



RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO

PROCESSO: 50840.000061/2013

OBJETO: Contratação de Escritório de Advocacia especializado em Direito Empresarial - com ênfase em Direito Societário, Tributário e Administrativo para prestação de serviços de assessoria jurídica à Empresa de Planejamento e Logística S.A - EPL na estruturação, negociação e elaboração dos instrumentos jurídicos necessários para viabilizar o seu ingresso na Sociedade de Propósito Específico - SPE, bem como na adoção das demais providências necessárias para que a EPL concretize sua participação na concessionária responsável pela operação do Trem de Alta Velocidade (TAV), nos termos do Edital de Concessão da ANTT nº 001/2012 e seus anexos.

REFERÊNCIA: EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA 001/2013 - TÉCNICA E PREÇO

FEITO: IMPUGNAÇÃO A ITENS EDITALÍCIOS

IMPUGNANTE: MARTINELLI ADVOCACIA EMPRESARIAL

01. Trata-se de **IMPUGNAÇÃO** interposta pelo escritório **MARTINELLI ADVOCACIA EMPRESARIAL**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 01.650.515/001-08, com sede na Rua Coronel Santiago, nº 177, 1º andar, Anita Garibaldi, CEP 89203-560, Joinville, Santa Catarina, por intermédio de seu representante legal, com fundamento no art. 41, §1º, da Lei Federal nº 8.666/93.

I - Das Preliminares

02. A Impugnação Administrativa foi interposta tempestivamente pelo escritório qualificado na peça exordial, doravante denominado **IMPUGNANTE**, em desfavor dos termos do EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA N.º 001/2013 - TÉCNICA E PREÇO, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos:

II - Das Alegações do IMPUGNANTE

03. Em linhas gerais, o **IMPUGNANTE** questiona a legalidade dos itens **13.3**, **13.4.1** e **13.4.4**, do Edital de Concorrência n.º 001/2013 à luz dos art. 3º, § 1º, I e art. 30, § 5º da Lei Federal n.º 8.666/93, sendo que:

- a) Com relação ao item **13.3**, o **IMPUGNANTE** requer que o item seja alterado a fim de que, para a pontuação nos quesitos de experiência profissional, seja admitida comprovação de assessoria jurídica na estruturação, negociação e elaboração dos instrumentos jurídicos para ingresso da Administração Pública **ou** de empresas privadas em Sociedade de Propósito Específico - SPE e ainda que, tal item seja alterado para pontuação nos quesitos de experiência profissional, independentemente se concessionária de serviços públicos ou não;
- b) Com relação ao item **13.4.1**, o **IMPUGNANTE** requer que o item seja alterado a fim de que a formação acadêmica dos profissionais indicados a compor a equipe técnica represente apenas 10% da pontuação máxima prevista do certame;
- c) Com relação ao item **13.4.4**, o **IMPUGNANTE** requer a exclusão de critério de pontuação mínima equivalente a 67,5 pontos.

III - Da Análise da Impugnação

i) Dos critérios de pontuação da experiência profissional dos escritórios (Item 13.3 do Edital):

04. O **IMPUGNANTE** sustenta que o Item **13.3** do Edital de Licitação seria ilegal por violação aos arts. 3º, §1º, I c/c art. 30, § 5º da Lei nº 8.666/93 na medida em que **(a)** as comprovações de ordem técnica exigidas dos escritórios de advocacia restringiriam a competitividade do certame, frustrando a participação de interessados que possuem condições de executar o objeto; **(b)** a comprovação de experiência dos escritórios licitantes na estruturação, negociação e elaboração dos instrumentos jurídicos para viabilizar a constituição de uma SPE, independentemente se para o ingresso da Administração Pública ou de entes privados, já seria suficiente para comprovar a expertise daqueles para executar os serviços que estão sendo licitados; **(c)** a exigência da comprovação de experiência na estruturação, negociação e elaboração de instrumentos jurídicos para viabilizar a formação de SPE concessionária de serviços públicos é equivocada pois é indiferente para a Administração Pública se se trata de prestadora de serviços públicos ou privados; e **(d)** seria vedada pelo art. 30, § 5º, da Lei de Licitações a exigência de da comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas na Lei n.º 8.666/93 que inibam a participação na licitação.

05. A **IMPUGNAÇÃO** apresentada, contudo, não merece prosperar posto que **(a)** referido item não prevê qualquer tipo de exigência ilegal ou desarrazoada, que restrinja o caráter competitivo do Edital de Concorrência n.º 001/2013; e **(b)** não é indiferente para a Administração Pública que os licitantes tenham experiência em serviços equivalentes aos serviços objeto da contratação.

06. Acerca do tema, em primeiro lugar, cumpre salientar que a previsão da comprovação da participação nas operações descritas no Item 13.3. do Edital **não constitui exigência da apresentação de documentos para fins de**

“qualificação técnica”, inserida na fase de “habilitação das licitantes”, mas da comprovação de experiência para fins de “pontuação das propostas técnicas”, não tendo o condão de eliminar os licitantes que não atenderem ao referido item mas apenas e tão somente de promoverem a classificação das suas respectivas pontuações técnicas, com base em critérios objetivos.

07. Nesse sentido, não há de se falar em qualquer tipo de violação ao art. 30, § 5º da Lei n.º 8.666/93 porque o referido artigo **simplesmente não se aplica no presente caso**, restando a matéria integralmente disciplinada pelo art. 46, § 1º e 2º da referida Lei.

08. O entendimento acima, inclusive, é pacífico no Tribunal de Contas da União, conforme se extrai, dentre inúmeros outros, do julgado abaixo:

“22. O representante considera a ilegalidade do fator de permanência previsto no edital para a pontuação da equipe técnica da proponente. Argumenta, com base no art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/1993, que são vedadas exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos. Acrescenta que o § 5º do mesmo artigo veda a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitação de tempo ou de época. Afirma que o critério restringe a competição.

22.1 O fator de permanência está definido no Anexo II do edital - item Critérios de Julgamento da Proposta, e é um número a ser multiplicado à pontuação das propostas no quesito capacidade técnica da equipe. Esse número será 1,0 nos casos em que os profissionais estejam vinculados há mais de um ano à empresa e será 0,80 nos demais casos. Esse procedimento reduz a pontuação de empresas cujos profissionais não sejam de seus quadros permanentes no momento da licitação ou o sejam há pouco tempo. Assim, ficam valorizadas empresas que tenham quadros profissionais mais estáveis.

23. Analisando os argumentos do representante, observa-se, inicialmente, que o disposto no art. 30 da Lei nº 8.666/1993, que veda exigências referentes a tempo ou prazos, é aplicável aos procedimentos e regras para a qualificação técnica dos licitantes, e não à pontuação de propostas técnicas. Ou seja, a aplicação do fator de permanência na pontuação não é cláusula restritiva à participação no certame.”
(grifamos e negritamos)

(TCU, Acórdão n.º 1288/2011, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 26/05/2011)

09. Note-se que, o Edital de Concorrência n.º 001/2013 **não prevê - em momento algum - a exclusão dos licitantes que não apresentarem a comprovação prevista nos dois primeiros tópicos do Item 13.3.** mas apenas e tão somente - de forma totalmente compatível com a licitação - **a gradação da pontuação técnica com base na similaridade da experiência solicitada com o objeto da licitação.** Desse modo não se vislumbra qualquer tipo de restrição ao caráter competitivo do certame e/ou a previsão de exigência desarrazoada, violadora da isonomia entre os licitantes.

10. Em segundo lugar, cumpre relembrar que o Item 13.3. do Edital - que estabelece os critérios de pontuação da experiência profissional da sociedade de advogados - **em momento algum limita a atribuição de pontuação aos dois quesitos acima apontados (formação de SPE por entidade pública e ingresso no capital de concessionária),** prevendo - de forma clara e inequívoca - que **TAMBÉM SERÃO PONTUADAS** experiências nas áreas de (a) assessoria jurídica prestada na estruturação, negociação e elaboração dos instrumentos jurídicos para viabilizar a formação de Sociedade Anônima S.A - e (b) assessoria jurídica em operações de elaboração/alteração de Acordo de Acionistas, Contrato Social ou Estatuto Social e constituição/alteração societária.

11. Acerca do tema, cumpre relembrar que a contratação da assessoria jurídica objeto do Edital n.º 001/2013 tem por objeto **ÚNICA E EXCLUSIVAMENTE** a prestação de serviços no assessoramento na operação de ingresso da EPL no capital social da SPE a ser constituída pelo licitante vencedor do Edital de Concessão da ANTT n.º 001/2012, a qual será concessionária da prestação de serviços públicos de operação do Trem de Alta Velocidade (TAV).

12. A operação de ingresso de uma entidade pública – como é o caso da EPL – no capital social de uma empresa privada possui uma série de peculiaridades que a diferenciam das operações comuns de ingresso de uma empresa privada no capital social de outra empresa (*v.g.* avaliação da competência legal, das aprovações governamentais necessárias, da disponibilidade de recursos orçamentários, etc). No mesmo sentido, a operação de ingresso de um novo acionista no capital de uma empresa concessionária de serviços públicos – como será o caso da SPE – também possui uma série de peculiaridades que devem ser de conhecimento do escritório a ser contratado para prestar assessoria à EPL (*v.g.*, a existência de autorização pelo Poder Concedente e/ou Agência Reguladora, aspectos de governança corporativa, a questão dos *step in rights* e a continuidade dos serviços públicos, etc).

13. Assim, não há de se falar em ausência de razoabilidade na previsão na medida em que *(a)* há, **efetivamente**, **um fator que justifica a pontuação com peso diferenciado para as atividades mais próximas ao objeto a ser contratado**; e *(b)* o próprio Item 13.3. do Edital admite - de maneira expressa - **outras formas de pontuação no referido quesito** (*v.g.* a participação na estruturação de qualquer Sociedade Anônima S.A e/ou em quaisquer operações de elaboração/alteração de Acordo de Acionistas, Contrato Social ou Estatuto Social e constituição/alteração societária), **sendo certo que o não atendimento aos itens referidos pelo IMPUGNANTE não acarretará a sua exclusão do certame**.

14. Por sua vez, a legislação aplicável não veda o estabelecimento de critérios de diferenciação entre os licitantes para os fins de julgamento das propostas apresentadas, desde que estas sejam compatíveis com as **finalidades públicas perseguidas com a contratação**. Vejamos o referido art. 3º, § 1º, I da Lei de Licitações que estabelece que:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

*I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância **impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato**, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991;”*

15. O referido dispositivo não pode ser lido e interpretado de uma maneira descontextualizada, no sentido de que não seria admitida na legislação qualquer forma de diferenciação entre particulares, mas sim de forma sistêmica, por meio do reconhecimento de que são sim permitidas **diferenciações**, desde que presente uma **finalidade pública justificável**.

16. O entendimento acima é transposto para o campo das licitações públicas, de forma precisa, pelo E. Tribunal de Contas da União no Acórdão nº 1631/2007-Plenário que estabelece que a invalidade não reside na restrição em si mesma, **mas na incompatibilidade dessa restrição com o objeto da licitação**. Assim, o que importa saber é se a restrição é desproporcional às necessidades da Administração, ou seja, se ela atende ou não ao interesse público, este considerado sempre indisponível.

17. No mesmo sentido, conforme preconizado pelo Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto, relator do RECURSO ESPECIAL Nº 361.736 – SP, a exigência

de apresentação de atestados que comprovem a experiência anterior dos participantes na prestação dos serviços objeto de licitação não é abusiva ou ilegal, pois é uma forma de demonstrar sua capacidade técnico-operacional segundo os critérios discricionariamente estabelecidos pela Administração para a execução a contento dos serviços.

18. No presente caso - conforme demonstrado acima - há uma **finalidade pública** perseguida com a previsão de comprovação - para fins de pontuação das propostas - da realização de trabalhos equivalentes com o objeto da licitação, que é justamente a de **assegurar a qualidade e a pertinência do conhecimento do escritório responsável pelo desenvolvimento dos serviços, serviços estes de alta complexidade e dotados de características específicas.**

19. Assim, não se mostra descabida e desarrazoada a previsão contida no Edital n.º 001/2013 de que a EPL concederá - como forma de avaliação das propostas técnicas - uma **quantidade maior de pontos** aos licitantes que comprovarem experiência prévia em operações que envolvem o ingresso de entidades estatais no capital de SPEs e o ingresso de empresas no capital de concessionárias de serviço público - visto que se trata do próprio objeto da licitação - e uma **quantidade menor de pontos** aos licitantes que comprovarem experiência em outras operações, dotadas de características diferentes daquelas de maior relevância para fins da contratação.

ii) Dos critérios de pontuação no tocante à formação acadêmica e à pontuação mínima para qualificação profissional (Itens 13.4.1. e 13.4.4.)

20. Em atenção à 1ª ERRATA do Edital, a impugnação aos Itens 13.4.1. e 13.4.4. do Edital de Concorrência n.º 01/2013 restou prejudicada.

iii) Das Conclusões

21. Em suma, com base nas informações acima, resta claramente evidenciado que as previsões editalícias contidas no item 13.3, que estabelecem, **exclusivamente para fins de pontuação das Propostas Técnicas**, a necessidade da comprovação de aptidão em serviços objeto da licitação no setor público e em concessionárias de serviços públicos **não são injustificadas ou abusivas**, visto que, por um lado, asseguram a qualidade na prestação dos serviços, garantindo que a sociedade advokatícia possui *expertise* completa sobre o objeto a ser desenvolvido e, por outro, possibilitam a realização de um julgamento objetivo, sem restringir indevidamente a competição.

22. Por sua vez, as impugnações referentes aos Itens 13.4.1. e 13.4.4. do Edital de Concorrência n.º 001/2013 restaram prejudicadas em vista da divulgação da Errata n.º 001 ao Edital.

IV - Da Decisão

31. Isto posto, com base nos fundamentos acima, decidimos conhecer da **IMPUGNAÇÃO** para, no mérito: *(a)* negar-lhe provimento no que tange ao item 13.3., mantendo inalterados os pontos atacados do Edital de Concorrência n.º 001/2013; e *(b)* julgar prejudicada a análise dos itens n.º Itens 13.4.1. e 13.4.4. em vista da divulgação da Errata n.º 001 ao Edital.

RAFAEL MAGALHÃES FURTADO
Presidente da Comissão de Licitação