



NOTA TÉCNICA JURÍDICA SEPAR Nº 14/2024

Porto Alegre, 16 de abril de 2024.

Assunto: IMPUGNAÇÃO - CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 0011/2024 - [REDACTED]
[REDACTED] - CONCESSÃO PATROCINADA PARA EXPLORAÇÃO,
MANUTENÇÃO E EXPANSÃO DOS AEROPORTOS DE PASSO FUNDO E SANTO
ÂNGELO.

À Comissão Permanente de Licitação,

Trata-se de impugnação ao Edital da Concorrência Pública Internacional nº 0011/2024, destinado à seleção da proposta mais vantajosa para a concessão patrocinada para a exploração, manutenção e expansão dos aeroportos de Passo Fundo e Santo Ângelo, apresentada pela empresa [REDACTED].

Segundo a impugnante, o item 4.47.4 do edital, ao permitir a apresentação de Declaração de Compromisso de Contratação de Assistência Técnica com operador aeroportuário, para atender aos requisitos de qualificação técnica previstos nos itens 4.47.1 e 4.47.2 do edital, agride princípios constitucionais e legais que regem as licitações, permitindo a contratação de licitante que não detenha experiência prévia na execução do objeto contratual.

Alega se tratar de uma simples promessa de contratação, que autoriza a “transferência de qualificação técnica da empresa licitante, tida como vencedora para uma terceira empresa que não participou do processo licitatório”, não se prestando para o cumprimento do art. 67, II da lei n. 14.133/21.

Com fulcro nesses fundamentos e por entender haver violação aos artigos 5º e 67, II, da Lei n. 14.133/21, postula seja afastado o item 4.47.4 do edital do certame.

Não prospera a tese da impugnante.

1. DO CONHECIMENTO DA IMPUGNAÇÃO





A impugnação foi apresentada tempestivamente, em 12 de abril de 2024, na forma e prazo previstos no instrumento convocatório (itens 5.44.1), razão pela qual merece ser recebida e conhecida pela Comissão Permanente de Licitação.

2. DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

Conforme descrito no relatório, a impugnante insurge-se quanto ao item 4.47.4 do edital do certame, por entender que a possibilidade de apresentação de compromisso de contratação de operador aeroportuário (assistente técnico) contraria a finalidade primária da licitação, permitindo a contratação de licitante que não atende a requisitos de habilitação técnica.

De início, registra-se que a possibilidade de apresentação de compromisso de contratação de assistente técnico é amplamente praticada no setor aeroportuário, estando prevista em diversas licitações federais e estaduais, conforme se depreende dos seguintes exemplos:

EDITAL DO LEILÃO Nº 01/2020 CONCESSÃO PARA AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO DOS AEROPORTOS INTEGRANTES DOS BLOCOS SUL, CENTRAL E NORTE

“4.42.3. A Proponente que participe isoladamente ou sob a forma de Consórcio que não atenda aos requisitos dos itens 4.42.1 ou 4.42.2 deve apresentar, conforme Modelo constante do Anexo 18 - Modelo de Declaração de Compromisso de Contratação de Assistência Técnica às Operações Aeroportuárias, compromisso de contratação de pessoa jurídica que tenha operado, em pelo menos um dos últimos cinco anos, aeroporto que tenha processado, naquele ano, no mínimo:”

EDITAL DO LEILÃO Nº 01/2022 CONCESSÃO PARA AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPLORAÇÃO DOS AEROPORTOS INTEGRANTES DOS BLOCOS AVIAÇÃO GERAL, NORTE II, SP/MS/PA/MG

“4.42.3. A Proponente que participe isoladamente ou sob a forma de Consórcio que não atenda aos requisitos dos itens 4.42.1 ou 4.42.2 deve apresentar, conforme Modelo constante do Anexo 18 - Modelo de Declaração de Compromisso de Contratação de Assistência Técnica às Operações Aeroportuárias, compromisso de contratação de pessoa jurídica que tenha operado, em pelo menos um dos últimos cinco anos, aeroporto que tenha processado, naquele ano, no mínimo:”





*CONCORRÊNCIA PÚBLICA INTERNACIONAL Nº 021/SGAF/2021 -
CONCESSÃO PARA EXPLORAÇÃO, MANUTENÇÃO E EXPANSÃO DO
AEROPORTO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS*

“4.39.4. A Proponente que participe isoladamente ou sob a forma de Consórcio que não atenda aos requisitos dos itens 4.39.1 e 4.39.2, deve apresentar, conforme Modelo 1, constante do Anexo 3 Modelo de Declaração de Compromisso de Contratação de Assistência Técnica às Operações Aeroportuárias, compromisso de contratação de pessoa jurídica que tenha operado, pelo período mínimo de 12 (doze) meses, aeroporto que tenha processado, naquele ano, no mínimo os quantitativos previstos nos itens 4.39.1 e 4.39.2.”

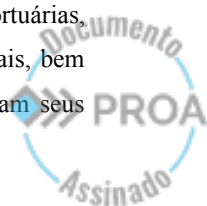
Sinala-se que a apresentação de compromisso de contratação de assistente técnico não suprime a responsabilidade da concessionária pela operação do Aeroporto, tampouco põe em risco a execução contratual. Aliás, conforme estabelece a cláusula 3.1.104 do contrato, constitui dever da concessionária manter em vigor o contrato celebrado com terceiros para assistência técnica às operações aeroportuárias, sendo que a rescisão ou substituição do contrato dependerá de prévia e expressa anuência do Poder Concedente:

3.1.104. manter em vigor o contrato celebrado com terceiros para assistência técnica às operações aeroportuárias, na forma admitida pelo item 4.47.4 do Edital.

3.1.104.1. A rescisão ou substituição do contrato de que trata este item dependerá de prévia e expressa anuência do Poder Concedente, que deverá considerar a qualquer tempo, dentre outros elementos, a manutenção dos requisitos de habilitação e dos certificados operacionais dos Aeroportos, quando aplicável, para deliberar sobre a possibilidade de prosseguimento da concessão sem o referido contrato ou a necessidade de sua substituição por outro de igual natureza.

Diferentemente da tese da impugnante, não há possibilidade, portanto, de transferência da concessão a um terceiro, alheio à licitação, primeiro porque o compromisso assumido por ocasião da apresentação dos documentos de habilitação deverá ser ratificado como condição de assinatura do contrato, apresentando-se o documento comprobatório da contratação de assistente técnico (item 6.2.6 do edital); segundo porque a licitante não poderá rescindir ou substituir o assistente técnico sem prévia e expressa anuência do Poder Concedente.

Vale dizer que tal prática está presente em diversas concessões aeroportuárias, citando-se, a título de exemplo, a 6ª e 7ª rodadas de concessão dos Aeroportos Federais, bem como o projeto de concessão do Aeroporto de São José dos Campos, os quais tiveram seus





contratos assinados, sendo atualmente operados pelas respectivas concessionárias, sem qualquer ressalva ou dificuldade vinculada a possível contratação de Assistência Técnica.

Aliás, tal possibilidade está estritamente relacionada com a ampliação da competitividade do certame.

Recentemente o tema em questão foi objeto de avaliação do Tribunal de Contas da União – TCU, especificamente no âmbito da 6ª rodada dos Aeroportos Federais, tendo o Ilustre Tribunal entendido, por meio do Acórdão n.º 4064/2020 – PLENÁRIO, que a ausência de possibilidade de contratação de Assistência Técnica pode restringir a participação e, por consequência, a competitividade do certame licitatório, é o trecho do Relatório:

“SUMÁRIO: DESESTATIZAÇÃO. 6ª RODADA CONCESSÕES AEROPORTUÁRIAS. BLOCOS SUL, CENTRAL E NORTE. ANÁLISE DOS ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICO, ECONÓMICO-FINANCEIRO E AMBIENTAL (EVTEA) E DA MINUTA DO EDITAL E ANEXOS. ATENDIMENTO DA INTCU 81/2018. RECOMENDAÇÕES.

(...)

5.3.3 Permissão para que as proponentes possam contratar o operador aeroportuário

(...)

110. Essa nova diretriz foi objeto de detida análise no âmbito da Anac (Nota Técnica 23/2020/SRA - SEI 4429553, peça 77), que estudou a experiência de outras agências reguladoras no Brasil e até mesmo deliberação do TCU sobre licitação no setor portuário (Acórdão 1532/2014-TCU-Plenário, Relatora Min. Ana Arraes). Para melhor contrabalançar o conflito entre os princípios envolvidos, a garantia da qualidade do serviço aeroportuário e a promoção da concorrência, a Anac introduziu, no edital, a possibilidade de que a proponente, no caso de não ser operador aeroportuário ou de não contar no quadro societário do consórcio licitante com um, possa formalizar um compromisso de contratação futura com pessoa jurídica que detenha a qualificação técnica exigida e prestará assistência técnica às operações aeroportuárias, nos termos do Anexo 18 da minuta de edital (cláusula 4.42.3, peça 74).

111. O contrato de assistência técnica não foi detalhadamente regulamentado pela Anac, que preferiu resguardar a autonomia das partes. Não obstante, o edital estabelece conteúdo mínimo a ser observado, que inclui as diversas atividades a serem cobertas, declaração de que a concessionária não pode se eximir do cumprimento de suas obrigações contratuais e que continua respondendo com exclusividade perante a Anac pelo cumprimento do contrato (cláusula 4.42.3.4.3). A rescisão ou substituição do contrato de assistência técnica também depende de anuência prévia da Agência (cláusula 3.1.82.1 da minuta de contrato).

(...)

122. Com a pandemia, contudo, foi retirada a exigência da participação de operador aeroportuário no consórcio licitante, com vistas a permitir uma maior competitividade no certame, permitindo que esse operador aeroportuário, com





o mesmo nível de qualificação, seja contratado pela concessionária para prestação de assistência técnica.

123. De fato, existe um trade-off entre privilegiar a qualidade da prestação do serviço, ao se exigir participação de operador aeroportuário no consórcio licitante, e favorecer a concorrência do certame licitatório, ao permitir a contratação desse operador pela futura concessionária.

124. Em termos regulatórios, desde que adequadamente calibradas, as duas opções parecem defensáveis. Ainda que o consórcio controlador não conte com a participação de operador aeroportuário, é interesse primário da concessionária assegurar que a operação aeroportuária irá transcorrer da melhor forma, pois, ao fim e ao cabo, problemas na operação certamente irão comprometer a atratividade e a capacidade de geração de receita do aeroporto.

125. Existe, nesse aspecto, uma convergência de interesses entre a boa operação aeroportuária e a rentabilidade do aeroporto. É razoável supor, portanto, que a concessionária, ainda que não conte com um operador aeroportuário no seu quadro societário, irá se empenhar para garantir uma boa operação do aeroporto.

126. Ademais, a experiência adquirida pela Anac ao longo de quase dez anos de concessões aeroportuárias, durante o qual se observou um contínuo crescimento da qualidade dos serviços aeroportuários, especialmente dos concedidos, como demonstram as pesquisas de satisfação dos passageiros conduzidas pela SAC, minimiza o potencial risco de perda de qualidade na prestação dos serviços.

127. No momento atual, no qual os operadores aeroportuários tiveram suas receitas seriamente afetadas pela pandemia, seria muito provável que a manutenção da exigência de participação de operador no consórcio licitante viesse a restringir a participação e a competitividade do leilão. Desse modo, considera-se devidamente justificada a nova diretriz de política pública adotada para a 6ª rodada, que permite a contratação de operador aeroportuário pela futura concessionária.” (Grifo nosso)

Assim, tem-se que o próprio TCU reconhece que a adoção do modelo aplicado para os Aeroportos de Passo Fundo e Santo Ângelo, qual seja, a possibilidade de eventual contratação de Assistência Técnica, não afronta qualquer disposição legal, mas sim, corrobora com as exigências legais de competitividade.

Isso porque, ao permitir que o operador aeroportuário seja apresentado como um contratado qualificado, com uma relação vinculante, o edital permite que investidores institucionais, como fundos de investimento e entidades de previdência, possam participar do certame sem necessariamente ter que ser sócios de um operador, o que amplia bastante a base de composição de consórcios, garantindo-se a segurança ao Poder Concedente, uma vez que a existência de um operador aeroportuário é requisito obrigatório.





Em continuidade, imperioso destacar que o procedimento licitatório tem, a bem da verdade, como princípio basilar, a ampla competitividade do certame, senão vejamos o que disciplina a Lei Federal n.º 14.133/2021:

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:
a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;
(...)

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto.

Na mesma linha, o art. 37, XXI da Constituição Federal, determina que as exigências de qualificações técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para garantia do cumprimento das obrigações.

Assim, da simples leitura do texto legal anteriormente transcrito, aplicável ao certame licitatório em comento, é possível avaliar que o princípio da competitividade determina que uma das finalidades da licitação é, justamente, o alcance da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, sendo necessário, para tanto, que seja promovida a ampla competitividade do certame, tal e qual garantido por meio da previsão disposta no item 4.47.4 do Edital da Concorrência.

Ratifica-se, novamente, que este é também o entendimento do TCU, que por meio de suas Deliberações¹, em diversas oportunidades, destaca ser a competitividade o objetivo principal da licitação, veja-se:

“A licitação não deve perder seu objetivo principal, que é obter a proposta mais vantajosa à Administração, mediante ampla competitividade, a teor do art. 3º, caput, da Lei 8.666/1993. Acórdão 1734/2009 Plenário (Sumário)

Observe rigorosamente as disposições contidas no art. 37, caput, da Constituição Federal de 1988 c/c o art. 3º da Lei nº 8.666/1993, obedecendo aos princípios constitucionais da publicidade, da igualdade, da isonomia e da impessoalidade, de modo a impedir restrições à competitividade. Acórdão 819/2005 Plenário” (Grifo nosso)

¹[1//efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1](https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24D6E86A4014D72AC81CA540A&inline=1) <Acesso em 13 de abril de 2024>





Corroborando com o entendimento supra, o Professor Alexandre Mazza² de igual forma entende que a competitividade é um princípio basilar da licitação, sendo infundado o impedimento de participação sem justo motivo:

*“A realização do procedimento licitatório, nos termos do que dispõe a redação original da Lei n. 8.666/93 (art. 3º), sempre serviu a duas finalidades fundamentais: 1) **buscar a melhor proposta, estimulando a competitividade entre os potenciais contratados, a fim de atingir o negócio mais vantajoso para a Administração**; 2) oferecer iguais condições a todos que queiram contratar com a Administração, promovendo, em nome da isonomia, a possibilidade de participação no certame licitatório de quaisquer interessados que preencham as condições previamente fixadas no instrumento convocatório. (...)*

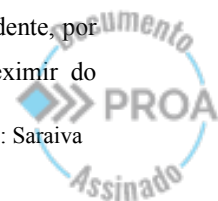
*e) promovendo uma competição: com a isonomia, a competitividade, visando obter proposta vantajosa, é princípio básico da licitação. **Por tal razão, só pode ser exigido dos licitantes o preenchimento de condições estritamente vinculadas ao objeto a ser contratado, sob pena de reduzir a quantidade de participantes.** Em última análise, a licitação é uma disputa entre os interessados em contratar com o Estado. A finalidade da competição é promover uma disputa justa entre os interessados para celebrar contrato econômico, satisfatório e seguro para a Administração;” (Grifo nosso)*

Nesses termos, tem-se que a interpretação da legislação, realizada pela Impugnante, não reflete o real entendimento dos Tribunais, tampouco da doutrina, que enxergam de modo positivo a possibilidade de previsão de contratação de Assistência Técnica, em vista de, como ratificado em diversas oportunidades, promover a ampla competitividade do certame e, conseqüentemente, acarretar a contratação mais vantajosa à Administração Pública.

Ou seja, a bem da verdade, se atendida a solicitação da Impugnante, qual seja, a retirada do item 4.47.4, com a exclusão da possibilidade de contratação da Assistência Técnica, esta acarretaria a inobservância do princípio da competitividade, com a conseqüente restrição do certame, o que poderia ensejar, inclusive, a nulidade da licitação.

Ademais, nem se queira dizer, tal como pontuado pela Impugnante, que há, com a adoção da contratação de Assistência Técnica, a transferência de responsabilidade, visto que o próprio Edital da Concorrência dispõe, nos itens 4.47.4.6 e 4.47.4.7 e no modelo 1 (modelo de Declaração de Compromisso de Contratação de Assistência Técnica às Operações Aeroportuárias), que a Concessionária responderá com exclusividade ao Poder Concedente, por toda a operação do Aeroporto, bem como que a Concessionária não poderá se eximir do

² Mazza, Alexandre. Manual de direito administrativo / Alexandre Mazza. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.





cumprimento, total ou parcial, das obrigações decorrentes do Contrato de Concessão, ou justificar qualquer atraso ou irregularidade na execução de seu objeto, em razão da eventual contratação da Assistência Técnica.

Da mesma forma é o entendimento do TCU, no Acórdão já referenciado e transcrito na presente, que destaca a responsabilidade exclusiva da Concessionária perante o Poder Concedente.

Não é despendendo lembrar, por fim, que a minuta do Edital contemplando a hipótese de comprovação da habilitação técnico-operacional por intermédio de apresentação de Carta de Compromisso com a pessoa jurídica que detém a qualificação exigida no certame foi objeto de anuência pela Secretaria Nacional da Aviação Civil – SAC, que fez publicar no DOU de 6 de dezembro de 2023 a Portaria N° 542, de 5 de dezembro de 2023, assim como passou incólume pela análise da Procuradoria-Geral do Estado ao apreciar as minutas de Edital e Contrato quando exarou o Parecer n° 20.493/2024 e, ainda, também não mereceu qualquer objeção pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul ao examinar os documentos editalícios por força da Resolução N° 1.157/2022, expedindo a Informação N° 37/2023 SAE-I.

Portanto, considerando a inexistência dos supostos vícios de legalidade mencionados pela Impugnante, haja vista que os comandos previstos na Lei Federal n.º 14.133/2021 foram considerados no Edital em referência, não se vislumbra a necessidade de alteração do instrumento convocatório.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, sugerimos o conhecimento da impugnação apresentada pela [REDACTED], no mérito, o indeferimento integral do pedido, mantendo-se inalterados os documentos licitatórios referentes à Concorrência Pública Internacional n. 0011/2024.

Assim, submetemos à deliberação dessa Comissão Permanente de Licitações.

Daniele A. de G. Fernandez
Analista Jurídica - SEPAR

Maria Victória Guarienti Pinto
Analista Jurídica - SEPAR





GOVERNO DO ESTADO
RIO GRANDE DO SUL

Carlos Eduardo da Silveira
Coordenador da Assessoria Jurídica - SEPAR

Cesar Kasper de Marsillac,
Procurador do Estado – Coordenador Setorial Secretaria de Parcerias e Concessões





2004000007089

Nome do documento: NTJ 14-2024 - Analise impugnacao aeroportos RDL.DOCX

Documento assinado por	Órgão/Grupo/Matrícula	Data
Carlos Eduardo da Silveira	SEPAR / AJ / 4681622	16/04/2024 10:16:00
MARIA VICTÓRIA GUARIENTI PINTO	SEPAR / AJ / 48162931	16/04/2024 10:21:25
Daniele Afonso de Garcia Fernandez	SEPAR / AJ / 4924150	16/04/2024 10:22:37
César Kasper de Marsillac	SEPAR / AJ / 237082401	16/04/2024 10:40:01

