



BÚZIOSPREV

Fundo de Previdência dos Servidores Municipais de Armação dos Búzios

PARECER

Processo nº 114/2020

PROC. BUZIOSPREV 114/20
RUBRICA  FLS. 31

Ilmo. Sr. Gestor:

Trata-se de solicitação de parecer acerca de contratação de serviço de fornecimento de água potável encanada através da concessionária Prolagos S/A, para atender a demanda de trabalho do Fundo de Previdência (BUZIOSPREV).

Saliente-se que não foi anexado aos autos proposta de preço para prestação de serviço, uma vez que não há concorrência para prestação de serviço de outra concessionária na região.

Destaque-se a empresa objeto da presente demanda possui a concessão por um período exploratório de 25(vinte e cinco) anos.

Sucinto Relatório.

FUNDAMENTAÇÃO:

A licitação é o procedimento administrativo o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para contrato de obra, serviço, compra, alienação, concessão, permissão e locação.

Contudo, em determinadas situações a licitação formal se mostra inviável ou frustra o próprio interesse público e para tanto em caráter de excepcionalidade a possibilidade de determinadas contratações que dispensam o processo licitatório.

Inicialmente, os processos de contratação de serviço por concessionária ou empresa pública onde existe o monopólio da prestação, como acontece com o fornecimento de energia elétrica e abastecimento de água e esgoto, por exemplo, não há que se falar em contratação pelo menor preço, pois não existe a menor possibilidade de alternativa à contratação com o fornecedor que se apresenta, logo o contrato de adesão ou fornecimento onde a Administração Pública figure como usuária de serviço público, entendemos não se tratar da exigência de elaboração de Projeto Básico ou Termo de Referência, mas sim, que seja instruído de forma que contenha um mínimo de especificações necessárias que definam o objeto de forma precisa, suficiente e clara.


Trajano D. Oliveira
Assessor Jurídico
BúziosPrev
Port. 096/2019



BÚZIOSPREV

Fundo de Previdência dos Servidores Municipais de Armação dos Búzios

RG. BÚZIOSPREV 114/20
LIBRICA Búzios
FLS. 32

Cumpre mencionar, que é vasto o entendimento doutrinário, sendo pacífica a posição jurisprudencial acerca do tema que então se busca justificar. Nessa seara, o art. 37, XXI, CF que norteia a forma como a Administração Pública contratará com a concessionária, já deduz que em algumas situações haverá ressalva e tratamento diferenciado, a seguir mostrado:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

No tocante a contratação de fornecimento de água com concessionária para atender este Fundo previdenciário, verifica-se a possibilidade legal com base em fundamentação prevista no inciso XXI, do artigo 37 da CF/88, regulamentada pela Lei nº 8.666/93, que institui normas para as licitações e contratos, e ao mesmo tempo estabeleceu exceção em seus artigos 17, 24 e 25, ao fixar os casos de dispensa e exemplificar casos de inexigibilidade de licitação.

Sendo assim, o legislador Constituinte admitiu a possibilidade de existirem casos em que a licitação poderá deixar de ser realizada, autorizando a Administração Pública a celebrar, de forma discricionária, contratações diretas sem a concretização de certame licitatório, ex vi do art. 25, caput, in verbis:

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial: I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou



BÚZIOSPREV

Fundo de Previdência dos Servidores Municipais de Armação dos Búzios

ROC. BÚZIOSPREV 114/20
LIBRICA FLS. 33

empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Considerando que se trata de serviço essencial e continuado à Administração Pública, sendo inviável sua interrupção, exceto quando for constatada deficiência técnica ou de segurança na unidade consumidora que caracterize risco iminente de danos a pessoas, bens ou ao funcionamento do sistema de fornecimento de água.

A Lei nº 8.666/93 deu contornos distintos aos contratos em que a Administração Pública é contratante e em que é mera usuária de serviço público. Nessa hipótese, as regras pertinentes são ditadas pelo concessionário, permissionário, sem sujeição a algumas regras da Lei referida.

É nesse sentido o comando do art. 62, § 3º, da Lei nº 8.666, de 1993, in verbis:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

(...)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - Aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por normas de direito privado;

II - Aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público. (grifo nosso).

Conclui-se que o objeto do evento em questão, que se trata de serviço essencial, à luz da legislação vigente, já que é uma necessidade contínua a obtenção de água pela Administração, mas não um serviço, que pressupõe, evidentemente, uma prestação de fazer e não de dar, assim torna inexigível a licitação e submetendo a Administração nos termos deste, as condições específicas do contrato.

Nos termos do art. 26, da Lei nº 8.666, em seu parágrafo único, exige que os processos de inexigibilidade de licitação sejam instruídos, no que



BÚZIOSPREV

Fundo de Previdência dos Servidores Municipais de Armação dos Búzios

ROC BÚZIOSPREV 114/20
UBRICA FLS. 34

couber, com a razão da escolha do fornecedor ou executante (inciso II) e com a justificativa do preço (inciso III).

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2o e 4o do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005).

Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

II - razão da escolha do fornecedor ou executante;

III - justificativa do preço.

IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998).

No que respeita ao primeiro requisito (inciso II), qual seja, a escolha do fornecedor – Prolagos S/A, salvo melhor juízo, trata-se de fornecedor exclusivo, onde não haveria outra alternativa.

Para cumprimento do segundo requisito (inciso III), isto é, a justificativa de preços, entendemos também despidendo qualquer tentativa no sentido da comprovação da sua compatibilidade com os de mercado na medida em que se trata, do mesmo modo, de tarifas preestabelecidas que são cobradas de todos os usuários dos serviços.

Nesse sentido, confira-se a redação da Orientação Normativa AGU nº 17/2009:

A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos.

Por fim, vale registrar que haverá necessidade de ratificação do ato e publicação do seu extrato na imprensa oficial, por se tratar de rito especial e de urgente conclusão, e principalmente por não se enquadrar nas exigências do art. 26, caput, da Lei nº 8.666/93, sendo suficiente o processamento comum com publicação definida pelo art. 16 do mesmo diploma legal.



BÚZIOSPREV

Fundo de Previdência dos Servidores Municipais de Armação dos Búzios

PROC. BÚZIOSPREV 114/20
RUBRICA FLS. 35

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)

CONCLUSÃO:

Dessa forma, considerando a fundamentação apresentada e a disponibilidade orçamentária, é perfeitamente possível a contratação direta por inexigibilidade de licitação da Prolagos S/A, através de Contrato de Adesão/Fornecimento.

Reiterando, que o objeto do evento em questão se trata de serviço essencial, à luz da legislação vigente, e uma necessidade contínua da Administração a obtenção de água para atender as repartições públicas.

É o Parecer.

Armação dos Búzios, 08 de janeiro de 2021.

Felipe Trajano D. de Oliveira
Assessor Jurídico

Felipe Trajano D. Oliveira
Assessor Jurídico
09/06/2019 - BuziosPrev