



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: NELSON WILIANS & ADVOGADOS ASSOCIADOS

01. Trata-se de **IMPUGNAÇÃO** interposta pelo escritório **NELSON WILIANS & ADVOGADOS ASSOCIADOS**, com sede na Avenida Marginal do Rio Pinheiros, 5200, Ed. Montreal, 6º Andar, Morumbi, São Paulo, CEP: 05.693-000, inscrito no CNPJ sob o nº 03.584.647/0001-04, por intermédio de seu representante legal, com fundamento no art. 41, §1º, da Lei 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 **13.2**, **13.3** e **13.4.1** 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 **13.2**, o **IMPUGNANTE** requer que a EPL abstenha-se de exigir comprovação de tempo de experiência profissional apenas como critério de pontuação nos requisitos de qualificação técnica;
- b) Com relação ao item **13.3**, o **IMPUGNANTE** requer que a EPL abstenha-se de pontuar os requisitos mencionados no item, no tocante a exigência de comprovação de aptidão em serviços objeto da licitação somente no setor público e concessionários de serviços públicos.
- c) Com relação ao item **13.4.1**, o **IMPUGNANTE** requer que a EPL abstenha-se de exigir requisito no tocante a prova de exercício do Magistério na área objeto da licitação.

III - Da Análise da Impugnação

i) Da comprovação de tempo de experiência profissional como critério de pontuação das propostas técnicas

04. O **IMPUGNANTE** sustenta que o Item **13.2** do Edital de Licitação é ilegal por violação ao art. 30, § 5º da Lei Federal n.º 8.666/93 na medida em que seria é vedada pelo referido dispositivo a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época que inibam a participação na licitação.

05. A impugnação apresentada, contudo, não merece prosperar visto que o art. 30, § 5º da Lei de Licitações se refere à “*qualificação técnica*”, inserida na fase de “*habilitação*” das propostas, **e não aos critérios de “pontuação das propostas técnicas” - objeto do Item 13.2. - matéria submetida ao art. 46, § 1º e 2º, da Lei Federal n.º 8.666/93.**

06. O § 1º e §2º do art. 46 da Lei de Licitações preveem que os critérios de julgamento da equipe técnica para fins de pontuação deverão estar previstos de forma objetiva no edital, não impondo qualquer limitação à previsão de tempo de experiência como *fator de discrimen*. O entendimento acima, inclusive, é absolutamente 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)

07. No caso concreto, a comprovação de tempo de experiência profissional é solicitada **APENAS E TÃO SOMENTE como 'critério de pontuação das propostas técnicas'** e **NÃO** como critério de **habilitação das licitantes**, não sendo, dessa forma, fator que possibilite a exclusão dos proponentes no referido certame licitatório e/ou qualquer tipo de restrição ao caráter competitivo.

08. Examinando as ponderações do **IMPUGNANTE**, verifica-se que elas até poderiam ter alguma sustentação caso a exigência questionada estivesse relacionada à fase de habilitação dos licitantes. Para essa fase, o dispositivo da Lei n.º 8.666/93 indicado na peça inicial é claro ao vedar *"a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação"* (art. 30, § 5º da Lei nº 8.666/93).

09. *In casu*, contudo, não se trata de inclusão de exigência relacionada à fase de habilitação, **não afastando qualquer candidato da participação no certame**, restando pois prejudicada a argumentação trazida pelo **IMPUGNANTE**.

10. Ademais, é incorreto afirmar que o tempo de experiência não tem relevância para o objeto da licitação, não havendo como negar o valor da experiência profissional da equipe para os fins práticos inerentes ao objeto da licitação. Isto porque, considerando que se trata de uma licitação do tipo *"técnica e preço"*, **é absolutamente justificável e razoável que a Administração Pública atribua uma pontuação mais significativa aos profissionais que possuem maior experiência na área**, comprovada com base em critérios objetivos, conforme previsto no edital.

ii) Da pontuação no tocante a comprovação de aptidão em serviços objeto da licitação

11. O IMPUGNANTE sustenta que o Item 13.3 do Edital de Licitação seria ilegal por violação ao art. 3º da Lei nº 8.666/93 na medida em que restringiria “a pontuação aos interessados que exclusivamente tenham prestado serviços da seguinte forma: (a) assessoria jurídica prestada na estruturação, negociação e elaboração dos instrumentos jurídicos para viabilizar o ingresso de ente da Administração Pública em Sociedade de Propósito Específico – SPE, com como Estatuto Social e do Acordo de Acionistas vinculado à referida SPE; e (b) assessoria jurídica prestada na estruturação, negociação e elaboração de instrumentos jurídicos para viabilizar a formação de Sociedade de Propósito Específico – SPE concessionária de serviços públicos”.

12. A IMPUGNAÇÃO apresentada acerca deste ponto também não merece prosperar, posto que a previsão contida no Edital de Concorrência n.º 001/2013 não viola - nem mesmo por via reflexa - qualquer previsão contida na legislação de regência.

13. Em primeiro lugar, cumpre lembrar 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, 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.

14. Acerca do tema, cumpre lembrar 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).

15. 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).

16. 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.

17. E, por oportuno, frise-se novamente que o Edital n.º 001/2013 **não prevê - em momento algum - a exclusão dos licitantes que não comprovem experiência prévia nas operações que guardam maior compatibilidade com o objeto da contratação** mas - como não poderia ser diferente - **atribui uma maior pontuação a tais itens**. 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.

18. 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;”*

19. 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**.

20. 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.

21. 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.

22. 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.**

23. Diante dessa verificação, conclui-se que o critério questionado não afronta o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, o art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei n.º 8.666/93 e/ou qualquer outra previsão legal.

iii) Da pontuação no tocante a prova de exercício do Magistério na área objeto da licitação

24. O IMPUGNANTE sustenta que o Item **13.4.1** do Edital de Licitação restringe a competitividade do certame, por não guardar relação com as necessidades ligadas ao objeto da licitação.

25. O item 13.4.1. do Edital prevê como **critérios para a comprovação da qualificação dos licitantes para fins de pontuação** a comprovação da realização de **cursos de pós-graduação (doutorado, mestrado e lato sensu), prova do exercício de magistério na área objeto da licitação e/ou publicações relacionadas com o tema (livros, artigo, etc).**

26. A previsão editalícia tem por finalidade privilegiar **a busca de profissionais dotados de uma sólida formação profissional-acadêmica para fins da prestação dos serviços**, assegurando, por via reflexa, a qualidade na prestação dos mesmos.

27. Nesse sentido, a EPL parte da premissa de que tal finalidade pode ser alcançada - **de forma objetiva** - por meio da atribuição de uma pontuação diferenciada aos profissionais que demonstrem **melhor formação técnica-acadêmica nas áreas ligadas ao objeto da contratação, comprovada com base na apresentação da comprovação de títulos e publicações.**

28. A decisão de se pontuar a experiência acadêmica da equipe técnica é **razoável**, pois tende a buscar um recomendável alinhamento da expertise prática do profissional com o seu conhecimento teórico. A ideia não é apenas valorar eventual experiência operacional, mas sim selecionar o escritório que possua as melhores condições profissionais para assumir integralmente os serviços prestados.

29. Por fim, frise-se que a previsão da comprovação de títulos e/ou publicações por seus profissionais **não constitui um critério de exclusão dos licitantes, mas um critério objetivo de pontuação da trajetória dos profissionais que integrarão a equipe técnica**, não sendo, dessa forma, fator restritivo à competitividade do certame no processo licitatório.

iv) Das Conclusões

30. Em suma, com base nas informações acima, resta claramente evidenciado que as previsões editalícias contidas nos itens 13.2, 13.3, e 13.4.1 que estabelecem, **exclusivamente para fins de pontuação das Propostas Técnicas** -, a necessidade de comprovação de (a) tempo de experiência profissional apenas como critério de pontuação nos requisitos de qualificação técnica, (b) comprovação de aptidão em serviços objeto da licitação no setor público e concessionários de serviços públicos, e (c) exercício do Magistério na área objeto da licitação, **não são injustificadas ou abusivas**, visto que, por um lado, asseguram a qualidade na prestação dos serviços, garantindo que a sociedade advocatória e os profissionais das equipes técnicas possuem *expertise* completa sobre o objeto a ser desenvolvido e, por outro, possibilitam a realização de um julgamento objetivo, sem restringir indevidamente a competição.



IV - Da Decisão

31. Isto posto, com base nos fundamentos acima, decidimos conhecer da **IMPUGNAÇÃO** para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo inalterados os pontos atacados do Edital de Concorrência n.º 001/2013.

RAFAEL MAGALHÃES FURTADO
Presidente da Comissão de Licitação