

Carta Circular 005/2016 – CEL

Vitória, 11 de novembro de 2016.

O PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN, no uso das atribuições que lhe são conferidas, torna público, para conhecimento dos interessados, o recebimento de IMPUGNAÇÃO aos termos do Edital n.º 01/2016, que tem por objeto a contratação de Parceria Público-Privada - PPP, na modalidade de Concessão Administrativa, destinada à ampliação, manutenção e operação do sistema de esgotamento sanitário do município de Vila Velha e prestação de serviços de apoio à gestão comercial da CESAN no município.

A impugnação é conhecida por ter sido apresentada tempestivamente e em observância aos requisitos do edital.

1. DAS RAZÕES DA IMPUGNANTE

A petionária insurge-se contra as exigências de qualificação técnica previstas nos itens 15.2. e 15.3 do Edital, abaixo transcritos:

15.2. Atestado(s) emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove que o Proponente tenha realizado empreendimento de grande porte em infraestrutura no qual tenha sido necessário investimento de pelo menos R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de Reais), provenientes de capital próprio ou de terceiros. São considerados empreendimentos de grande porte, dentre outros, sistema de água ou esgoto, usinas hidrelétricas, portos, aeroportos, ferrovias ou rodovias.



15.3. Atestado(s) emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, que comprove que o Proponente tenha realizado empreendimento em que tenha captado R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de Reais) para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, por meio de financiamentos de longo prazo (assim compreendidos os financiamentos com prazo de vencimento superior a cinco anos).

Alega a Impugnante que a exigência de experiência anterior em projetos de infraestrutura em que tenha sido necessário o investimento de, ao menos, 150 milhões de Reais, afronta o quanto exposto no art. 30, inc. II, da Lei federal n.º 8.666/93, que limita a documentação relativa à qualificação técnica à comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;

IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso. (...)

Aduz ainda a Impugnante que o valor se mostraria excessivo e que uma empresa que tivesse realizado investimentos da ordem de 50, 75, ou 100 milhões de Reais possuiria a mesma capacidade para realização dos

investimentos previstos no objeto do Edital, sem trazer qualquer justificativa para tal afirmação.

Afirma, ainda, que a exigência encerrada no item 15.3, de que o licitante comprove experiência na captação de recursos na ordem de 75 milhões de Reais seria também ilegal, porquanto o rol do art. 30, acima, seria taxativo e, ainda, porque o quantitativo seria excessivo.

Por fim, conclui o Impugnante, com base em seus argumentos acima sumariamente expostos, que as exigências constantes do item 15.2 e 15.3 do Edital seriam desarrazoadas, desproporcionais e que frustrariam o caráter competitivo do Certame.

2. DA ANÁLISE DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

Primeiramente, deve-se esclarecer que a Administração, em seus procedimentos licitatórios, deve sempre atuar da forma mais segura possível, sendo-lhe facultado definir requisitos de habilitação técnica condizentes com o objeto licitado, suficientes para assegurar que o licitante seja efetivamente capaz de cumprir o objeto licitado.

Neste sentido, poderá o órgão licitante estabelecer a necessidade de que as empresas comprovem sua capacidade técnica, notadamente sua experiência pregressa como indicativo de competência para executar o contrato.

O permissivo legal para tanto, como bem pontuado pela própria Impugnante, é conferido pelo art. 30, da Lei de licitações, especialmente pelo seu inciso II.

A este respeito, ademais, os Tribunais pátrios, dentre os quais destacamos o precedente abaixo do E. Superior Tribunal de Justiça, já sedimentaram a validade em se exigir atestados de qualificação técnica nos certames promovidos pelos órgãos da Administração:

(Assinatura)

“DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SERVIÇOS DE ENGENHARIA DE GRANDE PORTE. EDITAL. REQUISITOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA. COMPROVAÇÃO DE EXPERIÊNCIA ANTERIOR. POSSIBILIDADE.

1. As exigências tendentes a comprovar a capacitação técnica do interessado em contratar com o ente público devem ser concebidas dentro das nuances e particularidades que caracterizam o contrato a ser formalizado, sendo apenas de rigor que estejam pautadas nos princípios que norteiam o interesse público.

2. Em se tratando de licitação de serviços de engenharia de grande porte, não há por que cogitar de legalidade da norma editalícia que exige a comprovação de experiência anterior em obra similar à licitada, porquanto concebida com propósito de permitir à Administração Pública avaliar a capacidade técnica dos interessados em com ela contratar nos exatos termos do que prescreve a primeira parte do inciso II do art. 30 da Lei n. 8.666/93: "comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação (...)"

3. Há situações em que as exigências de experiência anterior com a fixação de quantitativos mínimos são plenamente razoáveis e justificáveis, porquanto traduzem modo de aferir se as empresas licitantes preenchem, além dos pressupostos operacionais propriamente ditos – vinculados ao aparelhamento e pessoal em número adequado e suficiente à realização da obra –, requisitos não menos importantes, de ordem imaterial, relacionados com a organização e logística empresarial.

4. A ampliação do universo de participantes não pode ser implementada indiscriminadamente de modo a comprometer a segurança dos contratos, o que pode gerar graves prejuízos para o Poder Público.

5. Recurso especial não-provido.

(Superior Tribunal de Justiça, REsp.295.806, 2ª Turma, Rel. Min. João Otávio Noronha., DJ 06.03.2005. No mesmo sentido: REsp n.º 361.736/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Neto, DJ 31.03.2003.)

Resta demonstrada, portanto, a plena legalidade e possibilidade de exigência de habilitação técnica no caso em tela.

Quanto à pertinência da exigência e compatibilidade dos valores mínimos estabelecidos nos itens 15.2 e 15.3 do Edital, ambos questionados pela Impugnante em sua exordial, pode-se verificar, igualmente, que as características e quantitativos estabelecidos encontram-se condizentes com o objeto do edital e com a posição jurisprudencial dominante sobre o tema.

A experiência de realização de um empreendimento no valor de R\$ 150 milhões é compatível com o projeto que prevê investimentos da ordem de R\$ 407 milhões. A experiência na captação de recursos no montante de R\$ 75 milhões também é compatível com o projeto, cujo volume de financiamento estimado é da ordem de R\$ 224 milhões.

Com relação à pertinência das exigências quanto ao objeto licitado, deve-se ter em mente que, para a execução de contratos de concessão, o Concessionário possui o dever de realizar pesados investimentos para que a prestação dos serviços possa ser iniciada. No caso da concessão de Vila Velha não será diferente. A maior parte dos investimentos deverá ser realizada na primeira década da concessão, o que exigirá do Concessionário a captação e a gestão dos recursos necessários para tanto.

Assim é que, a capacidade e experiência dos licitantes em captar e organizar recursos se transforma em uma experiência relevante para que o contrato de concessão efetivamente tenha sucesso. Analisando desta forma, fica mais
* claro entender porque as exigências postas possuem inegável característica
* técnica-operacional.

Ademais, as Parcerias Público -Privadas, consignadas na Lei Federal n.º 11.079/04, tem dentre seus preceitos mais fundamentais o de transferir, a um

Parceiro Privado, a responsabilidade pela obtenção de financiamento para execução dos encargos .

Ademais, também corroborando a relevância da questão do financiamento em PPPs, nossa legislação federal de Parcerias contempla mecanismos que, visivelmente, destinam -se a viabilizar a obtenção do financiamento para execução do Projeto, bem como a adoção do modelo de *Project Finance* (espécie de financiamento em que as obrigações assumidas são honradas pelo próprio fluxo de caixa do projeto). Exemplos destes mecanismos: exigência de constituição de Sociedade de Propósito Específico (art. 9.º da Lei Federal de PPPs), como forma de isolar o projeto de riscos associados a outras atividades dos acionistas do Parceiro Privado; alocação objetiva de riscos (art.4.0 , VI); e, ainda, a exigência de constituição de garantias mútuas dos Parceiros Público e Privado, também contribuindo para a obtenção do financiamento.

Deste modo, evidente a relevância da demonstração, em licitação para contratação de PPP, de experiência pretérita na obtenção de financiamento de longo prazo. Trata-se de aspecto crucial para a consecução do objeto pretendido pela Administração, e ao qual o legislador atribuiu máxima relevância, merecendo, assim, a exigência de atestação ora inserida no instrumento convocatório.

Vale ainda informar que este critério de habilitação vem sendo utilizado com frequência em grandes licitações, inclusive na licitação da PPP de Serra, tendo sido aceito sem maiores óbices pelos órgãos de controle estaduais, dentre os quais o TCE/ES (ACÓRDÃO TC-620/2015 – PLENÁRIO).

Ainda, com relação à exigência de quantitativos mínimos, refutada pela Impugnante como desproporcional, é reconhecida pelas Cortes como opção regular nos processos licitatórios no que toca à habilitação técnico-operacional.

Carus

Vale destacar, nesse sentido, que o TCU afirmou a coerência de quantitativos mínimos da ordem de 50% em relação ao objeto licitado, permitindo quantitativos maiores desde que justificado por parecer técnico:

“[...]a) de fato, a Lei de Licitações e Contratos não traz expressamente quais os percentuais de exigência que devem ser adotados. É a jurisprudência deste TCU que tem evoluído no sentido de considerar elevados percentuais acima de 50% (Acórdãos 1.284/2003-TCU-Plenário e 2.088/2004-TCU-Plenário, Decisão 1.640/2002-Plenário). Neste último, o Tribunal considerou irregular a exigência em torno de 60% dos quantitativos a executar, valor bem inferior aos percentuais questionados neste processo (76,82%; 77,34%; 78,58%; 76,66%; 74,34%; 76,10%; 78,27%);

b) o próprio histórico da Lei nº 8.666/93 vai ao encontro dos argumentos acima. O projeto da Lei de Licitações previa originalmente, em relação à capacitação técnico-operacional, que se exigisse comprovação de o licitante ter executado “quantitativos mínimos não superiores a 50% (cinquenta por cento) daqueles previstos na mensuração [...]”. Este normativo foi vetado por se considerar que permitir uma exigência de até 50% poderia afastar diversos concorrentes;

c) podem ser admitidas exigências acima de 50%, desde que expressamente justificadas. Tais justificativas não foram apresentadas. Os responsáveis se limitaram a declarar que é subjetivo afirmar que uma exigência de 75% do que se pretende executar seja restritiva[...]”⁵

Novamente o TCU, em sua publicação “Licitações & Contratos: orientações e jurisprudência do TCU”⁶, consagra possibilidade da exigência de quantitativos mínimos.

De modo semelhante dispõe o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais:

Alega a representante que o item 6.3 do edital, ao exigir quantitativos mínimos para os atestados de capacidade operacional, fere o art. 30, § 1º, I, e § 5º da Lei 8.666/93. Entretanto, o TCU há muito admite atribuição de quantitativos mínimos, desde que razoáveis e

proporcionais, nos atestados técnicos de capacidade operativa, a exemplo do seguinte julgado, Acórdão 1618/2002 – Plenário, afirmando: Importante esclarecer que, muito embora os atestados exigidos tratem de valores, estes valores não possuem por finalidade a comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes. Em verdade, tratam-se de exigências de capacidade técnico-operacionais, pois demandam que os licitantes tenham experiência na organização de recursos econômicos curtos espaços de tempo, bem como na gestão de tais recursos de forma a propiciar o adequado retorno do investimento realizado.

(...) podem ser estabelecidos quantitativos mínimos nos atestados de capacidade técnico-operacional, entretanto, em cada caso concreto, deverá ser verificado se as exigências estabelecidas são pertinentes e necessárias para que a administração tenha as garantias necessárias que aquela empresa possui as condições técnicas para a boa execução dos serviços. Processo nº 735923 – REPRESENTAÇÃO (Em apenso: Processo nº 736111 – Representação)

Assim, vê-se que a jurisprudência dominante estipula os quantitativos razoáveis para habilitação em torno de 50% do objeto a ser licitado. O edital ora Impugnado segue tal diretriz, ou seja, não são exigidos quantitativos superiores a 50% do objeto licitado.


Deve-se ainda ressaltar que, mesmo com quantitativos inferiores aos parâmetros estabelecidos pelos Tribunais de Contas, o Edital permite ainda o somatório de atestados, tanto para fins de comprovação da exigência exigida no item 15.2, como também no que tange aos quantitativos dispostos no item 15.3.

Não há que se falar, portanto, em ilegalidade das exigências, porquanto coadunadas com o art. 30, da Lei Federal n.º 8.666/93, nem tampouco em excessividade ou desproporcionalidade das exigências Impugnadas, que são condizentes com o objeto a ser executado e em valores razoáveis e alinhados com as diretrizes dos tribunais de contas pátrios.

3. CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, esta Comissão Especial de Licitação conhece do pedido de impugnação e decide por sua improcedência e manutenção integral manutenção dos termos dos subitens 15.2 e 15.3 do Edital.

Atenciosamente


Ana Cristina Munhos de Souza
Presidente da Comissão Especial de Licitação.