



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

SECRETARIA DE GOVERNO MUNICIPAL

Núcleo Educação

Rua: Viaduto do chá, nº 15, 11 ANDAR - Bairro CENTRO - São Paulo/SP - CEP 01002-900

Telefone: 11 3113-8000

PROCESSO 6016.2022/0051436-1

Ata SGM/SEDP/CDP/EDUCAÇÃO Nº 074064658

São Paulo, 21 de novembro de 2022.

Concorrência EC/010/2022/SGM-SEDP

PROCESSO SEI Nº 6016.2022/0051436-1

INTERESSADOS: PMSP, SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA., E OUTROS

OBJETO: Parceria Público-Privada na modalidade concessão administrativa para a requalificação e conservação de unidades educacionais da DRE São Mateus na Cidade de São Paulo.

ASSUNTO: DECISÃO SOBRE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

ATA DE JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

Aos vinte e um dias de novembro de dois mil e vinte e dois, deliberaram os membros da Comissão Especial de Licitação designados pela Portaria nº 015/2022/SGM-SEDP sobre o pedido de impugnação ofertado por **SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA.** no âmbito do Edital de Concorrência **EC/010/2022/SGM-SEDP**.

Introdução

Trata o presente da análise e julgamento do pedido de impugnação apresentado pela impugnante **SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA.** (“Impugnante”) em face do Edital de Concorrência nº **EC/010/2022/SGM-SEDP** (“Edital”), cujo objeto é **Parceria Público-Privada na modalidade concessão administrativa para a requalificação e conservação de unidades educacionais da DRE São Mateus na Cidade de São Paulo.**

Do pedido de impugnação da SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA.

Em síntese, a Impugnante argumenta que a suposta “possibilidade irrestrita de subcontratação” viola o artigo 72 da Lei Federal nº 8.666/93 (“Lei de Licitações”) e o artigo 25, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/95 (“Lei de Concessões”), que vedariam esse arranjo:

Lei de Licitações

“Art. 72. O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração.”

Lei de Concessões

“Art. 25. Incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade.

§ 1o Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados.”

Preliminarmente à análise de mérito, observa-se que o objetivo desta etapa do procedimento licitatório – a impugnação –, restringe-se à indicação de vício de ilegalidade, notadamente, em relação à Lei de Licitações, tendo em vista o disposto no seu artigo 41, § 1º.¹

Esse dispositivo legal confere, aos interessados na licitação e aos cidadãos em geral, o direito de realizarem impugnações, a fim de indicar eventuais irregularidades no Edital. Assim, a análise da Impugnação será realizada justamente a partir do critério indicado pelo legislador: verificar se há ilegalidade no certame, à luz da própria Lei de Licitações.

Conforme exposto, a Impugnante argumenta que a suposta “possibilidade irrestrita de subcontratação” viola o artigo 72 da Lei de Licitações e o artigo 25, § 1º, da Lei de Concessões, que vedariam esse arranjo.

Não obstante, conforme será demonstrado adiante, (i) não há “possibilidade irrestrita de subcontratação” no Edital; (ii) a possibilidade de subcontratação, tal como prevista no Edital, atende aos interesses da coletividade; e (iii) os referidos dispositivos legais não vedam a possibilidade de subcontratação, tal como prevista no Edital.

2.1 Da possibilidade de subcontratação prevista no Edital

O Edital prevê que a futura concessionária poderá “subcontratar terceiros para o desenvolvimento de atividades relacionadas à execução do objeto” (subcláusula 16.1, item g, do Anexo II do Edital – Minuta de Contrato).

Mas, de acordo com o mesmo documento, “a concessionária deverá cuidar para que os terceiros contratados ou subcontratados sejam detentores de capacidade técnica compatível com as atividades objeto da concessão” (16.1.2) – não sendo possível a busca por “qualquer empresa”, tal como afirma a Impugnante.

Nesse arranjo, a existência de subcontratação não exime a concessionária do cumprimento, total ou parcial, de suas obrigações decorrentes do contrato (16.3), tampouco “afasta a responsabilidade da concessionária pelo gerenciamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos delas decorrentes” (22.3).

No mesmo sentido, a concessionária terá as obrigações de: manter o Poder Concedente incólume de qualquer demanda ou prejuízo sofridos em virtude de atos praticados pelos subcontratados (34.8); contratar seguros e responsabilizar-se por atos de subcontratados (14.2, bb); responder pelos serviços subcontratados (14.2, cc); observar as determinações legais e regulamentares em relação aos subcontratados (14.2, dd); permitir acesso aos equipamentos, registros contábeis, dados e informações operacionais dos subcontratados (14.2, nn).

Além disso, a concessionária poderá ser penalizada por atos dos subcontratados nos termos da subcláusula 45.9 do mesmo documento (itens 18, 27, 30 e 32), bem como assumirá todos os riscos decorrentes da atuação dos subcontratados (Anexo VII do Contrato – Matriz de Risco).

Como se vê, a possibilidade de subcontratação, tal como prevista no Edital, poderá envolver os variados aspectos do objeto da PPP.

Porém, isso não significa dizer que a possibilidade de subcontratação é “irrestrita”, podendo submeter o Poder Concedente e a coletividade a prejuízos ou a riscos, tal como argumenta a Impugnante.

A análise do Edital demonstra que há uma série de restrições contratuais, que limitam significativamente a execução de eventuais subcontratações, regulamentando-as de forma responsável para proteger o Poder Concedente e a coletividade de prejuízos ou riscos.

Ante o exposto, fica comprovado que embora a possibilidade de subcontratação seja possível, para envolver os variados aspectos do objeto da PPP, ela não é “irrestrita”, porque há uma série de restrições contratuais, que limitam significativamente a execução de eventuais subcontratações, regulamentando-as de forma responsável.

2.2. Do atendimento aos interesses da coletividade

Conforme visto, a possibilidade de subcontratação, tal como prevista no Edital, tem uma série de restrições, que limitam significativamente a execução de eventuais subcontratações, nos aspectos

obrigacional, sancionatório e de risco.

Tais restrições impõem uma regulamentação responsável ao tema. Afinal, conforme restou demonstrado no capítulo anterior, a futura concessionária responderá integralmente por todos os atos de seus subcontratados – sendo improcedente o argumento da Impugnante de a Administração Pública teria retirado “as cautelas básicas para que possa realizar uma contratação com a qualidade esperada”.

Inclusive, ao prever penalidades à concessionária por atos dos subcontratados, a Administração Pública mitigou a possibilidade de que o serviço objeto da PPP seja prejudicado em razão da mera subcontratação, pois os atos dos subcontratados serão – ainda que indiretamente – objeto da mesma fiscalização rigorosa pelo Poder Concedente.

Além disso, ao contrário do alegado pela Impugnante, não há qualquer risco de burla às exigências previstas no Edital, porque todas as empresas que pretenderem estabelecer vínculos com o Poder Concedente deverão atender aos requisitos positivos e negativos estabelecidos.

Assim, as condições de participação previstas no Edital, bem como a comprovação de qualificação técnica nos termos do item 15, deverão ser integralmente observados pelos licitantes individuais e pelos consórcios – que, ao contrário do alegado pela Impugnante, são amplamente admitidos, nos termos do item 8 do Edital. Não há risco, portanto, que o objeto da PPP seja executado por agente desqualificado.

Diante de tais constatações, fica evidente que a possibilidade de subcontratação, tal como prevista no Edital, não prejudica o objeto da PPP – que será executado por agente qualificado e será objeto de rigorosa fiscalização pelo Poder Concedente, mesmo diante de eventuais subcontratações.

Em complemento, deve-se ressaltar que a possibilidade de subcontratação – aliada à possibilidade de participação de consórcios – favorece a competitividade da licitação em debate, ao ampliar as possibilidades de execução direta e indireta do objeto, o que, ao final, contribui para aumentar a qualidade da contratação a ser realizada pela Administração Pública, como também a sua eficiência.

Por fim, deve-se reconhecer que há benefícios sociais decorrentes da subcontratação, reconhecidos pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – STF, que acolheu os argumentos da Confederação Nacional das Indústrias em favor da possibilidade de subcontratação nas concessões.

Segundo a empresa, o contexto histórico da chamada “terceirização” demonstra “a sua relevância para a competitividade e sustentabilidade das empresas, assim como para a geração de empregos”.²

Assim, considerando que a possibilidade de contratação, tal como prevista no Edital, não prejudica a execução do objeto da PPP e, além disso, favorece a competitividade da licitação e gera benefícios sociais, conclui-se que ela atende plenamente aos interesses da coletividade.

2.3. Da ausência de vedação legal à possibilidade de subcontratação prevista no Edital

Conforme exposto, a Impugnante argumenta que a possibilidade de subcontratação, tal como prevista no Edital, viola o artigo 72 da Lei de Licitações e o artigo 25, § 1º, da Lei de Concessões, que vedariam esse arranjo.

Em primeiro lugar, deve-se reconhecer que as regras gerais veiculadas pela Lei de Licitações são aplicadas apenas de forma subsidiária ao Edital da PPP, que deve ser regido, nesse aspecto, pela Lei de Concessões, mais específica.

De qualquer modo, conforme será demonstrado adiante, ambos os diplomas respaldam a possibilidade de subcontratação, tal como prevista no Edital, por admitirem expressamente que a subcontratação poderá envolver os variados aspectos do objeto da PPP.

a) Lei de Licitações

Embora a Lei de Licitações não seja o diploma aplicável ao regramento da subcontratação previsto no Edital da PPP, cumpre demonstrar brevemente que mesmo esse diploma corrobora a opção da Administração Pública no caso concreto.

Conforme exposto, o artigo 72 da Lei de Licitações prevê que o contratado “poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração”.

Como se depreende da interpretação literal do dispositivo, cabe à Administração Pública definir, em cada caso, qual o limite da subcontratação. E, conforme adverte a doutrina, a definição de tal limite deve observar não só a previsão do artigo 72, como também a redação do artigo 78, inciso VI, do mesmo diploma:

“Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...)

VI - a **subcontratação total ou parcial do seu objeto**, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, **não admitidas no edital e no contrato;**” (Grifou-se)

Nas palavras do Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional, Leon Frejda Szklarowsky, “ambos os preceitos entrelaçam-se, intimamente, e não podem ser analisados, isoladamente” – sob pena de comprometer a interpretação do diploma legal.³

Ora, se a Lei de Licitações prevê a subcontratação total do objeto não admitida no edital e no contrato como motivo para a rescisão do contrato, é evidente que, se previamente consentida pela Administração Pública, tal modalidade de subcontratação é admitida. Veja-se a interpretação conferida pelo referido autor:

“Se a contratada, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, pode subcontratar partes, até o limite admitido em cada caso, pela Administração (artigo 72) e o inciso VI do citado artigo 78 cataloga como motivo para rescisão do contrato a subcontratação total ou parcial do seu objeto, não admitida no edital e no contrato, é curial que a subcontratação total é consentida. Do contrário, este inciso não estaria fazendo referência à subcontratação total, visto que a lei não contém palavras inúteis, tendo estas sempre algum significado.”

Tal conclusão de que “a lei realmente não obsta a subcontratação total da execução do contrato” é corroborada, ainda, pela doutrina de Diógenes Gasparini e de Adilson Dallari, ambos citados no referido estudo:

Diógenes Gasparini:

“Observe-se que o Estatuto Federal Licitatório só considera motivo de rescisão contratual a subcontratação, total ou parcial, e a cessão e a transferência, total ou parcial, se não previstas no edital e no contrato. Consignadas no instrumento convocatório, essas operações são válidas, desvinculando-se ou não, em parte ou por completo, o contratado do contratante. Não cabe, assim, falar-se em fraude à licitação, ainda que alguém não selecionado por esse procedimento, acabe por relacionar-se contratualmente com a Administração Pública.”

Adilson Dallari:

“desde que haja prévia aquiescência da Administração, não há por que impedir-se a transferência de contrato realizado com esta (...).”

No caso concreto, como visto, o Edital admite a subcontratação para envolver os variados aspectos do objeto da PPP, acompanhada de uma série de restrições contratuais. Assim, uma vez consentida pela Administração Pública, a possibilidade de subcontratação, tal como prevista no Edital, estaria integralmente respaldada pela Lei de Licitações.

b) Lei de Concessões

Conforme exposto anteriormente, no que se refere à possibilidade de subcontratação, o Edital é regido pela Lei de Concessões, que prevalece sobre a Lei de Licitações por ser mais específica – raciocínio corroborado pela lição da doutrina. 4

Nesse contexto normativo, a Impugnante afirma que o artigo 25, § 1º, da Lei de Concessões seria incompatível com a possibilidade de subcontratação tal como prevista no Edital.

Ocorre que a interpretação literal do dispositivo demonstra que não há qualquer tipo de restrição nesse sentido, uma vez que a contratação de terceiros pode ter por objeto as “atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido”, ou seja, quaisquer atividades podem ser objeto de subcontratação – encerrando-se, nessa seara, a antiga distinção entre atividades-meio e atividades-fim.

No mesmo sentido, veja-se a interpretação conferida por Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao dispositivo legal: 5

“A distinção entre subconcessão e subcontratação é relevante para entender-se por que nesta última se admite a subcontratação de “atividade inerente” ao serviço concedido, ou seja, de atividade que está por sua própria natureza ligada

ao objeto da concessão. É que o fato de ser objeto de subcontratação não significa que o subcontratado vai gerir o serviço com as prerrogativas próprias de uma concessionária ou de uma subconcessionária. Por isso, deve ser afastada a doutrina que rejeita a possibilidade de subcontratação de atividade fim. Não é possível adotar-se interpretação que transforme em letra morta a expressão utilizada no dispositivo legal. Qualquer interpretação que dê à expressão “atividade inerente” o mesmo significado de atividade acessória ou complementar deixa sem aplicação uma prerrogativa outorgada pelo próprio legislador.”

Esse entendimento foi posteriormente aprofundado pelo STF, que declarou a constitucionalidade do art. 25, § 1º, da Lei de Concessões “quanto à terceirização de atividades por empresas concessionárias de serviço público”. 6

Na ocasião, aplicou-se a jurisprudência do Tribunal “no sentido de reconhecer a constitucionalidade do instituto da terceirização em qualquer área da atividade econômica, afastando a incidência do enunciado sumular trabalhista” que restringia a terceirização às chamadas atividades-meio.

Assim, ao contrário do que alega a Impugnante, a Lei de Concessões admite, inclusive com respaldo da interpretação conferida pelo STF, a subcontratação nas concessões de serviços públicos, tal como prevista no Edital da PPP.

A partir da análise de à análise de mérito dos argumentos manejados pela Impugnante, verificou-se que (i) não há “possibilidade irrestrita de subcontratação” no Edital; (ii) a possibilidade de subcontratação, tal como prevista no Edital, atende aos interesses da coletividade; e (iii) os dispositivos legais mencionados pela Impugnante não vedam a possibilidade de subcontratação, tal como prevista no Edital.

Decisão

Pelas razões acima expostas, a Comissão Especial de Licitação sugere que a impugnação apresentada por **SOLUÇÕES SERVIÇOS TERCEIRIZADOS LTDA** seja conhecida posto que tempestiva e, no mérito, que lhe seja NEGADO PROVIMENTO, pelas razões acima expostas.

Presidente

1. Vanessa Conde Carvalho

Membro

2. Luciana Sant'ana Nardi

3. Juliana Maria Mazzeti Silva

4. Robson Maida Profenzano

5. Marcos Paulo Andrade

6. Luíza Caetano de Farias

Secretário

7. Matheus Assaf Cosendey

¹ Segundo o art. 41, §1º, da Lei de Licitações, “qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei (...)”.

² STF. Plenária. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 57/DF. Rel. Min. Edson Fachin, j. 03.10.2019.

³ Subcontratação e cessão de contrato administrativo. Revista do TCU, Brasília, v. 29, n. 76, abr/jun 1998. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/58>. Acesso em 17.11.2022, às 22h.

⁴ “Essa ideia é reforçada pelo fato de que vários dispositivos legais referentes à concessão de serviço público serão aplicados à concessão administrativa. Além de alguns dispositivos da Lei nº 8.987, que se referem ao contrato (arts. 2 1 e 23), aplicam-se à concessão administrativa as normas que tratam da responsabilidade da concessionária perante o poder concedente, os usuários e terceiros (art. 25), da subcontratação (art. 25, §§ 1º a 3º), (...)” DI PIETRO, Maria Sylvia

Zanella. Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. E-book.

5 Limites da terceirização por concessionárias de serviços públicos. Revista Consultor Jurídico (Conjur). 31 de mar. de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-31/interesse-publico-limitesterceirizacao-concessionarias-servicos-publicos>. Acesso em 17.11. 2022, às 22:30

6 STF. Plenária. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 57/DF. Rel. Min. Edson Fachin, j. 03.10.2019.



Marcos Paulo Andrade
Assessor(a) III
Em 21/11/2022, às 12:03.



Luiza Caetano de Farias
Gerente de Projetos
Em 21/11/2022, às 13:59.



Robson Maida Profenzano
Assessor(a) Técnico(a) II
Em 21/11/2022, às 17:32.



Matheus Assaf Cosendey
Analista de Políticas Públicas e Gestão Governamental
Em 21/11/2022, às 17:34.



Luciana Sant'Ana Nardi
Assessor(a) Jurídico
Em 21/11/2022, às 17:48.



Vanessa Conde Carvalho
Coordenador(a)
Em 21/11/2022, às 18:00.



Juliana Maria Mazzeti Silva
Engenheiro(a)
Em 21/11/2022, às 18:08.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **074064658** e o código CRC **7767C694**.
