



COMPANHIA DE ABASTECIMENTO

★ SANTO ANDRÉ ★

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

PROCEDIMENTO FECHADO Nº 001/19

PROCESSO DE COMPRAS Nº 0025/19.

OBJETO: CONCESSÃO REMUNERADA DE USO DE ESPAÇOS PÚBLICOS DENOMINADOS LOJAS NO COMPLEXO VILA LUZITA COM MODO DE DISPUTA FECHADO E CRITÉRIO DE JULGAMENTO DO TIPO MAIOR OFERTA PELA OUTORGA

Tendo em vista a publicação do edital supramencionado, e conhecimento aos interessados, após análise do pedido de impugnação ao edital, enviado pela empresa SACOLÃO JR. LTDA. EPP, segue nossa resposta:

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL
--

1. DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Trata-se de impugnação ao Edital do procedimento fechado nº 001/19 oposta pela empresa SACOLÃO JR. LTDA. EPP, alegando os seguintes vícios no instrumento convocatório: a) falta de disponibilização dos meios utilizados para definição do valor mínimo da outorga; b) pretensão enriquecimento ilícito ante a apropriação do valor da outorga; c) ofensa a isonomia e enriquecimento ilícito nos rateios de despesas; d) enriquecimento ilícito, haja vista a exigência de taxa de transferência; e) extinção da concessão sem concessão do direito de defesa; f) enriquecimento sem causa na incorporação das benfeitorias; g) prazo exíguo para o pagamento do valor da outorga; h) prazo exíguo para atendimento de requisições pelo proponente

Companhia Regional de Abastecimento Integrado de Santo André - CRAISA

Av. Dos Estados, 2.195, Santa Terezinha, Santo André – SP CEP: 09210-580

www.craisa.com.br - TEL: 4996-9500

Departamento Jurídico



COMPANHIA DE ABASTECIMENTO

★ SANTO ANDRÉ ★

2. PREÂMBULO

Primeiramente, verificou-se que a empresa impugnante está dissolvida de pleno direito, isso porque, em pesquisa no sitio eletrônico da JUCESP, constatou-se que a empresa não cumpriu o disposto no parágrafo primeiro da cláusula terceira do contrato social, ficando unipessoal por mais de 180 (cento e oitenta) dias, nos termos do inciso IV do artigo 1.033 do Código Civil.

Contudo, para que não parem dúvidas ao certame, passaremos a responder a impugnação ao Edital apresentada pela empresa SACOLÃO JR. LTDA. EPP.

3. MÉRITO

A) DA FALTA DE DISPONIBILIZAÇÃO DOS MEIOS UTILIZADOS PARA DEFINIÇÃO DO VALOR MÍNIMO DA OUTORGA;

Primeiramente, para uma melhor compreensão do tema, transcreveremos o disposto no artigo 34 da Lei nº 13.303/16:

“Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.”

Portanto, conforme se verifica do artigo supratranscrito, o valor estimado do contrato é sigiloso, não podendo este pregoeiro divulgá-lo, não havendo se falar em ofensa ao princípio da publicidade.



COMPANHIA DE ABASTECIMENTO

★ SANTO ANDRÉ ★

Por fim, nos termos do inciso I do artigo 49 da Lei das Estatais, houve a avaliação formal do bem licitado, estando encartado no processo de compras o laudo de avaliação imobiliário.

Portanto, a impugnação ao Edital deve ser rejeitada.

B) DO PRETENSO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO ANTE A APROPRIAÇÃO DO VALOR DA OUTORGA;

Alega o Impugnante que o item 4.2. da cláusula quarta do anexo XII do instrumento convocatório (minuta de contrato) contém condição para o enriquecimento sem causa da administração.

Sustenta que “... se ocorrer a extinção antecipada da concessão em virtude de interesse público, sem que tenha havido a culpa do Concessionário, por exemplo, a CRAISA deveria devolver não apenas o montante proporcional ao valor de outorga, como também indenizar o concessionário...”

Entretanto, razão não assiste o impugnante. Isso porque eventual rescisão do termo de concessão remunerada de uso de modo antecipado resolver-se-á em perdas e danos. Ou seja, em nenhuma hipótese há a devolução do valor pago pela outorga.

Caso haja a extinção antecipada da concessão, resolver-se-á em perdas e danos, o que, em tese, pode englobar o valor pago a título de outorga, o que não significa devolução do valor ofertado e pago pelo concessionário.

Inexistente, portanto, o vício apontado.

C) DA OFENSA A ISONOMIA E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO NOS RATEIOS DE DESPESAS;

Ao contrário do afirmado pelo impugnante, não há qualquer ofensa ao princípio da isonomia, eis que o Edital trata os iguais de modo igual e os desiguais de modo desigual, na medida de suas desigualdades, sempre visando a proporcionalidade, senão vejamos:

Companhia Regional de Abastecimento Integrado de Santo André - CRAISA

Av. Dos Estados, 2.195, Santa Terezinha, Santo André – SP CEP: 09210-580

www.craisa.com.br - TEL: 4996-9500

Departamento Jurídico



COMPANHIA DE ABASTECIMENTO

★ SANTO ANDRÉ ★

O item 6.3.1. do Anexo I Edital prevê os rateios dos custos de uso da área comum, que será igual para todos os concessionários, por se tratar de área comum.

O item 6.3.2. do Anexo I do Edital prevê o rateio de água e energia elétrica para consumo próprio, conforme aferição e metodologia de rateios utilizada pela CRAISA.

Para o cálculo dos rateios de água e energia elétrica para consumo próprio de cada concessionário, a CRAISA realiza a divisão dos valores devidos de modo proporcional para cada loja, ou seja, cada concessionário pagará o valor proporcional ao que consumir, conforme auferido pela concedente, não havendo se falar em ausência de isonomia no certame.

Na metodologia utilizada para o cálculo dos rateios pela CRAISA, um açougue e uma floricultura (exemplo utilizado pelo impugnante) não irão pagar o mesmo valor pelo consumo da eletricidade e água. Outrossim, não podemos olvidar que a administração, nos rateios das despesas, sempre atuará com base nos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência.

Por fim, o Anexo IV é claro ao prever que “Os valores deste anexo são estimativos, podendo sofrer alterações quando da sua efetiva execução ou apuração, bem como em razão do fim destinado ao item licitado.”

Portanto, não há se falar em falta de isonomia entre os concessionários, não havendo nada a retificar no instrumento convocatório.

D) DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO, HAJA VISTA A EXIGÊNCIA DE TAXA DE TRANSFERÊNCIA;

Os contratos administrativos possuem, em regra, como característica, o fato de serem “intuitu personae”. Isso significa que são celebrados em função de características pessoais e relevantes do contratado, aferidas por ocasião do procedimento licitatório.



COMPANHIA DE ABASTECIMENTO

★ SANTO ANDRÉ ★

Nesse sentido, ensina o professor Meirelles que:

"O contrato administrativo é sempre consensual e, em regra formal, oneroso, comutativo e realizado intuitu personae. [...] é intuitu personae porque deve ser executado pelo próprio contratado, vedadas, em princípio, a sua substituição por outrem ou a transferência do ajuste" (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 194).

Sendo o contrato de concessão de uso um contrato tipicamente administrativo, é caracterizado, portanto, por ser, em regra, "intuitu personae".

Assim, parte da doutrina do Direito Público defende que, em razão da pessoalidade que envolveria a celebração de contratos com a Administração, as alterações subjetivas nesses instrumentos dariam origem a uma nova relação jurídica, com outro agente que não teria participado do procedimento licitatório. Tratar-se-ia, portanto, de alteração contratual que violaria os princípios da isonomia e da moralidade. Dito em outros termos, se a Administração realizou uma licitação para selecionar a proposta mais vantajosa, escolhendo um licitante específico, não poderia, a posteriori, admitir que outro agente econômico, estranho a esse procedimento, executasse o contrato.

O tema, contudo, merece flexibilidade em sua análise e interpretação. Em que pese o quanto exposto até aqui, boa parte da doutrina do Direito Público tem entendimento oposto. Para estes doutrinadores, a licitação tem por escopo a seleção, por meio de um procedimento administrativo pautado pelos princípios da isonomia, da verdade real e da moralidade, da melhor proposta de um dos licitantes que estão competindo para contratar com a Administração, e esse procedimento nada tem com os efeitos do contrato. É dizer: o contrato teria um regime jurídico próprio, que deve se adaptar às mudanças supervenientes que alterem a sua execução; do contrário, estar-se-ia negando aplicabilidade à lógica da mutabilidade dos contratos

Companhia Regional de Abastecimento Integrado de Santo André - CRAISA

Av. Dos Estados, 2.195, Santa Terezinha, Santo André – SP CEP: 09210-580

www.craisa.com.br - TEL: 4996-9500

Departamento Jurídico



COMPANHIA DE ABASTECIMENTO

★ SANTO ANDRÉ ★

da Administração. Isso porque uma coisa seria a instauração de um procedimento licitatório para a obtenção da melhor proposta para a Administração; outra, bem diversa, seria a vinculação subjetiva do contratado à execução do objeto contratual.

Não seria consentâneo com o princípio da liberdade de iniciativa (art. 1º, inciso IV e art. 170, caput, da CF/88) que o contrato administrativo servisse para engessar as atividades empresariais, impedindo que o contratado realizasse operações negociais. Além disso, não se pode olvidar que a realização de operações societárias - a exemplo da transferência da concessão ou controle societário - pode, inclusive, contribuir para o incremento da qualidade dos serviços prestados à Administração Pública. Isso pode ocorrer, por exemplo, nas hipóteses em que o cedente transfere a prestação objeto do contrato para um cessionário que esteja em melhores condições financeiras, ou que detenha maior expertise em determinado setor econômico.

Por tais razões, o professor Flavio Amaral Garcia defende:

"essas alterações subjetivas não só seriam admissíveis, como não precisariam de previsão editalícia, sob pena de violação do princípio fundamental estruturante da livre iniciativa (art. 1º, IV, da CRFB), na medida em que um contrato celebrado com a Administração Pública não pode limitar ou mesmo restringir o legítimo direito das sociedades organizarem-se livremente. A vida comercial da empresa não pode ficar pendente de autorização de qualquer autoridade administrativa" (GARCIA, Flavio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 258).

De acordo com tal perspectiva, o Tribunal de Contas da União alterou seu entendimento, para o fim de concluir que:

Companhia Regional de Abastecimento Integrado de Santo André - CRAISA

Av. Dos Estados, 2.195, Santa Terezinha, Santo André – SP CEP: 09210-580
www.craisa.com.br - TEL: 4996-9500
Departamento Jurídico



COMPANHIA DE ABASTECIMENTO

★ SANTO ANDRÉ ★

"A fusão, a cisão e a incorporação ocorrem no mundo empresarial em função, sobretudo, da necessidade enfrentada pelas empresas de se manterem competitivas. A interpretação atualmente adotada pelo TCU engessa as empresas que são contratadas pela Administração, pois durante a vigência do contrato ficam tolhidas de passar por qualquer tipo de reorganização empresarial, a não ser que haja previsão no contrato e no edital, sob pena de rescisão do contrato. A administração deve, isto sim, vedar a reorganização empresarial em editais e contratos que abordem situações em que entenda que tal processo será, de fato, prejudicial para o interesse público" (TCU. Acórdão nº 634/2007 Plenário. Relator: Min. Augusto Nardes. Sessão de 18.04.2007. DOU, 23 abr. 2007).

Isso não significa dizer que tal alteração possa ser levada a efeito sem o estabelecimento de critérios mínimos, que garantam a segurança das contratações administrativas e a observância dos princípios que regem as atividades administrativas. Em outras palavras, se, por um lado, o contrato administrativo não pode impedir o desenvolvimento das atividades empresariais, de outro, não pode ser instrumento para violação aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Tal cenário pode ser vislumbrado quando a alteração subjetiva do contrato:

(i) violar o direito de outros licitantes que participaram do certame, mas não tiveram o objeto do contrato adjudicado, ou

(ii) objetivar o conluio entre eles, mediante a cessão de posição contratual para um concorrente.

Daí a necessidade de prévia anuência do Poder Público para que tais operações sejam levadas a efeito. Não se trata de um provimento de natureza, puramente, discricionária, mas de um ato que deve observar certas diretrizes. Nesse

Companhia Regional de Abastecimento Integrado de Santo André - CRAISA

Av. Dos Estados, 2.195, Santa Terezinha, Santo André – SP CEP: 09210-580

www.craisa.com.br - TEL: 4996-9500

Departamento Jurídico



COMPANHIA DE ABASTECIMENTO

★ SANTO ANDRÉ ★

sentido, o professor Floriano de Azevedo Marques Neto assevera que tal ato deve considerar se: (i) inexistente norma legal vedando a cessão para aquele contrato em especial; (ii) o objeto do contrato permite a cessão; (iii) o certame licitatório que antecedeu a contratação não oferece óbice; (iv) o cessionário reúne as condições pessoais para assegurar a continuidade e a ultimação da execução; (v) as cláusulas contratuais não proíbem expressamente a cessão; e (vi) não há indícios de cartelização, por meio de subcontratação.

Assim, é possível concluir que há subsídios jurídicos e legais para se defender que a natureza personalíssima (“intuitu personae”) do contrato de concessão de uso não parece se coadunar mais com a feição atual dos contratos administrativos. Primeiro porque o que o contratante visa a qualidade dos serviços prestados, e não à contratação de determinado agente; segundo porque a mutabilidade das relações contratuais pode apontar no sentido de que a alteração subjetiva do contrato seria a melhor forma de atender ao interesse público.

O art. 27, da Lei nº 8.987/95 assim dispõe:

“Art. 27, Lei 8.987/95. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.

§ 1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o caput deste artigo, o pretendente deverá:

I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e

II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.”

As cobranças de taxa de transferência vêm alicerçada no artigo 20 e seguintes do Regulamento Interno dos Equipamentos Varejistas da CRAISA.

Portanto, legal a exigência de pagamento de valores para a transferência da concessão de uso.

Companhia Regional de Abastecimento Integrado de Santo André - CRAISA

Av. Dos Estados, 2.195, Santa Terezinha, Santo André – SP CEP: 09210-580

www.craisa.com.br - TEL: 4996-9500

Departamento Jurídico



COMPANHIA DE ABASTECIMENTO

★ SANTO ANDRÉ ★

E) DA EXTINÇÃO DA CONCESSÃO SEM CONCESSÃO DO DIREITO DE DEFESA;

Como visto acima, os contratos administrativos possuem, em regra, como característica, o fato de serem “intuitu personae”. Isso significa que são celebrados em função de características pessoais e relevantes do contratado, aferidas por ocasião do procedimento licitatório.

Portanto, a transferência da concessão pública sem a anuência e autorização prévia da CRAISA implica em quebra contratual gravíssima, que implica na extinção automática da concessão, na medida em restará rompida a relação contratual, tendo em vista a característica “intuitu personae” do contrato administrativo.

Nesse caso específico (transferência da concessão pública sem a anuência e autorização prévia da CRAISA) a extinção da concessão opera-se de pleno direito. Nos demais casos, sempre será observado e garantido o direito ao contraditório e ampla defesa, em atenção ao disposto no inciso LV do artigo 5º da Constituição Cidadã.

Portanto, a impugnação ao Edital deve ser rejeitada.

F) DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NA INCORPORAÇÃO DAS BENFEITORIAS;

Uma vez extinta a concessão de uso do bem público, a CRAISA tem o direito de recuperar o pleno domínio do bem, bem como das acessões e benfeitorias introduzidas no imóvel, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário no respectivo contrato.

Havendo a estipulação no instrumento convocatório e no contrato administrativo, não há se falar em enriquecimento indevido da Administração Pública, razão pela qual indefere-se a impugnação apresentada

G) DO PRAZO EXÍGUO PARA O PAGAMENTO DO VALOR DA OUTORGA;

Companhia Regional de Abastecimento Integrado de Santo André - CRAISA

Av. Dos Estados, 2.195, Santa Terezinha, Santo André – SP CEP: 09210-580

www.craisa.com.br - TEL: 4996-9500

Departamento Jurídico



COMPANHIA DE ABASTECIMENTO

★ SANTO ANDRÉ ★

Primeiramente, não podemos olvidar o que dispõe o artigo 60 da Lei Federal nº 13.303/16, vejamos:

“Art. 60. A homologação do resultado implica a constituição de direito relativo à celebração do contrato em favor do licitante vencedor.”

Com a homologação, o negócio jurídico está firmado. Portanto, a partir do momento da homologação a proponente já terá tempo para ir providenciando a quantia a ser paga a título de outorga. O prazo é suficiente para que a contratada providencie o montante.

Ademais, a ausência de condições para pagamento da outorga da concessão no prazo assinalado no instrumento convocatório, apenas demonstra a insuficiência de capacidade para assumir as obrigações do termo de concessão remunerada de uso.

Portanto, a impugnação ao Edital deve ser rejeitada.

H) DO PRAZO EXÍGUO PARA ATENDIMENTO DE REQUISIÇÕES PELO PROPONENTE

Primeiramente, para uma melhor compreensão do tema, transcreveremos o disposto no item 9.4. do Anexo XII do instrumento convocatório. Vejamos:

“9.4. A Concessionária vencedora ficará sujeita a multas, na proporção de 5% (cinco por cento) do valor calculado para a Tarifa de Uso mensal, por vez que o responsável técnico deixar de atender convocações da CRAISA, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a contar do recebimento do comunicado e também no caso de não haver na sede da Concessionária pessoa credenciada para recebimento da comunicação.”

Companhia Regional de Abastecimento Integrado de Santo André - CRAISA

Av. Dos Estados, 2.195, Santa Terezinha, Santo André – SP CEP: 09210-580
www.craisa.com.br - TEL: 4996-9500
Departamento Jurídico



COMPANHIA DE ABASTECIMENTO

★ SANTO ANDRÉ ★

A cláusula do contrato administrativo citada acima refere-se a atender convocações da CRAISA no prazo de vinte e quatro horas e não para entrega de documentos e outros serviços.

O prazo de vinte quatro horas para responder as convocações não é exíguo, sendo proporcional e razoável, eis que não demanda tempo para o contratado atender a convocação da CRAISA.

4. CONCLUSÃO

Por todo o acima exposto, nego provimento a impugnação apresentada pela empresa SACOLÃO JR. LTDA. EPP, mantendo os termos do instrumento convocatório, eis que não há no Edital nenhum dos vícios apontados.

Santo André, 09 de maio de 2019 – Renan Bruno Barros Gumieri Ribeiro – Pregoeiro