
Concorrência Pública 008/2010**Concessão Administrativa para realização de serviços e obras de
engenharia e serviços de apoio não assistenciais à gestão e operação do
Hospital Metropolitano de Belo Horizonte****RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO****I - Introdução**

Trata-se de decisão motivada pela impugnação apresentada por Facility Central de Serviços Ltda. em face do Edital da Concorrência Pública 008/2010, cujo objeto envolve a Concessão Administrativa para realização de serviços e obras de engenharia e serviços de apoio não assistenciais à gestão e operação do Hospital Metropolitano de Belo Horizonte.

Ressalte-se que, em consonância aos ditames legais que disciplinam as parcerias público-privadas e em sintonia com a convicção detida pelo Município de Belo Horizonte acerca da relevância da participação popular no processo de formulação de projetos públicos, o Edital referente à Concorrência 008/2010 permaneceu à disposição para comentários, sugestões e esclarecimentos por um período que (somados o prazo de consulta pública e o prazo para esclarecimentos após a publicação definitiva do edital) contabiliza cerca de 75 dias, tendo a consulta pública iniciado em 05 de agosto de 2010.

Durante esse prazo, não houve qualquer manifestação da Impugnante, à exceção da própria impugnação ora tratada, protocolada no último dia do prazo estabelecido pelo §2º do art. 41 da Lei n.º 8.666/93.

A despeito do silêncio da Impugnante durante a quase totalidade do período destacado, a Administração reafirma seu perene compromisso em

ouvir constantemente a população e administrados a respeito dos projetos e licitações que desenvolve, com intuito de proporcionar não apenas o necessário contraditório, mas também de aprimorar constantemente seu trabalho.

Isso posto, inicia-se a avaliação das colocações realizada pela Impugnante.

II – Das alegações da impugnante

II.1. A necessidade de ampla divulgação dos esclarecimentos

A Impugnante aponta a necessidade de ampla divulgação dos esclarecimentos prestados no âmbito da Concorrência 008/2010.

Ora, o próprio edital traz regra clara a respeito da divulgação de esclarecimentos (citada inclusive pelo pela Impugnante em sua manifestação), qual seja: *“5.2. As respostas da COMISSÃO DE LICITAÇÃO aos referidos pedidos de esclarecimentos serão divulgadas no sítio eletrônico www.portalpbh.pbh.gov.br.”*

Assim, ao divulgar os esclarecimentos no sítio indicado, a administração apenas respeita disposição clara e inequívoca do edital de licitação. A regra é, a toda evidência, conhecida de antemão por qualquer interessado que realize uma leitura minimamente cuidadosa do Edital.

Em outras palavras, a previsibilidade a respeito da colocação dos esclarecimentos na rede mundial de computadores encontra-se estabelecida desde o início do certame, não tendo sido estipulada de maneira nebulosa ou incerta pela Administração.

Há, na opção, pleno respeito à legislação que rege as licitações. Em primeiro lugar, porque, ao agir de tal maneira, o Poder Público respeita

integralmente o edital de licitação, instrumento que é, conforme opinião uníssona da doutrina e da jurisprudência, a “lei do certame” (nos termos do art. 41 da Lei nº 8.666/93: *A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada*).

Em um segundo aspecto, o edital se adequa integralmente ao mandamento inscrito no art. 21, §4º da Lei nº 8.666/93, segundo o qual: “§ 4º Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.”

Com efeito, nenhuma das hipóteses de esclarecimento envolve a alteração do edital de licitação.

As eventuais alterações são tratadas em perfeita sintonia com o mencionado dispositivo da Lei de Licitações, conforme se depreende da leitura do item 15.2 do Edital, nos termos do qual qualquer alteração será publicada no Diário Oficial do Município e nos demais jornais utilizados para dar publicidade à licitação.

A par da legalidade incontestada do procedimento adotado quanto à divulgação dos esclarecimentos na Concorrência 008/2010, inquestionável o fato de que a rede mundial de computadores tem sido hoje amplamente utilizada para divulgação de informações e fatos de maneira segura e rápida.

Incomparável ainda a versatilidade que o uso da rede oferece aos interessados e licitantes em cotejo com a aquisição de periódicos em papel. Além da acessibilidade rápida e imediata, na *internet*, o local onde informações serão acessadas apresenta sempre o mesmo endereço ou localização, oferecendo segurança e certeza na obtenção de dados relativos ao certame.

Não houve, portanto, qualquer violação ao princípio da publicidade, uma vez que a regra de divulgação dos esclarecimentos, conhecidas por todos

os interessados desde o início da licitação, vem sendo observada cuidadosamente pela Administração.

Note-se que a regra adotada sobre a publicidade dos esclarecimentos constitui prática comum nas licitações e tem sido utilizada, por exemplo, em editais de concessão da União e do Estado de Minas Gerais.¹

II.2. Das exigências do art. 10 da Lei Federal n. 11.079/04 e da indicação orçamentária

Alega a impugnante o desrespeito ao art. 10 da Lei Federal nº. 11.079/04 e a ausência de indicação de dotação orçamentária no texto editalício.

Dispõe o citado dispositivo da Lei Federal de PPPs que abertura do processo licitatório a contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada, dentre outros temas, a:

“I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no [§ 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000](#), devendo seus

¹ A título exemplificativo o disposto no item 4.3 do Edital da Concessão para Exploração de Trechos da Rodovia BR-101/ES/BA: “As respostas da **ANTT** aos referidos esclarecimentos complementares serão divulgadas no sítio eletrônico www.antt.gov.br, sem identificação da fonte do questionamento.”

efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos [arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000](#), pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

Todos os documentos acima descritos e citados pela Impugnante em sua manifestação encontram-se, desde período anterior à abertura do procedimento licitatório, nos autos do respectivo processo administrativo depositado na sede da Secretaria Municipal de Saúde, na Av. Afonso Pena, n.º 2.336, 7º andar, em Belo Horizonte/MG.

Como é notório, os autos do certame têm caráter público, podendo ser acessados por qualquer interessado no endereço descrito.

Tudo indica, pelo exposto, que a Impugnante deixou de observar o importante cuidado de consultar os autos do procedimento licitatório a fim de fundamentar suas alegações com a propriedade e segurança esperadas em manifestações do gênero.

De qualquer modo, seguem anexados a essa resposta todas as declarações exigidas pela legislação, já constantes dos autos da licitação desde período anterior ao início da fase externa do certame, em especial a

declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual e também declaração do Secretário de Finanças que indica a estimativa do impacto orçamentário das despesas nos exercícios em que vigorará o contrato, bem como sua compatibilidade com as metas de resultado fiscal.

Destaque-se, ainda, que a concessão Hospital Metropolitano encontra-se prevista no Plano Plurianual, em consonância com as exigências estabelecidas para despesas realizadas por mais de um exercício.

Verifica-se, desse modo, o integral respeito pela Administração em relação às determinações estabelecidas pela legislação federal e voltadas ao equilíbrio e regularidade das despesas relacionadas à PPPs.

No que toca à ausência de dotação orçamentária no edital e do suposto desrespeito a normas de direito financeiro aplicáveis à hipótese, bastará, nesse ponto, a demonstração de normas elementares e amplamente conhecidas pelos operadores do Direito, referentes às Parcerias Público-Privadas e ao processo orçamentário no ordenamento pátrio.

De fato, a primeira norma que elucida a questão apresentada pela Impugnante é o art. 7º da Lei Federal nº 11.079/04:

“Art.7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.”

Parágrafo único. É facultado à Administração Pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa a parcela fruível de serviço objeto do contrato de parceria público-privada.”

Conforme se depreende da leitura do texto legal, não haverá pagamento de contraprestação pública até a efetiva disponibilização do serviço objeto do contrato.

No presente caso, a disponibilização do serviço envolve o término das obras do hospital e o início da prestação dos serviços de apoio não assistenciais à gestão e operação do Hospital Metropolitano de Belo Horizonte.

A previsão de data máxima para o início dos serviços de apoio é de 15 de junho de 2012, conforme dispõe a subcláusula 9.1.3 do contrato de concessão administrativa.

Nesse contexto, os pagamentos da contraprestação pública serão iniciados a partir de 2012, ano em que ocorre o início da disponibilização dos serviços, conforme preceitua o art. 7º da Lei Federal de PPPs, e momento em que a dotação orçamentária será apresentada para suporte das despesas relacionadas ao pagamento da concessionária.

Não haverá, portanto, necessidade de dotação orçamentária para 2011 já que não há previsão de pagamentos para o período (desnecessário seria lembrar que as dotações orçamentárias compõem a Lei Orçamentária, diploma cuja vigência é anual - art. 165, III e § 5º da Constituição da República).

A simples descrição de dispositivos legais, em cotejo com as determinações mais evidentes do contrato de concessão, demonstra a improcedência das alegações da Impugnante, fruto talvez de uma leitura açodada e superficial dos documentos editalícios.

Assim, o Edital da Concorrência 008/2010 encontra-se plenamente adequado às normas legais e aos princípios do Direito Financeiro aplicáveis às PPPs.

II.3. Da limitação do número de consorciados

O edital da Concorrência 008/2010 optou por limitar o número de componentes de cada consórcio ao máximo de quatro empresas.

Frise-se, inicialmente, que não há na legislação vigente dispositivo que vede, a priori, a restrição ao número de consorciadas e mesmo a proibição de consórcios.

As escolhas pela permissão de consórcios e do número máximo de seus integrantes são discricionárias, cabendo à Administração decidir o formato dessa opção de acordo com os princípios regentes da atividade pública, notadamente a ampliação da competitividade, sempre em consonância com as especificidades de cada certame.

É dizer: a decisão a respeito da permissão de consórcios na licitação e do número limite de seus participantes depende sempre de uma análise do caso concreto analisado, já que, a depender justamente de tais circunstâncias, a utilização de consórcios poderá ter efeitos negativos ou positivos para a licitação.

Convém aqui citar a inteiramente a opinião de Marçal Justen Filho sobre o tema, referida, diga-se de passagem, apenas de forma parcial e incompleta pela Impugnante em sua manifestação:

“Em regra, o consórcio não é favorecido ou incentivado pelo nosso Direito. Assim se passa porque, como instrumento de atuação empresarial, o consórcio pode conduzir a resultados indesejáveis. A formação de consórcios acarreta o risco da dominação do mercado, através de pactos da eliminação de competição entre os empresários. No campo das licitações, a formação de consórcios poderia reduzir o universo da disputa. O consórcio poderia retratar uma composição entre eventuais interessados: em vez de estabelecerem disputa

entre si, formalizarem acordo para eliminar a competição.

Aliás, a composição entre os potenciais interessados para participar de licitação pode alcançar a dimensão da criminalidade.

Mas o consórcio pode prestar-se a resultados positivos e compatíveis com a ordem jurídica. Há hipóteses em que as circunstâncias do mercado e (ou) a complexidade do objeto tornam problemática a competição. Isso se passa quando grande quantidade de empresas, isoladamente, não dispuserem de condições para participar da licitação. Nesse caso, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar a ampliação do universo de licitantes.” (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações, 2010, p. 495)

Diante do quadro apresentado, em que cada caso concreto ditará a pertinência ou não do consórcio e sua configuração, caberá à Administração a decisão discricionária a respeito da formatação final do edital. Não uma decisão infundada e arbitrária, mas baseada em uma análise do mercado e das dimensões da licitação almejada:

O ato convocatório admitirá ou não a participação de empresas em consórcio. **Trata-se de escolha discricionária da Administração Pública**, o que evidentemente não significa autorização para decisões arbitrárias ou imotivadas. Admitir ou negar a participação de consórcios é o resultado de um processo de avaliação da realidade do mercado em face do objeto a ser licitado e da ponderação dos riscos inerentes à atuação de uma pluralidade de sujeitos associados para a execução do objeto. (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações, 2010, p. 497)

Essa a posição clara do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

A aceitação de empresas em consórcio na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, caput, da Lei n. 8.666/93, requerendo-se, porém, que a sua vedação seja sempre justificada. (Acórdão n. 1678/2006, Plenário, rel. Min. Augusto Nardes).

A aceitação de consórcios na disputa licitatória situa-se no âmbito do poder discricionário da administração contratante, conforme o art. 33, caput, da Lei n. 8.666/93, requerendo-se, porém, que a sua opção seja sempre justificada (Acórdão n. 566/2006, Plenário rel. Min. Marcos Vinícios Vilaça).

No caso da Concorrência 008/2010, a decisão da Administração de permitir a participação de consórcio, limitado a quatro integrantes decorreu das análises técnicas prévias à licitação, sempre em busca da maior competitividade e abertura no certame. Nos termos das conclusões obtidas pela equipe técnica responsável pelos estudos prévios à licitação:

“A participação de empresas reunidas em consórcio é permitida e limitada ao número máximo de 4 (quatro) consorciados. Isso se deve a três motivos básicos:

1) A análise de mercado e de outras licitações deste tipo, conduzidas durante a elaboração do projeto, mostrou que o escopo de fornecimento desta Concessão é atendido, basicamente, por dois tipos de empresas, uma construtora e uma empresa de gestão predial, compatíveis com a maior parte do volume financeiro envolvido no escopo e com os atestados solicitados na habilitação técnica.

Verifica-se que em alguns casos uma instituição financeira também participa do consórcio, através do aporte de recursos para a condução dos investimentos. Assim, a permissão de 4 consorciados flexibiliza sobremaneira as possibilidades de formação de consórcio, não havendo justificativas técnicas ou econômicas que subsidiem a ampliação deste limite.

2) Outro ponto importante é que a permissão indiscriminada de consorciados põe em risco a competitividade do processo, visto que o consórcio começa a se aproximar da formação tradicional de fornecimento, perdendo os aspectos de sinergia e integração advindos da PPP. Além disso, algumas categorias de serviço são caracterizadas por um mercado restrito, como é o caso dos serviços de lavanderia, em que a consolidação do mercado diminuiria o número de licitantes, diminuindo desta forma a concorrência e prejudicando a disputa conforme exposto.

3) Os demais serviços, em geral de volume financeiro menos significativos e mais específicos, podem ser desempenhados através da subcontratação, não impactando a eficiência econômica e a entrega da totalidade do escopo previsto.”

Assim, na hipótese de um número ilimitado de consorciados, verificar-se-ia a elevada possibilidade de que um mesmo consórcio reunisse todas as empresas com experiência em atividade de lavanderia e demais serviços de hotelaria hospitalar, restringindo por completo a competição no certame e prejudicando a obtenção do melhor preço pela Administração.

Bem por isso, a limitação trazida pelo edital quanto à formação de consórcios muito amplos contribui diretamente à competitividade do certame,

tendo em vista as características próprias do mercado de prestadores de serviços de apoio à gestão e operação hospitalar.

Resumindo: de um lado é importante possibilitar a associação de empresas interessadas, pois não há quem, no mercado brasileiro, reúna isoladamente experiência em todas as frentes exigidas para a perfeita execução do objeto. Mas, de outro lado, é importante limitar o número de consorciados, pois a ampla liberdade nesse sentido poderia gerar distorções na competição, assimetrias no mercado e reduzir drasticamente o número de participantes no certame.

Acrescente-se a isso o fato de que um número adequado de empresas no consórcio evita o fracionamento excessivo de responsabilidades durante a vigência da concessão, favorecendo a eficiência e a qualidade dos serviços, na medida em que facilita a governança da execução contratual pelas empresas consorciadas e sua própria fiscalização pelo Poder Concedente.

Vale ressaltar que durante o processo de consulta pública a Administração, sensível à colocação dos interessados, aumentou o número possível de participantes no consórcio licitante, dentre outros aprimoramentos realizados.

De modo geral, o posicionamento acima esposado é também o defendido em variadas decisões do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, que de forma cristalina delimitou os parâmetros legais mais corretos a respeito do tema em discussão:

“SEGUNDA CÂMARA – SESSÃO: 07/8/07

RELATORA: CONSELHEIRA ADRIENE ANDRADE

REPRESENTAÇÃO Nº 712804

Dentro dessa ótica, quanto ao primeiro apontamento erguido pelo Representante contra a licitação, sobre a limitação das empresas consorciadas a duas, conforme subitem 8.1.1 do Edital, **entendo que, a par dessa exigência poder contrariar os interesses de alguns licitantes, em face da supremacia do interesse público sobre o privado, tal questão deve ser analisada sobre o prisma da discricionariedade administrativa, conceito assim definido por Seabra Fagundes:**

‘Para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e de certo modo. É essa a competência vincolata dos italianos ou liée dos franceses. A Administração Pública não é livre em resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos, e, com base neles, praticar o ato. [...]

Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com o objetivo variável ao seu entender. Nesses casos, a competência é livre ou discricionária.(FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. Editora Forense, 2005, p. 352.)’

Assim, parece-me que a limitação do número de consorciados, em não sendo vedada expressamente pela Lei nº 8.666/93, fica à disposição da discricionariedade do Administrador, que, devo ressaltar, terá mais trabalho e dificuldades em acompanhar e fiscalizar a execução da obra, quanto mais consorciados permitir.

Nesse caso, ressalta-se, inclusive, que, justamente pelas dificuldades que surgem com a permissão de vários consorciados, para o Administrador, a ele foi dado escolher se aceita o consórcio entre licitantes, nos termos do art. 33 da Lei de Licitações, que reforça tal discricionariedade ao predizer: “Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas...” (grifos nossos)

Desse modo, se pode o administrador optar pela possibilidade de um consórcio, naturalmente, pelo princípio ordinariamente aceito, segundo o qual, quem pode o mais, pode também o menos, é natural que possa, pelo bem de seu controle sobre a obra, limitar o número dos licitantes àqueles que terá capacidade de bem gerenciar, não figurando, por óbvio, a limitação do item 8.1.1 do Edital em comento, nenhuma impropriedade ou infringência à lei.”

Em outra oportunidade, o Tribunal de Contas do Estado julgou possível a limitação desde que justificada:

SEGUNDA CÂMARA – SESSÃO: 11/12/07

RELATOR: CONSELHEIRO PRESIDENTE SIMÃO PEDRO
TOLEDO:

REPRESENTAÇÃO Nº 732253

1- EXIGÊNCIA RELATIVA À LIMITAÇÃO DE, NO MÁXIMO, DUAS EMPRESAS INTEGRANTES NO CONSÓRCIO PARTICIPANTE (ITEM 6.2.6)

Pondera, outrossim, que, apesar de a lei não estabelecer o número de empresas que podem compor um consórcio, o que fica a cargo da Administração Pública contratante, tal decisão deve ser justificada (....,)

Em outra oportunidade, estabeleceu o TCE o seguinte:

“Vedação de participação de empresas reunidas em consórcio, contida no item 9.2 do edital, revelando critério restritivo à competitividade.

A defesa argumentou que a decisão em comento foi balizada seguindo a orientação técnica baseada em projeto técnico-financeiro contido na fase interna da licitação.

[...]

De fato, entendo que os argumentos expendidos pelo defendente procedem, pois estão em consonância com o disposto no art. 33, caput, da Lei 8.666/93, porque se circunscrevem ao poder discricionário da Administração, a quem cabe decidir acerca da melhor forma e condições para atendimento do interesse público.”²

² Representação 706.931.

A mesma linha argumentativa pode ser encontrada em decisões do Tribunal de Contas da União:

Acórdão 1404/2004 – Plenário

“III - ANÁLISE DA DILIGÊNCIA

13. Com referência à limitação estabelecida no Termo de Referência nº 01/2004 do número máximo de três empresas para constituição de consórcio, o art. 33 da Lei 8.666/93 abre amplo espaço à discricionariedade administrativa na matéria.

13.1 O ato convocatório deve não apenas autorizar a participação das empresas em consórcio, mas também estabelecer as regras correspondentes. **Portanto, concordamos que não existe ilegalidade no termo de referência com relação à fixação em três o número máximo de empresas participantes em consórcio, uma vez que o referido dispositivo legal não veda tal fixação.**

Voto do Relator

Com relação às demais questões examinadas pela unidade técnica, ponho-me de acordo. (...)

Diante do exposto neste Voto e nos despacho e instrução transcritos no relatório precedente, voto, em consonância com o decidido no TC 013.041/2000-0, no qual foi proferida a Decisão Plenária 532/2002, por que o Tribunal aprove o acórdão que ora submeto à apreciação deste Plenário. (...)

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, e com fundamento nos art. 43, inciso I, da Lei 8.443/92 e

arts. 237, inciso VI, e 250, inciso II, do Regimento Interno, e no art. 69, inciso I, da Resolução 136/2000, em:

9.1. conhecer da presente representação e considerá-la improcedente;

Note-se que, se pode a Administração simplesmente proibir que as empresas se reúnam em consórcio, poderá restringir o numero de participantes em cada consórcio (quem pode o mais, pode o menos), desde que o faça calcada em motivos de interesse público.

Mais uma vez resta comprovada a legalidade do Edital da Concorrência 008/2010.

II.4. Da inversão de fases e da garantia da proposta

A opção pela inversão da ordem das fases em um procedimento licitatório regido pela Lei n.º 11.079/2004 é uma decisão de ordem discricionária conferida pela Lei à Administração, conforme se depreende da leitura do artigo 13 do mencionado diploma.

Não faltam exemplos na doutrina de autores que reconhecem as vantagens na adoção deste modelo, como, por exemplo, Adilson Abreu Dallari, que ressalta a economia processual associada ao instituto³:

“A ordem cronológica dessas fases [da licitação], na seqüência normal ordinária dos procedimentos em geral, pode ser alterada pela inversão das fases de habilitação de licitantes e classificação das propostas. [...]”

³ **Aspectos Jurídicos da Licitação.** São Paulo: Saraiva, 2006. p. 105.

A inversão, entretanto, não interfere nos condicionamentos, no conteúdo, na natureza jurídica ou na finalidade de cada uma dessas fases. [...] **Contudo, dadas as vantagens proporcionadas pela inversão, pois quem perde na classificação tem menos interesse em impugnar a participação de todos os demais participantes, é bastante provável que, dentro em pouco, a inversão passe a ser o normal[...]**

A inversão de fases é instituto consolidado na legislação (art. 13 da Lei 11.079/2004 no caso de parceria público-privada), na doutrina e no repertório de decisões das Cortes de Contas, possibilitando celeridade e eficiência à atuação administrativa. Assim, por exemplo, o Acórdão 1598/2006 – Plenário – do Tribunal de Contas da União:

“O objetivo da União Federal, ao criar o pregão como modalidade de licitação, foi conferir maior agilidade às licitações; não por outro motivo, foi prevista a inversão de fases, ou seja, primeiro verifica-se a proposta de preço, para, em um segundo momento, serem avaliadas as condições relativas à habilitação, procedimento este que agiliza a condução do certame.”

Mais especificamente na seara das concessões, o mesmo Tribunal se posicionou favorável à adoção da inversão, aludindo ao permissivo legal do artigo 18-A da Lei n.º 8.987/1995, inspirado no seu semelhante para as parcerias público-privadas, o já citado artigo 13 da Lei n.º 11.079/2004. Confira-se:

“Quanto à modalidade de licitação, nenhuma dúvida remanesce em relação à legalidade da adoção da concorrência, com a inversão de ordem das fases de habilitação e julgamento,

hipótese expressamente disciplinada no art. 18-A da Lei nº 8.987/95.

Ante as inúmeras vantagens proporcionadas por esse rito especial, a inversão de fases torna-se impositiva, razão pela qual o gestor somente pode afastá-la mediante justificativa fundamentada que demonstre a inadequação desse rito ao caso concreto.

Acolho, portanto, a proposta de determinação à Antaq, para que oriente as autoridades portuárias, quanto à adoção da inversão de fases nas licitações de arrendamento de instalações portuárias (item 75).”⁴

Nesse contexto, o presente o Edital da Concorrência 008/2010, nos termos do inciso I do art. 11 da Lei n.º 11.079/2004, exige garantia da proposta dos licitantes a ser aberta antes da etapa de julgamento das propostas e demais documentos de habilitação.

Aqui, merece atenção a função da garantia de proposta no processo licitatório: assegurar que a proposta realizada seja séria, firme e que o licitante interessado irá manter, durante todo o processo licitatório, a lisura de seu comportamento.

Como na inversão de fases a primeira etapa é o julgamento da proposta comercial, a manutenção do exame da garantia da proposta posteriormente, juntamente com os demais documentos de habilitação, poderia não garantir a proposta comercial inicialmente apresentada, sendo uma exigência em vão, a qual deixaria de cumprir a função extremamente importante de barreira à participação de aventureiros no certame.

⁴ Excerto do voto do E. Min. Relator do Acórdão 447/2009 – Plenário – cuja decisão findou por consignar a recomendação para que a autoridades portuárias “*observem, nas licitações de arrendamento de áreas e instalações portuárias, a previsão legal para inversão das fases de habilitação e julgamento, nos termos previstos no art. 18-A da Lei nº 8.987/95*”.

Assim, em que pese a opção pela inversão de fases, a garantia da proposta é o primeiro envelope a ser aberto no certame, já que tem a finalidade de garantir a proposta que será analisada em seguida, antes da etapa de habilitação.

Destaque-se que, ao contrário do que afirma a Impugnante, o Edital da Concorrência 008/2010 não exige que a garantia da proposta seja depositada anteriormente aos demais documentos e envelopes exigidos na habilitação.

Deveras, incide a Impugnante mais uma vez em equívoco (conclusão corroborada pelo fato de que todas as decisões jurisprudenciais colacionadas pela Impugnante em sua manifestação se reportam a editais que exigiam o depósito de garantia previamente a todos os demais documentos da licitação).

Com efeito, o edital da Concorrência 008/2010 não exige o depósito da garantia da proposta isolado, como condição ou requisito para participação, dias antes ao depósito da proposta comercial e demais documentos de habilitação.

Todos os envelopes: garantia da proposta, proposta comercial e demais documentos de habilitação são apresentados simultaneamente na data limite estipulada para entrega, tal como ocorre em qualquer procedimento licitatório, quer se valha ou não do instituto da inversão de fases. Nesse ponto, o certame em comento em nada se diferencia do regime ordinário de fases licitatórias.

Ocorre apenas que parte da habilitação, qual seja, a garantia da proposta, é o primeiro documento a ser examinado, no intuito de conservar intacta sua função no processo licitatório conforme exposto acima.

Ora, se a Administração poderia de forma ordinária, previamente à análise da proposta comercial, examinar todos os documentos de habilitação em seu conjunto, pode muito bem fazê-lo em relação à garantia de proposta, constatação que denota a incontestável legalidade da opção.

Vê-se que até mesmo do ponto de vista lógico as alegações da Impugnante não fazem sentido, pois, em qualquer hipótese, com ou sem inversão de fases, a garantia de proposta seria apresentada e devidamente examinada (não há, como visto, exigência de depósito prévio da garantia da proposta, divorciada dos demais documentos licitatórios).

Ainda que não se trate de situação idêntica à descrita no Edital da Concorrência 008/2010, não é demais se reportar a julgado do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que, instado a se manifestar sobre impugnação a edital que demandava a apresentação prévia de garantia de proposta (naquele caso, antes mesmo da entrega da documentação), manteve a previsão editalícia sob o argumento da necessidade de acautelar a garantia, permitindo que esta atenda ao desiderato imaginado pelo legislador⁵.

Cabe destacar, também em defesa deste ponto, sua acolhida pelo Tribunal de Contas da União, que analisou os recentes editais de concessões federais de rodovias, todos eles adotantes da análise prévia da garantia de proposta (ver nesse sentido o Acórdão 405/2008 – Plenário do TCU).

Outro exemplo interessante pode ser encontrado no Acórdão 1637/2009 – Plenário do TCU, em que mais uma vez a verificação prévia da garantia da proposta foi considerada perfeitamente compatível com as melhores práticas jurídicas:

“O Edital do Leilão 7/2008-ANEEL previu a inversão da ordem de fases de habilitação e julgamento, de acordo com o estabelecido pelo artigo 18-A, da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

Nesse caso, não há fase de pré-qualificação das empresas interessadas em participar do leilão, senão apenas o requisito de

⁵ Representação 706.695.

apresentação de garantia de proposta para a inscrição no certame. Posteriormente, somente as proponentes vencedoras devem apresentar os respectivos documentos de habilitação, conforme o cronograma disposto no referido edital:

(...)

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam do acompanhamento do Leilão nº 7/2008 - Aneel, realizado visando à outorga de concessões para a prestação de serviço público de transmissão de energia elétrica, incluindo a construção, operação e manutenção de linhas de transmissão, subestações e demais instalações de transmissão, referentes à interligação do Complexo Hidrelétrico do Rio Madeira ao Sistema Interligado Nacional - SIN; ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, diante das razões expostas pelo Relator em:

9.1. aprovar o segundo, o terceiro e o quarto estágios do Leilão nº 7/2008 - Aneel, abordados nos incisos II, III e IV do art. 7º, I, da IN TCU nº 27/1998, respectivamente;

9.2. arquivar os presentes autos”

Desta forma, temos como legal e pertinente a abertura prévia do envelope com a garantia de proposta das licitantes.

II.5. Da habilitação técnica

A Administração entende que as exigências de habilitação contidas no item 13.5 do Edital apresentam inegável caráter técnico e são compatíveis com o disposto na Lei 8.666/93.

Há de se considerar que a licitação em comento visa à outorga de uma concessão, cujas especificidades do objeto são, em muito, distintas daqueles objetos contratados pela Administração no regime ordinário da Lei n.º 8.666/1993.

Nas concessões, o normal é que pesados investimentos antecedam o início dos serviços e o início da percepção das receitas que remunerarão o contratado durante o longo prazo da concessão.

Nesse contexto, exige-se de parte do concessionário a capacidade de organizar recursos econômicos em tempo relativamente curto e a competência para gerir tais recursos durante prazo de maturação de negócio, notadamente em função do tempo necessário para obtenção do retorno econômico almejado.

A capacidade ou experiência pregressa em realizar investimentos próprios ou captar recursos de terceiros se transforma assim em uma experiência relevante, possuidora de inconfundível faceta técnica, e cuja comprovação no âmbito da licitação atesta a capacidade técnica para execução do objeto contratual.

De fato, há aplicação de conhecimento técnico relevante na gestão de investimentos e ações financeiras de um grande empreendimento tanto quanto na execução de uma obra de grande porte (a abarcar a captação de recursos por meio de financiamentos).

A gestão econômica de empreendimentos compõe uma área específica do conhecimento, que reúne normas, procedimentos, conhecimento teórico e uma profunda percepção da influência, nos negócios, do comportamento de indicadores e circunstâncias da economia, do mercado, do comportamento dos usuários, etc. Implica ainda a capacidade de organizar o pagamento de recursos por ventura captados de terceiros em função do fluxo de receitas do empreendimento. Exige, portanto, a aplicação de boas práticas administrativas e de gestão financeira e a expertise na gestão de investimentos para obtenção de retorno em prazos relativamente maiores que o usual.

Tenha-se ainda como argumento o fato de que a capacidade técnica envolvida no processo de captação de recursos de terceiros, por exemplo, pode redundar em uma modelagem financeira mais eficiente, que possibilitará

o pagamento de valores de contraprestação menores pelo Poder Público, oferecendo, assim, ganhos significativos para o interesse geral. Em outras palavras, a boa técnica de gestão financeira das concessões abarca a experiência na captação de recursos, a fim de oferecer o melhor serviço, lastreado em pilares econômicos menos onerosos diretamente para o concessionário e, indiretamente, para o próprio Poder Concedente.

Assim, a justificativa para a exigência estabelecida segue a lógica própria das concessões, em que a *expertise* na realização de investimentos, não necessariamente atreladas à saúde financeira da licitante – seara própria da qualificação econômica – é **requisito técnico** e revela que o licitante possui a experiência para a realização de investimentos em infraestrutura, com retorno de longo prazo, condição imprescindível para assegurar à Administração Pública a certeza na realização do objeto da concessão.

Desse contexto se infere a importância da experiência objeto de atestação para a própria continuidade do serviço público, pois a ineficiência na gestão financeira gerará a derrocada do empreendimento. A experiência a ser comprovada contribui para aumentar a confiabilidade do Poder Público quanto à continuidade do serviço essencial.

Inquestionável, portanto, a adequação das exigências do edital ao disposto no inciso II do art. 30 da Lei Federal nº 8.666/1993. Ora, o que o citado dispositivo estabelece é a possibilidade de exigência da comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características do objeto licitado.

Como se vê, o item 13.5 do Edital se limita a exigir a comprovação de experiência pregressa, compatível com o objeto da concessão, nos mesmos moldes do autorizado pela legislação em comento.

Em adendo, importante informar que o critério de habilitação em comento vem sendo utilizado com segurança em grandes licitações como a Parceria Público-Privada para gestão do Complexo do Mineirão, no Estado de

Minas Gerais e a concessão da Linha 4 do Metro de São Paulo, tendo sido aceito sem maiores óbices pelos órgãos de controle das citadas esferas.

III - Decisão

Diante das considerações acima realizadas, decide-se pela improcedência das alegações constantes da impugnação apresentada por Facility Central de Serviços Ltda.

Por fim, recomenda-se aos interessados que formulem questões e ponderações com a maior antecedência possível, a fim de que as respostas possam ser devidamente analisadas e compartilhadas com a sociedade em geral.

Presidente da Comissão Especial de Licitação
Belo Horizonte, 18 de janeiro de 2011