

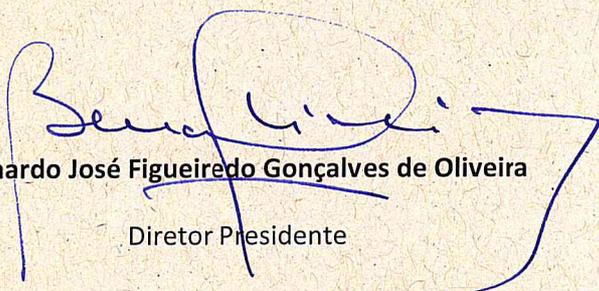
Despacho

Brasília, 18 de setembro de 2013.

Ao Presidente da Comissão Especial de Licitação RDC 003/2013

Assunto: Subsídios Técnicos

1. Solicito argumentos técnicos necessários à elaboração de resposta ao recurso.
2. Ressalto que é indispensável a avaliação por parte da Comissão Especial de Licitação quanto à procedência ou não de seu conteúdo.
3. Nesse sentido, retorno o processo para juntada do referido material e solicito urgência no atendimento.



Bernardo José Figueiredo Gonçalves de Oliveira

Diretor Presidente

JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO

TERMO: DECISÓRIO

FEITO: RECURSO ADMINISTRATIVO

REFERÊNCIA: RDC Presencial nº003/2013

RAZÕES: REVOGAÇÃO DE CERTAME LICITATÓRIO

OBJETO: CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE GERENCIAMENTO, SUPERVISÃO E APOIO TÉCNICO ÀS ATIVIDADES DE PROJETO NECESSÁRIAS PARA IMPLANTAÇÃO DO TREM DE ALTA VELOCIDADE RIO DE JANEIRO – CAMPINAS.

PROCESSO Nº.: 50840.000042/2013.

RECORRENTE(S): CONSÓRCIO GEODATA DO BRASIL/ITALFER

1. Trata-se de **RECURSO ADMINISTRATIVO** interposto pelo CONSÓRCIO GEODATA DO BRASIL/ITALFER, por meio de seu representante legal, contra decisão publicada no Diário Oficial da União de 11 de setembro de 2013, que revogou o RDC Presencial nº003/2013, por interesse público, com fundamento no artigo 45, II, “d”, da Lei n.º 12.462/2011 c/c art. 49 da Lei n.º 8.666/93.

I – BREVE SÍNTESE DOS FATOS

2. No dia 13 de dezembro de 2012, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT publicou o Edital de Concessão n.º 001/2012 com a finalidade de selecionar um operador ferroviário para a exploração do serviço público de transporte de passageiros na EF-222, por Trem de Alta Velocidade - TAV, no trecho entre os Municípios do Rio de Janeiro - RJ, São Paulo - SP e Campinas - SP (TAV Rio de Janeiro - Campinas).



Empresa de Planejamento e Logística S.A.

3. Consoante a lógica estabelecida no referido processo de contratação, a ANTT promoveria a escolha do operador ferroviário, sendo que tal operador deveria fornecer as informações necessárias acerca dos aspectos operacionais e da tecnologia a ser empregada, os quais condicionariam e direcionariam a contratação dos projetos executivos e das obras civis do TAV Rio de Janeiro – Campinas, a serem executados pela Empresa de Planejamento e Logística S.A – EPL.

4. Nesse sentido, a título de ilustração, temos a obrigação imposta nos itens 7.1 e 13.2 do Edital de Concessão para que os licitantes apresentassem, já nas suas propostas, o chamado ‘*Projeto Funcional*’, *i.e.*, um documento contendo a metodologia de execução para a implementação do objeto da Concessão, o Cronograma Físico-Financeiro dos Investimentos e o Termo de Referência do Programa de Transferência e Absorção de Tecnologia, dentre outros elementos fundamentais à execução das obras.

5. De modo a viabilizar a elaboração dos projetos executivos e a realização das obras sob sua responsabilidade, a EPL publicou em 05 de março de 2013 o Edital RDC n.º 003/2013, cujo objeto é a “*Contratação de Serviços de Gerenciamento, Supervisão e Apoio Técnico às atividades de Projeto necessárias à implantação do Trem de Alta Velocidade Rio de Janeiro – Campinas*”.

6. Note-se que o Edital RDC n.º 003/2013 previa que uma série de informações necessárias para o desenvolvimento das atividades por parte do contratado seriam fornecidas pelo operador contratado no âmbito do Edital de Concessão – particularmente por meio do Projeto Funcional – bem como que o operador ferroviário e o contratado deveriam interagir constantemente ao longo da execução contratual, como se extrai, *v.g.*, dos itens 3.4, 3.9 e 4 do Anexo I do Edital.

7. Ocorre que no dia 16 de agosto de 2013, de forma absolutamente alheia à atuação e gestão da EPL, sobreveio a publicação no Diário Oficial da União do Comunicado Relevante n.º 012/2013 da ANTT, tornando público o adiamento, *sine die*, do cronograma que trata o item 15 do Edital de Concessão n.º 001/2012.



8. Diante desta situação, partindo da premissa de que o adiamento da licitação acima traz impactos significativos em todas as ações relacionadas ao TAV Rio de Janeiro – Campinas, a Comissão Especial de Licitação - CEL elaborou a Nota Técnica/CEL n.º 01/2013, na qual defende a necessidade da revogação do RDC n.º 003/2013 – EPL, por interesse público, tendo em vista a ocorrência de fato superveniente devidamente comprovado. No mesmo sentido, o Parecer Jurídico n.º 169/13 se posicionou pela viabilidade jurídica da revogação do certame, visto que presentes os requisitos previstos no art. 45, II, “d”, da Lei n.º 12.462/2011 e no art. 49 da Lei n.º 8.666/93.

9. Com base nos fundamentos de fato e de direito expostos nas manifestações técnicas, em 11 de setembro de 2013, o Diretor-Presidente da EPL, no uso das suas atribuições legais e estatutárias, decidiu revogar o RDC n.º 003/2013, bem como abrir prazo de 05 (cinco) dias úteis para que os interessados, se quisesses, apresentassem recurso administrativo, na forma do art. 109, I, ‘c’, da Lei n.º 8.666/93 e do art. 60, § 2º, do Decreto n.º 7.581/11.

10. Inconformado com a decisão, no dia 17 de setembro de 2013, o CONSÓRCIO GEODATA DO BRASIL/ITALFER (“**RECORRENTE**”), consórcio classificado *provisoriamente* em primeiro lugar na licitação, interpôs o presente **RECURSO ADMINISTRATIVO** contra decisão que revogou o RDC n.º 003/2013. Note-se que o **RECORRENTE** foi o único licitante que apresentou recurso administrativo contra a decisão de revogação do certame.

11. Por fim, no dia 23 de setembro de 2013, a Comissão Especial de Licitação - CEL emitiu, por determinação do Diretor-Presidente da EPL, a Nota Técnica n.º 002/CEL/2013, na qual analisa os argumentos trazidos pelo **RECORRENTE** em sua peça recursal.

12. Esta é a síntese breve dos fatos.



II - DAS ALEGAÇÕES DO RECORRENTE

13. Em linhas gerais, o **RECORRENTE** alega que:

- a) O “*fato superveniente*”, consubstanciado no adiamento *sine die* do cronograma do Edital de Concessão, não alterou qualquer condição para o regular andamento do RDC n.º 003/2013, bem como que, na data da abertura do certame, a EPL tinha pleno conhecimento que o RDC n.º 003/2013 não seria concluído antes da celebração do contrato com o licitante vencedor do Edital de Concessão n.º 001/2012, não restando configurado o “*fato superveniente*”;
- b) O Edital de Concessão foi apenas e tão somente suspenso, *sine die* - e não revogado e/ou modificado - não havendo motivos para a revogação do RDC n.º 003/2013, devendo a EPL, de forma alternativa à revogação: (i) concluir a licitação, adjudicar o objeto contratado ao consórcio/empresa vencedor e aguardar o desenlace do Edital de Concessão n.º 001/2012; ou (ii) suspender o RDC n.º 003/2013 e/ou adiar a divulgação do seu resultado até que seja definido o concessionário do TAV;
- c) A revogação do RDC n.º 003/2013 acarreta prejuízos ao interesse público pois, além de gerar o refazimento de atos já praticados, imporá indenização dos licitantes em razão dos gastos que tiveram com a participação no certame; e
- d) Parte dos serviços licitados - correspondentes a 30% do objeto licitado - poderia ter a sua execução iniciada independentemente do Projeto Funcional e a parcela restante - correspondente a 70% do objeto licitado - poderia ser objeto de revisão do cronograma físico-financeiro;

14. Por fim, o **RECORRENTE** pleiteia o provimento do recurso administrativo de modo que seja révertida a decisão da revogação do RDC n.º 003/2013, determinando a autoridade competente, alternativamente:



- a) a continuação do certame, com o julgamento dos recursos apresentados pelos licitantes e posterior adjudicação do objeto licitado ao **RECORRENTE**, celebração do contrato e execução dos serviços que forem possíveis, desde logo; ou
- b) a suspensão do certame, antes ou após o julgamento dos recursos administrativos apresentados pelos licitantes, até que seja retomado o Edital de Concessão ANTT n.º 001/2012, salvo haja alguma modificação no objeto daquela contratação que imponha alteração no objeto licitado no RDC n.º 003/2013.

III – DO MÉRITO DOS ARGUMENTOS SUSCITADOS NO RECURSO ADMINISTRATIVO

15. Seguindo a lógica da exposição apresentada pela **RECORRENTE** em sua manifestação, temos:

III.1. Da não configuração de fato superveniente / ausência de Projeto Funcional já era conhecida quando do lançamento do Edital RDC n.º 003/2013:

16. O primeiro argumento sustentado pelo **RECORRENTE** é o de que o adiamento, *sine die*, do cronograma do Edital de Concessão não altera qualquer condição para o regular andamento do RDC n.º 003/2013, visto que o simples adiamento da licitação “na qual seria contratado o operador da TAV e, como é sabido, responsável pela elaboração do Projeto Funcional, indispensável para diversos serviços licitados neste RDC, não conduz diretamente ao esvaziamento do interesse público na manutenção do certame”.

17. O argumento suscitado pelo **RECORRENTE** não merece prosperar na medida em que, conforme amplamente demonstrado na Nota Técnica n.º 01/CEL/2013 e no Parecer Jurídico n.º 169/2013, o objeto e o cronograma do RDC n.º 003/2013 **estão direta e estritamente vinculados ao cronograma previsto no Edital de Concessão ANTT n.º 001/2012, não se mostrando condizente com o interesse público a**



Empresa de Planejamento e Logística S.A.

manutenção de um procedimento licitatório para a execução de um contrato que já nascerá, de antemão, inexecuível e em dissonância com a realidade.

18. Nesse sentido, por ocasião da edição do despacho revocatório do certame, a Comissão Especial de Licitação – CEL se manifestou da seguinte forma:

“(...) 6. As etapas da implantação do TAV Rio de Janeiro – Campinas previstas no RDC, fls. 54 e 55 do processo nº 50840.000042/2013, do item 2 do referido Anexo I, envolvem:

*“.....
Etapa 1: referente a Contratação da Operadora Concessionária para operação do TAV Rio de Janeiro – Campinas/SP, sob gestão da ANTT,*

***Etapa 2:** referente a Contratação da empresa gerenciadora dos projetos executivos, que constitui o objeto deste Projeto Básico da Licitação,*

***Etapa 3:** referente a Contratação das empresas de projetos que desenvolverão os projetos executivos do trecho TAV Rio de Janeiro – Campinas ...”*

7. O escopo do RDC abrange o suporte ao gerenciamento e coordenação da integração do Projeto Executivo, portanto, compreende a etapa 2. Para atender ao referido escopo, foram previstas macro-atividades (fls. 55 a 57); dentre as quais se destacam:

*“.....
3.4 Elaborar manual técnico para projeto executivo, contendo: requisitos, critérios, especificações de procedimentos, para elaboração, integração, padronização e compatibilização dos projetos, para ferrovias de alta velocidade, além do desenvolvimento de metodologia para sua efetiva aplicação nos projetos em elaboração pelas empresas projetistas. Dentre os temas que devem constar no manual estão:*

- i. Interferências;*
- ii. Investigações e ensaios geológicos-geotécnicos;*
- iii. Estudos geológicos específicos de hidrologia e de sismicidade;*
- iv. Geotecnia para fundação, transição entre aterros e viadutos, emboques e desemboques de túneis;*
- v. Geometria da via;*
- vi. Terraplenagem (cortes, aterros, compactação);*
- vii. Túneis;*
- viii. Estruturas;*
- ix. OAE's - Obras de Artes Especiais (Pontes e Viadutos);*
- x. Obras de Arte Corrente;*
- xi. Drenagem;*





Empresa de Planejamento e Logística S.A.

- xii. Estações e sua inserção urbana no entorno;
 - xiii. Via permanente (leito, dormentes, trilhos, Aparelho de mudança de via AMV's);
 - xiv. Pátios e oficinas;
 - xv. Obras de contenção provisórias e definitivas;
 - xvi. Obras complementares;
 - xvii. Acessos provisórios e permanentes;
 - xviii. Edificações técnicas ao longo do traçado.
-

3.9 Coordenar, conduzir e acompanhar tecnicamente todas as fases de desenvolvimento dos projetos executivos, gerenciando as interfaces e integração entre os diversos projetos e entre as empresas projetistas contratadas, e destas com os requisitos de projeto funcional, definidos pela Operadora Concessionária,

"4. CONSIDERAÇÕES GERAIS

.....

A gerenciadora também será a responsável técnica pela integração total do projeto executivo. Para tal, deverá executar ações de forma integrada, com a Operadora Concessionária e os agentes contratados pela EPL e ANTT para os assuntos relativos ao empreendimento do TAV Rio de Janeiro - Campinas/SP tais como: meio-ambiente, interfaces sócio-ambientais, desapropriações, interferências, reassentamentos e comunicação geral, de modo que haja pleno atendimento e troca de informações, documentos e projetos entre todas as partes.

A EPL estabelecerá e acompanhará a conexão entre a gerenciadora e a Operadora Concessionária (responsável pelo Projeto Funcional) e também com as demais instituições, tais como: ministérios, agentes financiadores, entidades de controle ambiental e sociais e governos municipais e estaduais.
...."

8. Observa-se que na macro-atividade 3.4 estão presentes temas que, para serem desenvolvidos, necessitam de insumos provenientes do Projeto Funcional, cujas diretrizes para sua elaboração estão presentes no Edital de Concessão, em seus Apêndices A e C. Nestes, a proponente deve, em seu Projeto Funcional de:

(i) considerar a reposição de trilhos, dormentes, aparelho de mudança de via (AMV's), lastro e sub-lastro de acordo com a previsão de vida útil com base nas tonelagens anuais, cargas axiais, curvaturas e nas velocidades de tráfegos, sendo a discriminação destas outra obrigação dentro do Projeto Funcional no item "Memorial descritivo dos Serviços Ferroviários". Isso fragiliza a elaboração do manual técnico para projeto executivo no quesito "Geometria da via" e "Via permanente";



(ii) (1) otimizar o diâmetro dos túneis para mitigar o risco associado à pressão temporária permissível para túneis de via única ou dupla; e (2) apresentar as normas, padrões e especificações adotados para fins de evacuação de emergência e realização de serviços de manutenção e de inspeção em túneis, o que interfere na elaboração do manual técnico no quesito "Túneis";

(iii) apresentar desenhos para as seções transversais tipo, dimensionadas, indicando gabaritos e todas as variáveis consideradas, bem como a descrição dos critérios adotados para cada situação, o que impacta no quesito "Estruturas" do manual técnico;

(iv) ofertar um padrão tecnológico de TAV, no qual se estabelece parâmetros tais como: peso por eixo e rampa. Parâmetros esses do qual depende o quesito "OAE's – Obras de Artes Especiais (Pontes e Viadutos)";

(v) apresentar memorial descritivo e leiaute preliminar das áreas funcionais das estações, o que é requisito para elaboração do manual técnico para projeto executivo no quesito "Estações e sua inserção urbana no entorno";

(vi) indicar, na parte de via permanente, os locais de estacionamento de locomotivas, o que fragiliza a elaboração do manual técnico no quesito "Via permanente (leito, dormentes, trilhos, Aparelho de mudança de via AMV's)";

(vii) prever pátio de manutenção de trens localizados estrategicamente ao longo da rota. Obrigação essa que influi no quesito "Pátios e oficinas";

(viii) apresentar memorial descritivo da implantação de proteções acústicas contendo as características técnicas e construtivas, bem como dos canteiros de obra, o que é requisito para elaboração do manual no quesito "Obras complementares"; e

(ix) prever a instalação de um Centro de Controle de Tráfego Centralizado - CCTC de emergência, em ambiente físico distinto do CCTC principal, o que prejudica a elaboração do manual técnico no quesito "Edificações técnicas ao longo do traçado".

9. Neste ponto, vale mencionar que o Edital de Concessão indica algumas normas, padrões e/ou especificações para ferrovia de alta velocidade, no entanto, a proponente poderá utilizar normas, padrões, especificações e procedimentos alternativos, desde que nacional ou internacionalmente aceitos para sistemas de trem de alta velocidade, para a elaboração de seu Projeto Funcional.

10. Adicionalmente, o desenvolvimento da macro-atividade 3.9 e do item 4 ficam comprometidos em função do previsto no Edital de Concessão, o qual estabelece, em suas definições, que o Projeto Executivo será desenvolvido pelo Poder Concedente considerando o Projeto Funcional, entregue pela Operadora Concessionária, e que esse deverá ser elaborado de acordo com o Traçado Referencial e com as orientações constantes do Programa de Exploração Ferroviária - PEF, e que deverá conter, dentre outros, a indicação do padrão tecnológico de TAV a ser adotado.

11. Além de a proponente fornecer o Projeto Funcional, de acordo com a minuta do Contrato de Concessão, Anexo 2, do Edital de Concessão, tem também a obrigação de prestar informações ou esclarecer dúvidas durante o

desenvolvimento do Projeto Executivo quando solicitada, bem como de fazer um relatório dos impactos desse sobre o equilíbrio econômico financeiro do Contrato e eventuais desconformidades em relação ao Projeto Funcional, o que reforça a conexão entre o RDC e o Edital de Concessão. Isto está expresso no trecho da minuta do Contrato transcrito a seguir:

“
9.3 Durante a elaboração do **Projeto Executivo**, a **Concessionária** deverá prestar todas as informações e esclarecer todas as dúvidas dirigidas pelo Poder Concedente e por terceiro responsável pela sua elaboração, no prazo máximo de 90 (noventa) dias.

9.4 Até a conclusão do **Projeto Executivo**, a **Concessionária** poderá, fundamentadamente e desde que observados os parâmetros mínimos estabelecidos no PEF, submeter ao Poder Concedente alterações no Projeto Funcional.

9.5 Quando da conclusão do **Projeto Executivo**, a **Concessionária** elaborará, em até 90 (noventa) dias da entrega de cópia do **Projeto Executivo** pelo Poder Concedente, relatório referente aos impactos no equilíbrio econômico-financeiro do Contrato que advirão das soluções técnicas e demais condições constantes do Projeto Executivo para a execução dos Trabalhos, bem como sobre eventuais desconformidades em relação ao Projeto Funcional ou outras falhas e defeitos que vier a identificar.”

12. Assim, fica claro que para atender ao escopo e às macro-atividades, dispostas no RDC, serão necessários documentos provenientes exigidos no Edital de Concessão, que seriam entregues na Sessão de recebimento das propostas técnicas da licitação para a concessão da operação do TAV, entre eles o Projeto Funcional elaborado pela proponente.

13. Cabe mencionar, ainda, que a justificativa para contratação do objeto do RDC, que “... versa sobre a contratação pela EPL, de serviços de integração técnica e a gestão da execução dos projetos executivos e do apoio à contratação das obras civis de Infraestrutura e redes de alta tensão para implantação do Trem de Alta Velocidade, na Estrada de Ferro EF-222, no trecho Rio de Janeiro – Campinas/SP.” (fl.53), fica prejudicada, pois a execução do Projeto Executivo tem vinculação direta com o Projeto Funcional, que deve ser apresentado pela adjudicatária do Edital de Concessão.

14. Destaca-se, por fim, o fato de que o Cronograma Físico e Financeiro referencial constante do Anexo VII do RDC, fl. 71, evidencia o comprometimento da execução do objeto conforme o exigido, pois 95% dos recursos previstos no fluxo físico e financeiro têm seus produtos dependentes do Projeto Funcional. Soma-se a isso, a adoção desse Cronograma referencial pelas proponentes do RDC.

IV. DA CONCLUSÃO.

15. Considerando o Edital de Concessão referente à Concessão para Exploração do Serviço Público de Transporte Ferroviário de Passageiros por Trem de Alta Velocidade na Estrada de Ferro EF-222, no trecho Rio de Janeiro - Campinas (TAV Rio de Janeiro - Campinas).

16. Considerando o Comunicado Relevante nº 012/2013, da Comissão de Avaliação, referente ao Edital de Concessão, que tornou público o **adiamento sine die do cronograma de Concessão**, de que trata o item 15 do referido Edital.

17. E, considerando o objeto da licitação do RDC, qual seja: *Contratação de Empresa para Prestação de Serviços de Gerenciamento, Supervisão e Apoio Técnico às Atividades de Projeto Necessárias para Implantação do Trem de Alta Velocidade Rio de Janeiro – Campinas.*

18. A Comissão Especial de Licitação - CEL elaborou a presente Nota Técnica para avaliar a conveniência e oportunidade do prosseguimento do certame objeto do RDC. E, concluiu que o adiamento do cronograma do Edital de Concessão é uma circunstância nova, desconhecida à época da publicação do RDC e que mudou o contexto no qual este foi inserido, de tal forma que se torna inviável:

- a. (i) o alcance do seu objeto; e,
- b. (ii) inconveniente ao interesse coletivo à manutenção do ato administrativo.

19. Conclui-se assim, smj, haver motivo de interesse público superveniente capaz de conduzir à revogação do certame”.

19. Da manifestação técnica acima transcrita, **resta clara e evidente a relação de interdependência entre a execução do objeto do RDC n.º 003/2013 e as informações a serem fornecidas pelo licitante vencedor do Edital de Concessão ANTT n.º 001/2012, sendo certo que o adiamento desta licitação, sine die, determinada pela Agência Reguladora responsável pela concessão do TAV, acarreta profundos impactos no objeto e no cronograma do RDC n.º 003/2013, tornado absolutamente inviável a sua execução conforme originalmente previsto.**

20. A relação de interdependência entre os dois procedimentos, inclusive, é reconhecida de forma expressa e enfática pela própria **RECORRENTE** no Item A.3.1.1. da sua Proposta Técnica, nos seguintes termos:

*“É sabido que para além dos estudos de referência iniciais do projeto desenvolvido pelo Consórcio Halcrow-Sinergia, e pela própria GEODATA, o ponto de partida fundamental das atividades do Consórcio é representado pelo **Projeto Funcional da Concessionária**.*

*Este produto representa a **descrição do Sistema Ferroviário** proposto pela Concessionária, através da definição das especificações fundamentais dos*

componentes ferroviários envolvidos: material rodante, sistemas de alimentação elétrica, sistema de sinalização e telecomunicações, manutenção de linha, ferramental dos depósitos e oficinas, meio ambiente e sistemas de segurança.

*O Projeto Funcional permitirá à Concessionária, com base no Sistema Ferroviário pressuposto, estimativas de demanda prevista nos diversos horizontes temporais e com base em um programa de futura operação ferroviária, de avaliar os custos de investimento e de operação necessários para a formulação completa do **Plano de Negócio, baseado fundamentalmente no contrato de concessão de quarenta anos.***

Fica clara a importância do Projeto Funcional da Concessionária, assim como a estreita interrelação entre o mesmo e o Contrato de Concessão.

*Consideramos ser de fundamental importância que o Projeto Funcional da Concessionária seja disponibilizado para a equipe do Consórcio, **o quanto antes, mesmo antes da publicação dos documentos técnicos da proposta da Concessionária**”.*

21. Ademais, a suspensão do Edital de Concessão tem um impacto direto em, no mínimo, 95% (noventa e cinco por cento) das atividades previstas no cronograma de execução do RDC n.º 003/2013, sendo que a parcela de atividades que poderiam ser desenvolvidas independentemente do fornecimento dos dados e informações advindas do concessionário do TAV corresponde a aproximadamente 5% (cinco por cento).

22. Note-se que, ainda que fosse verídico o cálculo apresentado pela **RECORRENTE** de que seria possível a execução de 30% (trinta por cento) das atividades contratadas sem o Projeto Funcional e demais informações a serem fornecidas pelo concessionário do TAV, ainda assim teríamos uma situação em que 70% (setenta por cento) do contrato é absolutamente inexecutável.

23. Ora, como defender a existência de interesse público no prosseguimento de um certame e na celebração de um contrato administrativo – que gerará direitos subjetivos aos contratados – cujo objeto não poderá ser executado? **Resposta: não há como defender tal posicionamento pois sob a perspectiva da racionalidade administrativa posto que o acolhimento da alternativa importaria na assunção de obrigações e no dispêndio de recursos públicos em um objeto incerto, com graves riscos de prejuízo por parte da EPL.**

24. Por sua vez, também não subsiste o argumento de que, desde o lançamento do RDC n.º 003/2013, a EPL já tinha conhecimento de que a referida licitação seria concluída antes do término do leilão que definiria o vencedor do Edital de Concessão ANTT n.º 001/2012.

25. Acerca do tema, temos que o cronograma do RDC n.º 003/2013 estava vinculado ao cronograma da concessão do TAV **na medida em que diversas atividades previstas no cronograma da contratação da gerenciadora dependiam necessariamente de insumos fornecidos pela concessionária do TAV.**

26. Em outras palavras, a previsão da contratação da gerenciadora, de fato, antecedia à contratação da concessionária do TAV, mas os dois cronogramas estavam previamente definidos e estritamente vinculados, sendo que a previsão do cumprimento das obrigações da gerenciadora guardava total sintonia com a entrega das informações por parte da concessionária do TAV. Tal fato, inclusive, é facilmente aferido da análise do Plano Geral de Implantação do Projeto TAV constante da Proposta Técnica apresentada pela **RECORRENTE**.

27. Ocorre que o adiamento do cronograma do Edital de Concessão ANTT n.º 001/2012 – **fato superveniente, comprovado e totalmente imprevisto pela EPL** - simplesmente rompeu esta lógica, tornando inviável o cumprimento do cronograma para a contratação da gerenciadora, visto que **tornou absolutamente incerto o momento do fornecimento das informações que constituem insumo fundamental para o desenvolvimento dos trabalhos a serem contratados por meio do RDC n.º 003/2013.**

28. Desse modo, é inegável que o adiamento “*sine die*” do cronograma do Edital de Concessão n.º 001/2012 **acarreta impactos significativos e inevitáveis na execução do contrato derivado do RDC n.º 003/2013, ensejando a revogação do certame e a sua total reformulação, à luz das novas condições fáticas.**

III.2. Inexistência de revogação e/ou modificação do Edital de Concessão ANTT n.º 001/2012 e possibilidade de suspensão do RDC n.º 003/2013:

29. O segundo argumento trazido pela **RECORRENTE** é o de que o Edital de Concessão ANTT n.º 001/2012 foi apenas e tão somente suspenso, *sine die*, e não cancelado e/ou modificado, não havendo motivos para a revogação do RDC n.º 003/2013, devendo a EPL, de forma alternativa à revogação: **(i)** concluir a licitação, adjudicar o objeto contratado ao consórcio/empresa vencedor e aguardar o desenlace do Edital de Concessão n.º 001/2012; ou **(ii)** suspender o RDC n.º 003/2013 e/ou adiar a divulgação do seu resultado até que seja definido o concessionário do TAV.

30. Conforme amplamente demonstrado, o adiamento “*sine die*” do cronograma do Edital de Concessão n.º 001/2012 constitui fato superveniente, devidamente comprovado, apto a alterar o posicionamento da Administração Pública acerca da *conveniência e oportunidade* da realização da contratação da gerenciadora nas bases atuais, visto que tornou inexecutível o cronograma previsto no Edital RDC n.º 003/2013 e introduziu um fator de incerteza absoluta quanto ao seu redimensionamento na medida em que não há elementos suficientes para aferir se, quando e em que bases o cronograma para a contratação da concessionária do TAV será retomado.

31. Nesse sentido, a EPL entende que o interesse público no presente caso é melhor atendido por meio da revogação do RDC n.º 003/2013, visto que evitará a celebração de um contrato que – por fatores supervenientes e imprevistos – se tornou inexecutível e que, caso firmado como pleiteia a RECORRENTE, será fonte de obrigações para a empresa pública lastreadas em fatos vindouros e incertos, com graves riscos de prejuízos futuros.

32. Note-se que, conforme entendimento pacífico da doutrina especializada e dos tribunais, a decisão acerca da revogação de um certame licitatório é um juízo estritamente ‘discricionário’ do Administrador Público, fundado em uma avaliação de

conveniência e oportunidade em prosseguir com o procedimento, direcionado à consecução do interesse público. Acerca do tema, a título de exemplo, conferir:

“CONTRATAÇÃO PÚBLICA – LICITAÇÃO – REVOGAÇÃO – NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – FATO SUPERVENIENTE COMPROVADO, PERTINENTE E JUSTIFICADO.

A Administração Pública, no âmbito de seu poder discricionário, é dado revogar o procedimento licitatório, por razões de interesse público. Todavia, ao Poder Judiciário compete apenas avaliar a legalidade do ato, de maneira que lhe é vedado adentrar ao âmbito de sua discricionariedade, fazendo juízo a respeito da conveniência e oportunidade, bem como acerca da efetiva existência de interesse público.

A revogação do certame é ato administrativo, exigindo, portanto, a devida fundamentação e motivação (justo motivo para seu desfazimento), assim como o cumprimento das disposições legais.

O art. 49 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê a possibilidade de revogação do procedimento licitatório, em caso de interesse público, decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta.”

(STJ, RMS n.º 23.360, Rel. Min, Denise Arruda, j. 17.12.2008).

“O juízo de conveniência e oportunidade a respeito da revogação da licitação é, pela sua própria natureza ato discricionário, privativo da autoridade administrativa que deve resguardar o interesse público. Nos termos do art. 49 da Lei n.º 8.666/1993, a revogação somente poderá ser efetivada por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo ser promovida a anulação do certame por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado”.

(TCU, Acórdão n.º 3084/2007, Primeira Câmara)

“Frise-se que a revogação de procedimento licitatório é ato discricionário do administrador público, conforme inclusive já sumulado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal (Enunciado n.º 473), não cabendo, destarte, questionar o ato de revogação trazido ao conhecimento desta Corte de Contas. A propósito, este é o teor do aludido Enunciado, verbis: (...)”

(TCU, Acórdão n.º 2119/2008, Segunda Câmara)

33. A discricionariedade administrativa, por definição, é um poder conferido por lei ao Administrador Público para que este, diante de um fato concreto em que existam possibilidades de vários comportamentos, **adote a decisão que seja mais benéfica ao interesse público, com base em critérios de oportunidade e conveniência.**

34. Acerca do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que “a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito”.¹ No mesmo sentido, José Cretella Júnior, salienta que “a discricionariedade consiste na possibilidade de a autoridade selecionar dentre as várias hipóteses que a norma oferece a que melhor traduza, em dado momento, a vontade da Administração, orientada para o interesse público. Obviamente que a escolha de uma dentre as possibilidades conferidas por lei deverá obedecer a critérios de conveniência, oportunidade e justiça quando da ocorrência do caso concreto”.²

35. Assim, independentemente da eventual possibilidade da adoção de outra solução no caso concreto que não o cancelamento do certame, a legislação autoriza ao Administrador Público a – preenchidos os requisitos legais e de modo fundamentado – **decidir pela revogação do certame, caso entenda que está é a melhor alternativa para a consecução do interesse público.**

36. No caso concreto, a **RECORRENTE** sugere (a) a suspensão do RDC n.º 003/2013 até que seja retomada a licitação para a contratação da concessionária do TAV ou (b) a celebração do contrato de gerenciamento, a sua suspensão imediata, e a sua retomada “a posteriori”, com ampla revisão do cronograma contratual, quando da retomada do Edital de Concessão ANTT n.º 001/2013.

37. Ocorre que ambas as soluções propostas pela **RECORRENTE** apresentam riscos para a Administração Pública e grandes dificuldades de ordem prática. Por exemplo, a suspensão do RDC n.º 003/2013 na fase em que se encontra – julgamento dos recursos administrativos –, por um período longo e indeterminado, certamente acarretaria questionamentos acerca da manutenção da validade das propostas (os licitantes não podem ficar indefinidamente vinculados a uma proposta apresentada),

¹ *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 205

² *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p.148.

bem como acerca da necessidade da sua atualização. Por sua vez, a celebração do contrato ensejará o surgimento de direitos subjetivos para o contratado, custos associados com a mobilização de equipes, investimentos em equipamentos, pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro, dentre outros, que seriam assumidos pela EPL sem que esta saiba, ao certo, em que bases a ANTT retomará o certame para a contratação do concessionário do TAV. Isso sem contar com a eventual necessidade de atualização dos estudos já realizados para o projeto TAV Campinas – Rio de Janeiro, o que acarretaria a necessidade de uma revisão do objeto contratado.

38. Repise-se: **diante do quadro gerado pelo adiamento do Edital de Concessão n.º 001/2012, a decisão pela revogação do RDC n.º 003/2013 é a solução que mais se coaduna com o interesse público no presente momento na medida em que possibilitará uma reavaliação pela EPL da melhor forma do cumprimento das suas atribuições institucionais, sem o risco da realização de uma contratação inexecutável e calcada em bases incertas.**

39. Da mesma forma, não cabe razão à **RECORRENTE** ao afirmar que revogação acarretaria prejuízo ao interesse público na medida em que ensejaria o refazimento de atos já praticados bem como a necessidade de pagamento de indenização pelos custos incorridos pelos licitantes.

40. Em primeiro lugar, conforme amplamente demonstrado acima, o risco para o interesse público é muito maior caso seja realizada uma contratação sabidamente inexecutável e calcada em bases incertas (cronograma, condições, etc.) do que caso haja a necessidade da repetição do procedimento licitatório, sob novas bases, compatível com a nova realidade fática decorrente do adiamento e da inevitável revisão do cronograma da licitação para a concessão do TAV.

41. Por outro lado, conforme pacificamente reconhecido, a revogação do procedimento licitatório – uma decisão eminentemente discricionária - somente gera direito de indenização aos licitantes quando tomada de forma arbitrária e fora dos parâmetros legais para a sua efetivação.

42. Acerca do tema, destaca Sônia Maria Pimental Lobo que:

*“Caso a revogação do ato extrapole os limites, e nesses termos, venha a causar danos ao particular, a ele assiste o direito à indenização, decorrência da responsabilidade extracontratual do Estado. Porém, essa não é a regra, pois a revogação, quando legítima, ou seja, quando atende a todos os requisitos legais, não gera o direito à indenização”.*³

43. No mesmo sentido, o E. Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

AÇÃO CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ORDINÁRIO. REQUISITOS DA MEDIDA. PERICULUM IN MORA. FUMUS BONI JURIS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. ADMINISTRATIVO. REVOGAÇÃO DE PREGÃO. (...)

6. Deveras, a exegese do art. 49, da Lei n.º 8.666/93, não impede a Administração de revogar o ato e submeter-se à indenização correspondente. A ratio essendi é a de que se houve revogação infundada a indenização é devida, hipótese que é afastada pelo fato superveniente motivador do ato revocatório” STJ, MC n.º 11055/RS, Rel. Min. Luiz Fux).

44. Assim, não tem razão a **RECORRENTE** em sua peça recursal, visto que restou amplamente demonstrada: **(a)** a ocorrência de fato superveniente – i.e., o adiamento *sine die* do Edital de Concessão n.º 001/2012, amplamente divulgado na imprensa e determinado por ato unilateral da ANTT; **(b)** pertinente é suficiente para ensejar o cancelamento do certame -, i.e., um fato capaz de acarretar uma reavaliação por parte do Poder Público da conveniente e oportunidade da conclusão do procedimento licitatório, consubstanciado na impossibilidade do cumprimento do objeto contratual da forma e nos prazos originalmente previstos -, estão presentes os requisitos legais autorizadores da revogação do RDC n.º 003/2013; e **(c)** que tal solução se coaduna com o interesse público, na medida em que impede a celebração de um contrato sabidamente inexecutável bem como o surgimento de direitos subjetivos dele decorrentes, em bases incertas e imprevisíveis.⁴

³ Revogação de ato administrativo e interesse público. Disponível em www.conjur.com.br/2007-jul-26/revogacao_ato_administrativo_interesse_publico. Acessado em 24.09.2013.

⁴ Conforme destacado no Parecer Jurídico n.º 169/2013: “17. No caso concreto, com base nas informações contidas na Nota Técnica n.º 01/CEL/2013, é possível inferir que estão plenamente preenchidos os requisitos legais autorizadores da revogação da licitação, na medida em que: (a) restou demonstrada a ocorrência de fato superveniente, consubstanciado no adiamento do Edital de Concessão

II.3. Possibilidade de execução dos serviços objeto do RDC n.º 003/2013:

45. Por fim, o **RECORRENTE** sustenta que, caso celebrado o contrato com a gerenciadora, *“parte dos serviços licitados poderia ter a sua execução iniciada agora mesmo, sem a necessidade de se aguardar o Projeto Funcional a cargo do operador ainda a ser contratado”* – o que, segundo os seus próprios cálculos, corresponderia a 30% (trinta por cento) do objeto contratado - e que, no que tange à parcela que não pode ser cumprida – que, também na sua avaliação, corresponde a 70% (setenta por cento) do contrato - o Edital do RDC n.º 003/2013 prevê a possibilidade de prorrogação da execução dos serviços contratados (itens 12.1. e 12.2. do Edital e 10.9 do Anexo I do Edital), *“de modo que não se pode dizer que já não estavam previstos mecanismos que propiciariam a manutenção do interesse público nesse certame no caso de eventuais atrasos decorrentes das demais etapas do TAV”*.

46. Acerca do tema, em primeiro lugar, cumpre destacar que, consoante exposto na Nota Técnica n.º 001/CEL/2013 - a suspensão do Edital de Concessão ANTT n.º 001/2012 tem um impacto direto em, no mínimo, 95% (noventa e cinco por cento) das atividades previstas no cronograma de execução do RDC n.º 003/2013, sendo que a parcela de atividades que poderiam ser desenvolvidas independentemente do fornecimento dos dados e informações advindas do concessionário do TAV corresponde a aproximadamente 5% (cinco por cento). Nesse sentido, a manifestação técnica se posiciona da seguinte forma:

ANTT n.º 001/2012, publicado no Diário Oficial da União em 16/08/13 e amplamente divulgado na imprensa; e (b) tal fato é pertinente e suficiente para justificar o cancelamento do certame, na medida em que – da forma como foi desenhada a licitação – a consecução do objeto do RDC Presencial n.º 003/2013 depende em grande parcela de insumos e informações fornecidos do licitante vencedor do certame promovido pela ANTT, restando inviabilizada a prestação dos serviços contratados sem o fornecimento do Projeto Funcional e demais informações a cargo do operador ferroviário que seria contratado pela ANTT. (...) 19. Dessa forma, uma vez demonstrado tecnicamente que o adiamento do Edital de Concessão ANTT n.º 001/2012 traz impactos que inviabilizam a consecução do objeto do RDC Presencial n.º 003/2013, entendemos presentes os requisitos legais para a revogação desta licitação, por interesse público, fundado em um juízo de conveniência e oportunidade da EPL (art. 44 da Lei n.º 12.462/11 c/c art. 49 da Lei n.º 8.666/93), na medida em que as condições iniciais previstas para a contratação se alteraram substancialmente, justificando o cancelamento do certame e a revisão das suas respectivas premissas na busca da formatação mais adequada de consecução dos fins administrativos.

“14. Destaca-se, por fim, o fato de que o Cronograma Físico e Financeiro referencial constante do Anexo VII do RDC, fl. 71, evidenciá o comprometimento da execução do objeto conforme o exigido, pois 95% dos recursos previstos no fluxo físico e financeiro têm seus produtos dependentes do Projeto Funcional. Soma-se a isso, a adoção desse Cronograma referencial pelas proponentes do RDC”.

47. Contudo, conforme já ressaltado nesta peça, ainda que fosse verídico o argumento apresentado pela **RECORRENTE** de que seria possível a execução de 30% (trinta por cento) das atividades contratadas sem o Projeto Funcional e demais informações a serem fornecidas pelo concessionário do TAV, **ainda assim teríamos uma situação em que 70% (setenta por cento) do contrato é absolutamente inexecuível.**

48. Nesse sentido - conforme também ressaltado -, é absolutamente contrário ao interesse público e aos princípios da razoabilidade e eficiência a Administração Pública realizar uma contratação sabendo, de antemão, que terá de promover de imediato alterações em, no mínimo, 70% (setenta por cento) do cronograma de execução contratual.

49. Ora, o Edital RDC n.º 003/2013 prevê, de fato, a possibilidade da introdução de ajustes e aperfeiçoamentos no cronograma físico-financeiro, de acordo com as necessidades de cada momento. **Isso não significa, contudo, que a EPL está autorizada a firmar um contrato baseado em um cronograma físico-financeiro que, de antemão, já se sabe que não poderá ser cumprido e, posteriormente, promover uma revisão – em data ainda indefinida - em mais de 70% (setenta por cento) deste cronograma.**

50. Caso agisse dessa forma, a EPL estaria violando inúmeros princípios aplicáveis à Administração Pública, tais como o princípio da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da eficiência, o que não se pode admitir.

51. Desse modo, também não merece acolhida a alegação apresentada pela **RECORRENTE** na medida em que a EPL não poderia, de ponto de vista legal e da



Empresa de Planejamento e Logística S.A.

racionalidade administrativa, celebrar um contrato cujo cronograma físico-financeiro se tornou totalmente dissociado da realidade, com a obrigação futura de promover uma ampla revisão em suas bases, por meio de termo aditivo.

IV - DA DECISÃO

52. Diante das razões de fato e de direito acima expostas, conheço do recurso administrativo interposto pela **RECORRENTE** para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo a decisão de revogação do Edital RDC n.º 003/2013 publicada no Diário Oficial da União de 11 de setembro de 2013.

Brasília, 25 de setembro de 2013.

BERNARDO JOSÉ FIGUEIREDO GONÇALVES DE OLIVEIRA

Diretor Presidente

