

RELATÓRIO DE IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

- ASSUNTO:** IMPUGNAÇÃO AO EDITAL
- REFERENTE:** LICITAÇÃO ELETRÔNICA Nº 058/LALI-2/SBSP/2018
- OBJETO:** CONCESSÃO DE USO DE ÁREA DO EDIFÍCIO GARAGEM, PARA EXPLORAÇÃO COMERCIAL DA ATIVIDADE DE ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS LOCALIZADA NO AEROPORTO DE SÃO PAULO/CONGONHAS - SBSP, NOS MOLDES DA LEI N. 13.303/2016
- IMPUGNANTE:** MGM Arquitetura e Administração de Bens Eireli - CNPJ/MF sob nº 11.055.390/0001-13

1. HISTÓRICO

Trata-se de instrução de impugnação ao edital da Licitação Eletrônica nº 058/LALI-2/SBSP/2018 o qual foi publicado no dia 11/10/2018, com abertura prevista para o dia 05/11/2018, devidamente disponibilizado nos sites de licitações da Infraero www.infraero.gov.br e do Banco do Brasil www.licitacoes-e.com.br (ID 740203)

Delineamos, ao longo deste relatório, o histórico, as argumentações apresentadas pela IMPUGNANTE, a análise técnica, bem como, o exame e opinião deste do Presidente da Comissão e Equipe de Apoio no tocante aos aspectos que lhe cabem analisar.

2. TEMPESTIVIDADE

Registre-se que a peça da impugnante foi recebida via “e-mail” no dia 26/10/2018 e conhecida uma vez presentes os requisitos de admissibilidade previstos no Edital da licitação e na legislação pertinente.

3. DA IMPUGNAÇÃO

A impugnante apresenta seus argumentos nos termos a seguir transcritos:

“(…)

Sem a intenção de prejudicar ou tumultuar o certame, contudo o Edital não pode ser mantido nos moldes publicado, uma vez que fere direito

(Relatório de Impugnação_MGM Arquitetura – Licitação nº 058/LALI-2/SBSP/2018)

de terceiros, bem como o objeto da licitação não pertence a esta Empresa Impugnada, como vejamos:

Quanto ao Objeto:

Conforme consta no edital, a licitação tem como objeto a CONCESSÃO DE USO DE ÁREA DO EDIFÍCIO GARAGEM, PARA EXPLORAÇÃO COMERCIAL DA ATIVIDADE DE ESTACIONAMENTO DE VEÍCULOS LOCALIZADA NO AEROPORTO DE SÃO PAULO/CONGONHAS – SBSP, de acordo com os anexos (situação física da área e termo de referência).

Ao observar o termo de referência, fica claro no item 4.1, tabela 4, que a licitação engloba a ABL cobertura Lonada, na metragem de 2.023 m², bem como na situação do local (anexo V.1), existe a menção da área lonada, “A área da “Cobertura Lonada” da praça corresponde apenas a sua projeção”.

Contudo, a referida área lonada pertence a empresa Impugnante em parceria com a Empresa Provoca, subconcessionária da Área em questão.

Melhor elucidando, a Empresa Provoca é subconcessionária da Infraero no espaço denominado Área de Cobertura Lonada.

Onde tem por objetivo a realização de eventos.

Em parceria com a Impugnante, a Provoca efetuou todas as benfeitorias existentes no local, bem como benfeitorias de infraestrutura para a adequação legal, e adequação para espaço próprio de eventos.

Por contra partida [sic]de poder explorar o local, para a realização de eventos, sem comprometimento do funcionamento do estacionamento, ou qualquer outro vínculo.

Esse tipo de contrato é totalmente legal, uma vez que no próprio edital impugnado, existe seguinte menção que:

4.5. No pavimento “Praça” o CONCESSIONÁRIO deverá explorar, por meios próprios ou por contrato de subconcessão com terceiros, mediante prévia anuência da INFRAERO, atividades de cunho comercial, a exemplo: lanchonete, restaurante, café, escritórios, vendas de produtos diversos, atividades artísticas, dentre outras, não sendo permitida a exploração dessas atividades fora da “praça”. 4.5.1. O

(Relatório de Impugnação_MGM Arquitetura – Licitação nº 058/LALI-2/SBSP/2018)

Concessionário terá um prazo de até 24 (vinte e quatro) meses, a contar do início da vigência do contrato, para ocupar, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) da área bruta locável – ABL, descrita na tabela 04, do item 4, subitem 4.1 do presente termo, que representa 1.659,23 m². 4.5.2. Findo esse prazo ou caso o CONCESSIONÁRIO opte pela não exploração em questão, a CONCEDENTE promoverá, de imediato e sem direito à contestação do CONCESSIONÁRIO, administrativa ou judicialmente, a retomada do pavimento “praça” e a competente exclusão contratual do respectivo espaço, mantendo os valores originariamente pactuados em contrato. 4.5.2.1. Não haverá qualquer tipo de indenização financeira, por parte da INFRAERO, em favor do CONCESSIONÁRIO. 4.5.2.2. Havendo a devolução da gestão do pavimento “Praça” para a INFRAERO, os custos relativos à limpeza, manutenção, energia elétrica e água passarão a ser assumidos pela CONCEDENTE. 4.5.2.3. O CONCESSIONÁRIO deverá manter todos os elevadores acessando o pavimento “Praça”, sem prejuízo aos usuários. 4.5.2.4. O CONCESSIONÁRIO deverá manter disponível nas edificações da “Praça” as infraestruturas (água, energia e outras que sejam comuns ao Edifício Garagem).

Ou seja, o próprio Edital Impugnado deixa nítido que a “praça” pode ser objeto de outros contratos.

Assim, a clareza e a legalidade para o edital esta totalmente comprometida, ao permitir que seja licitado objeto que esta sob outro contrato, ainda vigente.

A forma mais correta para tanto, seria dividir as licitações, realizando uma licitação própria para a área chamada praça, já que trata de objeto distinto do estacionamento.

Contudo, antes de realizar a licitação, deve resolver os contratos existentes na área, restituindo os gastos com as benfeitorias ou mesmo, ampliando o tempo de contrato para que possa recuperar o valor investido.

A área existe para a produção de eventos quais não tem qualquer ligação com a atividade de estacionamento.

Assim, esta Impugnada ao elencar como objeto deste edital a área e sua cobertura, esta ferindo contrato de seu conhecimento, bem como causando um grande dano à empresa Impugnante.

(Relatório de Impugnação_MGM Arquitetura – Licitação nº 058/LALI-2/SBSP/2018)

Observa-se no edital a ausência de estudos técnicos preliminares, no qual, não aborda que a área licitada possui contrato em vigor, bem como o material (lona) não pertence a Impugnada **INFRAERO**.

A exigência dos estudos técnicos preliminares está positivada na Lei 8.666/1993, art. 6º, inciso IX, transcrito a seguir:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

IX - Projeto Básico - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;*
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;*
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;*
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;*
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;*

(Relatório de Impugnação_MGM Arquitetura – Licitação nº 058/LALI-2/SBSP/2018)

- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;*

Logo, o termo de referência ou projeto básico de uma licitação deve ser precedido pela elaboração dos estudos técnicos preliminares, que servem para se verificar a viabilidade técnica e o impacto da contratação.

Destaque-se que, em consonância com a legislação vigente, o TCU tem se manifestado pela necessidade da elaboração dos estudos técnicos preliminares, como nos Acórdãos 1.558/2003-TCU-Plenário, itens 9.3.10 e 9.3.11, Acórdão 2.640/2007-TCU-Plenário, e Acórdão 1.423/2003-TCU-Plenário.

Em outras palavras, em aderência ao dispositivo legal citado, a viabilidade técnica da contratação deve ser assegurada por meio de estudos técnicos preliminares. Esses estudos devem englobar diversos elementos, encontrados na legislação em vigor e no entendimento desta. A norma que melhor detalha os estudos técnicos preliminares necessários para fundamentar o termo de referência de uma contratação de solução de TI é a Instrução Normativa 4/2010, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (IN SLTI 4/2010). Embora vincule apenas os órgãos integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Informação e Informática (SISP) do Poder Executivo Federal, essa norma é usada como referência por toda a Administração Pública Federal. O CNJ dispõe, hoje, da IN CNJ 44/2012, que estabelece regras e diretrizes para suas contratações e define, no seu art. 9º, os documentos que devem compor o estudo de viabilidade quando se tratar de contratação de TI. Na época da licitação em análise, no entanto, não existia a IN CNJ 44/2012, embora houvesse a obrigação imposta pelo inciso IX do art. 6º da Lei de Licitações. Portanto, para dar cumprimento ao dispositivo legal, o CNJ poderia ter se baseado na IN SLTI 4/2010 ou adotado outro referencial que contemplasse elementos suficientes para a caracterização da viabilidade técnica da solução pretendida. Entre esses elementos, não foram encontrados nos autos do processo de contratação os seguintes:

Definição da necessidade da contratação da área lonada pertencente ao Impugnante: é a justificava da contratação decorrente da necessidade de atender a uma demanda do negócio (Lei 8.666/1993, art. 12, inciso II; Lei 10.520/2002, art. 3º, incisos I e III; Decreto 2.271/1997, art. 2º, inciso I; IN SLTI 4/2010, art. 9º, incisos I e II; Lei 9.784/1999, art. 2º,

(Relatório de Impugnação_MGM Arquitetura – Licitação nº 058/LALI-2/SBSP/2018)

caput, parágrafo único, inciso VII). Sem clareza a respeito da necessidade da contratação, não há como se tratar da viabilidade da contratação, bem como tecer outras considerações, como vantajosidade e economicidade, no caso, não há necessidade de contratação, o local não pertence ao objeto do contrato.

A necessidade da contratação em tela não foi claramente definida. No processo de contratação não consta o detalhamento, ainda que preliminar, da definição clara e precisa do objeto, isto é, não houve uma análise técnica e a demonstração de que área licitada pertence a outro contrato, ou se houve nesta área o termino do contrato e com isso a necessidade de uma nova licitação.

Diante deste exposto, requer a Impugnante a:

- a liminar para que seja suspenso o Edital de licitação até a conclusão desta impugnação;
- que seja retirado do objeto da licitação a ABL cobertura Lonada, na metragem de 2.023 m², para que possa continuar a ser explorado pela Empresa Subconcessionária, conforme previsão existente nos contratos por ambas assinadas;
- Caso entenda que deva ser mantido o objeto, que seja esta Impugnante restituída no valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), valor este referente ao gasto para instalação e de materiais da área impugnada.
- caso entenda ser necessário, esta impugnante se coloca a disposição para dirimir qualquer questão de forma conciliatória”.

4. ANÁLISE DA IMPUGNAÇÃO:

De início, julgamos importante registrar que esta Comissão se encontra pautada nos Princípios Administrativos e em todos os outros que possibilitam que as licitações da INFRAERO possam transcorrer com transparência e isonomia.

Considerando que os argumentos da Impugnante versam acerca de aspectos eminentemente técnicos definidos pela unidade organizacional solicitante do objeto na fase de planejamento da licitação, foram os mesmos submetidos ao apreço e manifestação da área Comercial requisitante do objeto, a qual se pronunciou, nos seguintes termos:

(Relatório de Impugnação_MGM Arquitetura – Licitação nº 058/LALI-2/SBSP/2018)

“Esclarecemos que a subconcessão encontra-se regulada em normativos da empresa, sendo que o CONTRATO DE SUBCONCESSÃO DE ÁREA AEROPORTUÁRIA COM INTERVENIÊNCIA é o instrumento que regula este uso. Conforme indicado nos contratos de subconcessão, o CONCESSIONÁRIO solicita à CONCEDENTE autorização para que parte da área seja subconcedida.

Caso haja concordância da Infraero, as partes (CONCESSIONÁRIO e SUBCONCESSIONÁRIO), de acordo com o modelo padrão utilizado pela CONCEDENTE formalizam o instrumento contratual de subconcessão, cabendo a CONCEDENTE, administradora do bem público, assinar como INTERVENIENTE.

Em resposta ao “desconhecimento da data de término da concessão”, mencionado na peça de impugnação, tal fato não seria possível ser alegado pelas partes envolvidas, uma vez que, todo e qualquer contrato de subconcessão não poderá ter prazo superior ao do contrato principal, podendo inclusive ter prazo inferior a esse, o qual ficará explícito na folha rosto do CONTRATO DE SUBCONCESSÃO DE ÁREA AEROPORTUÁRIA COM INTERVENIÊNCIA, estando ciente as partes que o assinam.

Logo, não há como um contrato de subconcessão ser formalizado sem que haja total conhecimento das pessoas jurídicas envolvidas, tanto no que se refere à vigência contratual quanto às demais condições gerais e especiais que pactuam a relação comercial.

Para a área “Lonada” englobada no processo licitatório como parte da Área Bruta Locável – ABL (área para atividades acessórias), deverá ser considerada o Esclarecimento de Dúvidas nº 007/LALI-2/2018-NAN, divulgado nesta data, onde esclarecemos que a menção se faz única e exclusivamente para identificação do espaço físico, não devendo ser considerada nesse contexto a “estrutura removível”.

Feito os esclarecimentos iniciais e antes de entrar no mérito da presente impugnação convém destacar que a **INFRAERO não reconhece como “SUBCONCESSIONÁRIA” a empresa Provoca Produções e Eventos Ltda e tampouco possui em seus registros qualquer CONTRATO DE SUBCONCESSÃO DE ÁREA AEROPORTUÁRIA COM INTERVENIÊNCIA formalizado junto as partes. Também não reconhece qualquer vínculo contratual com a empresa MGM Arquitetura e Administração de**

Bens Eireli, impetrante no presente pedido de impugnação.
(grifamos)

Cabe acrescentar que o contrato de subconcessão mencionado, firmado entre o atual operador do estacionamento, assim denominado CONCESSIONÁRIO e a empresa por ele escolhida, denominada SUBCONCESSIONÁRIO, já tiveram a relação comercial encerrada.

Ainda assim, buscando a transparência das ações adotadas por esta empresa Pública e respeitando a Lei nº 12.527/2011, que regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas, disponibilizamos o contrato de Subconcessão nº 02.2017.024.0015 firmado entre o atual CONCESSIONÁRIO do estacionamento de Congonhas e SUBCONCESSIONÁRIO por ele definido, com a INTERVENIÊNCIA da CONCEDENTE, no qual pode ser evidenciado como objeto a “Concessão de uso de área para exploração comercial da área compreendida como “Praça do EDG”, para realização de eventos”.

A CONCEDENTE denominada INTERVENIENTE, não possui nenhuma interferência nos motivos que levam à formulação do contrato de subconcessão e tampouco nas eventuais razões que possam ensejar ao seu desfazimento.

A área está formalmente concedida ao CONCESSIONÁRIO principal, sendo que compete a ele decidir, durante a vigência do contrato, as propostas de subconcessão e possíveis decisões de rompimento da relação pactuada.

O item 12 das Condições Gerais do Contrato de Subconcessão ora em questão, assim dispõe: “Constituem motivo para rescisão do contrato os mesmos previstos no TC nº 2.96.24.124-5, **além da comunicação, por parte do CONCESSIONÁRIO, de rompimento de contrato ou instrumento congênere firmado entre este e o SUBCONCESSIONÁRIO**”. (Grifo nosso.)

Ao CONCESSIONÁRIO, detentor da área em concessão, caberá a responsabilidade de informar a INTERVENIENTE caso julgue não ser conveniente a permanência do SUBCONCESSIONÁRIO.

Buscando contribuir para o correto entendimento das condições pactuadas nos Contratos de Subconcessão, transcrevemos:

14 A administração da área será exercida pelo SUBCONCESSIONÁRIO, a quem competirá disciplinar as

(Relatório de Impugnação_MGM Arquitetura – Licitação nº 058/LALI-2/SBSP/2018)

normas de uso de espaço (coberto e descoberto) e de suas dependências, responsabilizando-se solidariamente, CONCESSIONÁRIO e SUBCONCESSIONÁRIO, pelos eventos nela ocorridos e pelo pagamento das despesas de rateio de energia elétrica, conservação e limpeza, seguro contra incêndio, responsabilidade civil, vendaval, alagamento, explosão e outros correlatos, bem como as despesas relativas a quaisquer benfeitorias que porventura pretender nela realizar.

*14.1 Caso não seja da conveniência do CONCESSIONÁRIO a permanência do SUBCONCESSIONÁRIO nas aludidas áreas, **fica obrigado a providenciar o rompimento da relação** mantida junto ao SUBCONCESSIONÁRIO, solicitando, incontinente à INTERVENIENTE a rescisão do presente instrumento, com fundamento no item 12, devendo o SUBCONCESSIONÁRIO desocupar a área objeto de subconcessão no prazo de 10 (dez) dias contados da notificação da rescisão contratual. Grifo nosso.*

À INTEVENIENTE por sua vez compete o encerramento do instrumento legal que pactuava a relação de subconcessão, garantindo o recolhimento aos cofres públicos de possíveis valores devidos a CONCEDENTE durante o período de exploração da atividade comercial.

Contudo importa lembrar que o referido Contrato de Subconcessão se deu na condição de sem investimento, tendo unicamente como objeto a exploração comercial de parte do “pavimento praça”, pelo período peremptório e único de 2 anos.

Ainda no que se refere às Condições Gerais e Especiais desse instrumento não há qualquer obrigação de “benfeitoria/investimento” imputada nessa relação comercial, sendo considerada para efeitos de subconcessão a área de 3.500 m² “*indicada pela Concessionária do Estacionamento de Congonhas S.A., exclusivamente para eventos corporativos, gastronômicos, esportivos, culturais, feiras, shows musicais estrangeiros e nacionais, através de ingressos, gratuitos ou somente para convidados, bem como distribuição de brindes e aquisição de apoio e patrocínios*” (subitem 1.2 das Condições Especiais).

Nessa linha, sob a ótica da relação mantida com a Infraero, a implantação do “lonado” se deu por exclusiva vontade do

(Relatório de Impugnação_MGM Arquitetura – Licitação nº 058/LALI-2/SBSP/2018)

CONCESSIONÁRIO e SUBCONCESSIONÁRIO, e não há previsão no Contrato de Subconcessão de qualquer amortização ou outras expectativas de reversão do valor investido.

Diante do exposto não poderá ser imputado à INTERVENIENTE a responsabilidade de avaliar a participação financeira desembolsada por ambos na implantação da atividade.

Não há alegação contrária por parte da CONCEDENTE que impeça a concessão de uso de área para atividades complementares e acessórias, mediante a formalização de CONTRATO DE SUBCONCESSÃO, desde que respeitadas as condições contratuais.

Tal possibilidade prevista no contrato ora vigente é igualmente contemplada no processo licitatório em curso, por assim entender possível e legal a subconcessão de área de que tenha interesse o CONCESSIONÁRIO, com anuência da CONCEDENTE.

A presente licitação não aponta, sob nenhuma hipótese, a sobreposição de instrumentos contratuais, sendo clara a perspectiva de ingresso do novo operador apenas ao término do contrato ora vigente.

Cabe ao ente público por meio dos seus gestores avaliar a correta distribuição da área e forma de concessão mais adequada e vantajosa do bem público, não sendo atribuição de terceiros julgar pela incompatibilidade do negócio no formato proposto ou ainda julgar-se conhecedor da alternativa que melhor se enquadre à necessidade do Aeroporto.

Em relação a elaboração de estudo esclarecemos que a presente licitação se trata de Concessão sem investimento com a mesma atividade comercial atualmente desenvolvida na área em questão e acrescentamos que o Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Infraero, em seu artigo 49, § 4º define como “sigiloso” os Estudos Técnicos elaborados pela Infraero.

Por fim, acrescentamos que os documentos anexos à presente impugnação não reproduzem informações complementares a serem analisadas, uma vez que a “Declaração Infraero” se trata de mera informação não datada, se reportando à “fase de elaboração” sem qualquer evidência de vínculo contratual com a Infraero.

(Relatório de Impugnação_MGM Arquitetura – Licitação nº 058/LALI-2/SBSP/2018)

O segundo documento “Contra notificação” é igualmente desconsiderado da análise pela apresentação parcial do seu teor (pág. 04/04), não possibilitando sequer a identificação do destinatário.”

5. CONCLUSÃO

Diante de todo exposto e entendendo como sanada as questões elencadas na Impugnação, a Comissão de Licitação CONHECE a impugnação apresentada pela empresa - MGM Arquitetura e Administração de Bens Eireli, por ser tempestiva e atender aos requisitos legais, para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, uma vez que carecem de respaldo legal para alteração dos termos do Edital.

Brasília/DF, 31 de outubro de 2018.

ANDREIA E SILVA HEIDMANN
Presidente Suplente
Ato adm. Nº CSAT-AAD-2018/00300

ELLEN SABRINA SIMOES
Membro Técnico
Ato adm. Nº CSAT-AAD-2018/00300

CARLOS AUGUSTO A. GUERRA
Membro Técnico
Ato adm. Nº CSAT-AAD-2018/00300