntos, o percentual de 28,38%, portanto, observada a exigência da parcela de maior relevância no atestado exigido.

Desta forma, entende Administração que a exigência contida no edital é adequada para avaliar a capacidade dos interessados sem restringir a ampla participação de licitantes no certame, o que, apesar das argumentações, é de concordância da própria impugnante.

Considerando o exposto pela impugnante no item II.C, a Administração entende que a exigência de 100% do CheckList desconsideraria qualquer possibilidade de erro humano por parte dos operadores do sistema ou qualquer problema de configuração, possivelmente sanável, inabilitando assim empresa com

totais condições de executar o serviço. Conforme supracitado, nas lições de DORA MARIA DE OLIVEIRA RAMOS, "não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame. **Assim, se a fixação de quantitativos em parâmetros de tal forma elevados reduzir drasticamente o universo de licitantes, dirigindo a licitação a um único participante ou a um universo extremamente reduzido deles, ilegal será a exigência**, por violação ao art. 3º, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93" (Temas Polêmicos sobre Licitações e Contratos, Malheiros, 4ª ed., 2000, p. 139).

Os quesitos apresentados no CheckList são claros e objetivos, devendo ser respondidos pela comissão técnica, que será responsável pela condução e parecer da prova de conceito, se a solução apresentada atende ou não os quesitos. Não há que se falar em julgamento subjetivo em relação aos itens, haja vista não ter sido apresentada pela impugnante subjetividade em nenhum deles.

A não obtenção de 100% na prova de conceito não isenta a licitante vencedora de cumprir todas as obrigações descritas no edital e no projeto básico e assumidas em contrato. Desta forma, não há que se falar em privilégio a qualquer participante, pois **deve ser cumprido integralmente todas as obrigações presentes no contrato, edital e projeto básico**, sob pena de aplicação das penalidades ali previstas.

A alegação de que a prova de conceito sempre aconteceu em anos anteriores também não condiz com a realidade produzida por esta Autarquia, tendo ocorrido somente no ano de 2016. Ademais, a praxe administrativa, o que não é o caso, deve somente ser usada em casos de lacunas legislativas.

Por fim, cumpre ressaltar que existem pressupostos para que se proceda à análise do mérito das impugnações e demais recursos administrativos apresentados, sendo que o não preenchimento desses pressupostos enseja à sua imediata rejeição.

Handwritten signature and initials in blue ink.

A peça recebida, apesar de ter sido apresentada de forma tempestiva, conforme previsto no artigo 41, § 2º da Lei 8.666/93, veio assinada pela Sr.^a Márcia Baumhardt e pelo Sr. Gilmar Luis Goerck, entretanto desprovida de qualquer documento (procuração ou outro) que comprove os poderes de representação dos subscreventes. Diante de tal irregularidade, decide esta Comissão pelo NÃO CONHECIMENTO da peça impugnatória. Entretanto, em homenagem aos princípios da transparência e da autotutela a que a Administração encontra-se subordinada, a referida petição foi analisada apenas como peça meramente informativa.

Ante o exposto mostrou-se que o Edital não burla os princípios da legalidade, da publicidade e da isonomia, muito menos restringe o caráter de competição do certame, nem impede a formulação correta de propostas. Desnecessário, por conseguinte, medidas com fins de saneamento. Portanto, desnecessário o afastamento ou correção de seu texto para atender o ora reclamado pela Impugnante, mantendo-se, inclusive, a confirmação da data de abertura da licitação agendada para o dia 06 de julho de 2017.

Gramado, 05 de julho de 2017.


José Alberto Pereira da Silva Júnior
Presidente da Comissão de Licitações


Daniele Affonso
Membro da Comissão de Licitações


Kathia da Rosa Riella
Membro da Comissão de Licitações