

ABENGOA BRASIL

Abengoa Construção Brasil Ltda
Av Belisário Leitede Andrade Neto, 80
Barra da Tijuca, Rio de Janeiro - RJ
CEP: 22621-270
Tel.: 21- 3216-3300
Fax: 21- 3216-3337

ABENGOA

Processo: 1062/14-21
68
Rubrica Protocolo - Sede

Ao **Ministério da Integração Nacional - MI.**

SGAN-Q.601 – Conj. I Ed. Dep. Manoel Novaes – Salas 201/202 Brasília - DF.

A/c: **Secretaria de Licitações – PR/SL**

Assunto: Impugnação ao Instrumento Convocatório.

Referência: Edital de Pré-qualificação nº 37/2014.

Prezados,

Abengoa Construção Brasil Ltda., sociedade limitada, com sede na Avenida Belisário Leite de Andrade Neto, nº 80, Barra da Tijuca, na cidade do Rio de Janeiro, RJ, Brasil, CEP 22261-270, inscrita no CNPJ/MF sob o nº. 04.651.067/0001-47, neste ato representada na forma de seu Contrato Social, doravante denominada **"Abengoa"** ou simplesmente **"Companhia"**, com intuito de participar da futura Licitação, modalidade RDC em referência para a elaboração do projeto básico e executivo, execução das obras civis, fornecimentos e montagens de equipamentos hidromecânicos, comissionamento, testes e pré-operação do canal principal entre o RC 500 e RC 800 do perímetro de irrigação do Salitre, localizado no município de Juazeiro, no Estado da Bahia, vem a esta r. Comissão respeitosamente apresentar a seguinte

Impugnação ao Instrumento Convocatório de Pré-qualificação nº 37/2014.

pelas razões que passa a expor.

A referida Pré-Qualificação restrita visa identificar fornecedores que reúnam condições de habilitação, exigências técnicas e de qualidade exigidas para a execução do objeto licitatório, qual seja a "contratação integrada – para fins de elaboração do projeto básico e executivo, execução das obras civis, fornecimentos e montagens de equipamentos hidromecânicos, comissionamento, testes e pré-operação do canal principal entre o RC 500 e RC 800 do perímetro de irrigação do Salitre, localizado no município de Juazeiro, no Estado da Bahia".

71

Ocorre que, em melhor análise do edital de pré-qualificação, duas questões agridem a legislação aplicável, bem como os princípios da Administração Pública, tendo em vista restringirem abertamente o caráter competitivo e isonômico do certame. São exigências que, tanto no aspecto jurídico, quanto pelo técnico, não se justificam.

Trazemos ao conhecimento de V. Sas a disparidade contida no item 7.1.1, que atualmente possui a seguinte redação:

*"7.1.1. Será permitida a participação de pessoas jurídicas organizadas em Consórcio, **de no máximo 2 (dois) empresas (...)"***

O item 7.1.1 é evidentemente restritivo e viola frontalmente as exigências para habilitação previstas na Lei nº 8.666/93, aplicáveis ao RDC, bem como na própria lei de RDC, como vemos abaixo:

Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

§ 1º O RDC tem por objetivos:

I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes;

II - promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público;

III - incentivar a inovação tecnológica; e

IV - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Ademais, nota-se que a Pré-qualificação indica que a contratação utilizará demanda de diversas frentes de trabalho e know how, envolvendo ao menos três áreas distintas de especialização, quais sejam: (i) elaboração de projeto básico e executivo; (ii) execução de obras civis, fornecimentos e montagens de equipamentos hidromecânicos, comissionamento, testes e (iii) pré-operação do canal principal entre o RC 500 e RC 800 do perímetro de irrigação do Salitre.

Desta forma, cristalino é o entendimento que a licitação compreenderá: projetos, execução de obras e pré-operação do canal, portanto, de plano já se conclui que ao

menos três empresas deveriam ser admitidas para formação do consórcio, cada uma para consecução de um dos três núcleos previstos no objeto.

Qualquer exigência inferior a acima citada é manifestamente contrária ao princípio da isonomia, uma vez que restringe o certame a um pequeno grupo de empresas, o que corromperia o caráter competitivo do RDC, prejudicando uma das finalidades mais importantes de todas as licitações públicas no País – o de selecionar a proposta mais vantajosa para a administração.

A saber, o artigo 3º, parágrafo 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93 é claro ao dispor:

“Art. 3º - (...)

Parágrafo 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 e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato.”

Desta forma, resta cristalino que a restrição contida no item “7.1.1” do edital é contrário ao princípio da competitividade, insculpido no artigo 3º, §1º, da Lei nº 8.666/93, uma vez que o Edital, tal qual como está, delimita a participação de discriminando e restringindo à competitividade, o que vai de encontro aos princípios considerados pilares das Licitações Públicas, como o da isonomia que objetiva conceder iguais oportunidades a todos os interessados em prestar os serviços, bem como ao princípio da economicidade, uma vez que limitando os participantes se desperdiçariam contratações mais vantajosas à Administração, sem prejuízo de qualidade.

É sabido que, de acordo com o artigo 33 da lei 8666/93 e 14 da lei 12.462/2011, é facultada à Administração a permissão ou não da participação de empresas em licitações na forma de Consorcio. Entretanto em caso de permissão, a regra é a não limitação do número de consorciadas e, excepcionalmente, poderá ser admitida tal limitação, mas desde que **devidamente justificada**. Não é o que se passa em relação ao caso em análise.

Corroborando com o acima exposto o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme registrado no Informativo de Jurisprudência sobre Licitações e Contratos nº 55, relativo às sessões de 22 e 23 de março de 2011, senão vejamos:

Deve ser justificada a limitação excepcional quanto ao número de empresas a integrarem consórcios, quando seja admitida a participação destes em processo licitatório

Denúncia formulada ao Tribunal trouxe notícia acerca de possíveis irregularidades na Concorrência Internacional 010/2010, realizada pela Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – (Infraero), cujo objeto consistiu na contratação de empresa para execução das obras e serviços de engenharia para reforma, ampliação e modernização do terminal de passageiros do Aeroporto Internacional Tancredo Neves – Confins. Dentre tais irregularidades, estaria o impedimento, mediante cláusula do edital norteador do certame, da participação de consórcios, o que poderia, para a unidade técnica, restringir o caráter competitivo do certame. Ao ser ouvida a respeito, a Infraero alegou que tal medida foi adotada tendo em conta diversos problemas incorridos em contratações efetuadas recentemente com consórcios, com muitos problemas advindos daí. Por conseguinte, demandou a entidade autorização do Tribunal para que, em caráter excepcional, aceitasse a formação de consórcios com no máximo três empresas, sendo tal excepcionalidade estendida aos demais empreendimentos vinculados à Copa do Mundo e de incumbência da estatal. No caso da obra de Confins, ainda para a Infraero, o número de três seria justificável, pois no empreendimento haveria três especialidades distintas: obras civis, sistemas eletromecânicos e sistemas eletroeletrônicos. Ao examinar a matéria, a unidade instrutiva destacou, inicialmente, que a participação de consórcios seria discricionariedade para a Administração, em face de dispositivo constante da Lei 8.666/1993 (art. 33), e em linha com a jurisprudência do TCU, na qual, como regra geral, o Tribunal tem decidido que, “por ausência de previsão legal, é irregular a condição que estabeleça número mínimo ou máximo de empresas participantes no consórcio”. Seriam, então, duas situações: por um lado, permitir ou não a participação de empresas em

consórcio, estaria dentro da discricionariedade concedida à Administração; por outro, caso permitida a participação de consórcios, não caberia à Administração estabelecer condições não previstas expressamente na Lei. Todavia, no caso concreto, para a unidade técnica seria "perfeitamente aceitável a limitação do número de empresas consorciadas, em caráter excepcional, impedindo a pulverização de responsabilidades", considerando-se, ademais, a importância das obras, necessárias à infraestrutura aeroportuária para a Copa do Mundo de 2014. Ao concordar com as análises da unidade técnica, o relator enfatizou que a Infraero deverá, em cada caso concreto, justificar a decisão por eventual limitação a um número máximo de empresas integrantes em consórcios, quando seja admitida a participação destes em processo licitatório pela empresa, razão pela qual propôs que se expedisse determinação à entidade nesse sentido, o que foi acolhido pelo Plenário. Precedentes citados: 312/2003, 1297/2003 e 1454/2003, todos do Plenário. Acórdão n.º 718/2011-Plenário, TC-000.658/2011-1, rel. Min. Valmir Campelo, 23.03.2011.

Não bastando as não conformidades acima expostas, o Edital de Pré-Qualificação traz ainda, no Anexo III – Modelo III, a exigência de atestados relativos à qualificação técnico-operacional, no que se refere à vazão da água mínima de 24m³/s. Exigência esta, categoricamente questionável, pois impõe quantitativos mínimos sem justificativa técnica para tanto. Nada obstante, trata-se de exigência que sequer constava de editais cujos objetos são de complexidade maior se comparado ao presente.

Como é cediço, o regime legal das licitações, aplicável ao RDC, inadmitte a restrição ao caráter competitivo do procedimento por quaisquer exigências de qualificação técnica exorbitantes daquelas comprovadamente indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Conforme se verifica do acima exposto, tal exigência comprova a inadequação do Edital de Pré-Qualificação aos preceitos administrativos e constitucionais, limitando excessivamente o universo de empresas participantes, razão pela qual oportuno trazer o texto da Lei 8.666/93 no art. 30, incisos I a IV, e §1º, inciso I, relaciona in verbis:

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

I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;

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

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

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

Por sua vez, Hely Lopes Meireles afirmava que:

"A igualdade entre os licitantes é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, que através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, que mediante julgamento faccioso, que desiguale os iguais ou iguale os desiguais." (in Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Edição, Malheiros Editores, pg. 249).

E, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina:

"O princípio da isonomia ou igualdade dos administrados em face da Administração firma a tese de que esta não pode desenvolver qualquer espécie de favoritismo ou desvalia em proveito ou detrimento de alguém. Há de agir com pbediência ao princípio do impessoalidade

Uma vez que os interesses que lhe incumbe perseguir são pertinentes à Sociedade como um todo, quaisquer

atos que os órgãos administrativos pratiquem devem, necessariamente, refletir, na medida do possível, a igualdade de oportunidades para todos os administrados." (in Elementos de Direito Administrativo, 3ª Edição,

Malheiros Editores, pg. 32).

No caso, exige-se atestação que comprove a execução de canal com vazão $\geq 24,00$ m³/s. Ao que parece, essa exigência refere-se ao canal de menor vazão (nos termos do croqui do sistema de adução entre RC-500 e RC-800).

Contudo, do ponto de vista estritamente técnico, quem constrói um canal com vazão $\geq 10,00$ m³/s, por exemplo, possui a mesmíssima expertise de quem possui atestação para a construção de um canal com $\geq 24,00$ m³/s. Não é a vazão que determina a complexidade da obra, mas a extensão do canal e o tipo do terreno a ser escavado.

A explicação reside no fato de vazão ser função da área e da velocidade ($Q=V.A$, fórmula simplificada, onde Q = vazão, V = Velocidade e A = área). De tal modo, pode-se ter uma seção hidráulica (área) muito pequena, mas uma velocidade grande e, ao contrário, uma seção grande, com velocidade pequena, em que se alcance a mesma vazão. Por outro lado, a diferença de vazão não é proporcional à diferença de seção hidráulica, ou seja, ao passar, por exemplo, de uma vazão de 15 m³/s para uma vazão de 30m³/s em um canal de seção trapezoidal, isso não quer dizer que a área do canal vá dobrar.

Portanto, a dificuldade construtiva de um canal está diretamente relacionada com as características do canal (regularização, revestimento, drenagem interna, etc.) e a situação topográfica e geotécnica do seu desenvolvimento, e não propriamente com sua capacidade de vazão ou mesmo de seção hidráulica. A construção de um canal de menor vazão em uma encosta rochosa, por exemplo, tem um processo construtivo mais difícil que a construção de um canal de grande seção em um terreno plano em material terroso.

Desta forma, é imperativo que tal exigência seja retirada do edital, uma vez que o fato de ter construído canal já constitui uma excelente indicação da capacidade técnica de uma empresa. Además, limitar participação à capacidade de vazão pode sugerir direcionamento do instrumento licitatório.

Imperioso se faz lembrar que o ato convocatório, deve exigir das proponentes apenas a demonstração da potencialidade de execução e não de que executaram anteriormente quantidades mínimas, idênticas às ora disputadas.

Da forma como dispõe o Edital, a vazão restou determinante para classificação das proponentes. Diante deste fato, a admissão de somatório de atestados, no caso do consórcio, de nada servirá pois o somatório está restrito, como se nota da Tabela comentada (Anexo III – Modelo III) apenas para o comprimento do canal, pois a vazão de $\geq 24,00 \text{ m}^3/\text{s}$ restou cravada como pressuposto da qualificação técnica.

A exigência de uma vazão mínima do porte de $24 \text{ m}^3/\text{s}$ torna a licitação bastante restritiva, porque pouquíssimas empresas conseguem atender tal requisito no Brasil. Basta verificar que nas contratações da própria CODEVASF e do DNOCS são raríssimos os casos de canais que alcançam vazões dessa envergadura.

Como se não bastasse à questão técnica exaustivamente evidenciada acima, a exigência traz outra irregularidade, qual seja a exigência de comprovação técnica corresponde a mais de 50% (cinquenta por cento) do objeto a ser contratado.

Note-se do croqui do projeto que a vazão de $24,00 \text{ m}^3/\text{s}$ corresponde a menor vazão de canal a ser construído. Contudo, a maior vazão, segundo o croqui, é de $32,00 \text{ m}^3/\text{s}$. Portanto, o quantitativo mínimo exigido está acima do que admite a jurisprudência do Tribunal de Contas da União a respeito: os quantitativos mínimos exigidos para comprovação da capacitação técnica não poderiam ultrapassar 50% (cinquenta por cento) do objeto licitado¹. A vazão mínima exigida ultrapassa esse percentual, mesmo se comparada a maior vazão do canal que será construído: $32,00 \text{ m}^3/\text{s}$.

Desta forma, é imprescindível reconhecer que ao se perpetuar as exigências editalícias ora impugnada estar-se-á a permitir que se estabeleçam nos editais de licitações públicas exigências que frustram a competição e que afrontam, de maneira evidente, a legislação em vigor, pois infringem a ordem econômica, em virtude do prejuízo à livre concorrência, ainda que apenas potencial.

¹ A respeito, vide os seguintes julgados: Acórdão nº 1842/2013-Plenário, no TC 011.556/2012-9, Relatora Ministra Ana Arraes, j. 17.07.2013; Acórdão nº 1052/2012-Plenário, no TC 004.871/2012-0, Relator Ministro Marcos Bemquerer Costa, j. 02.05.2012; Acórdão nº 1432/2010-Plenário, no TC 018.944/2008-0, Relator Ministro Valmir Campelo, j. 23.06.2010, todos no sentido de que os quantitativos exigidos não devem ultrapassar 50% do objeto licitado. Contudo, há um entendimento do próprio TCU que afirma que exigências acima de 50% do objeto a ser contratado devem ser devidamente justificadas. Não é o presente caso, que não apenas ultrapassou em muito o limite ditado pela Corte de Contas, como sequer justifica essa restrição.

No caso, esse quantitativo é irrelevante para demonstrar a expertise da licitante, pelos motivos técnicos expostos, uma vez que a empresa que comprova a execução equânime de um serviço, em quantidades diversas, demonstrará a mesma capacidade que outras empresas que o tenham executado, já que a complexidade de execução será, absolutamente, a mesma.

Comentando tais dispositivos, Carlos Ari Sundfeld, in "Licitação e Contrato Administrativo", 2ª ed. Malheiros, p. 126/127, bem se posicionou sobre o assunto. Consignou:

"Não se exige que tais atestados se refiram a objeto idêntico. Bastam as obras ou serviços serem similares (isto é, pertinentes a compatíveis em características, quantidades e prazos - art. 30-II) e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior à do objeto da licitação (art. 30-§3º).

Segundo o art. 30-§3º será sempre admitida a comprovação de aptidão através de atestados de obras ou serviços de complexidade operacional "equivalente ou superior" à das obras ou serviços objeto da licitação. (...). Como nem sempre é essencial que operação com tal dimensão tenha sido realizada em um único contrato, o edital poderá admitir que o licitante some vários contratos de obras ou serviços diferentes."

Assim, é evidente que as exigências constantes do Anexo III – Modelo III – não deveriam comportar o parâmetro da vazão. Nesse contexto, devem ser alterados os requisitos A1, A2, B1 e B2 do Quadro de Requisitos de Atestação, bem como quaisquer outras exigências eventualmente dispersas no Edital que alcem a vazão do canal como critério de atestação técnica. Solicita-se, aqui, sejam excluídas as exigências de vazão mínima, mantendo-se apenas as exigências de quantitativos de comprimento de canais e aquedutos.

Mais uma vez: conforme requer a legislação em vigor, os atestados a serem apresentados deveriam conter serviços compatíveis e não praticamente idênticos com os serviços ali arrolados.

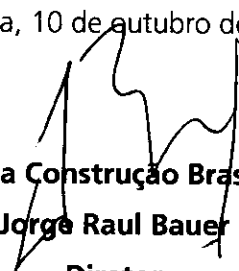
Outrossim, requer desde já, que seja acolhida a presente Impugnação, como de forma afastar as exigências ilegais apresentadas para a futura licitação, em especial o que segue:

- a) Que sejam anulados itens A1, A2, B1 e B2 do Quadro de Requisitos de Atestação, contido no Anexo III – Modelo III, bem como toda e quaisquer exigências eventualmente dispersas no Edital que alcem a vazão do canal como critério de atestação técnica;
- b) Que seja revisada o os itens 7.1.1 que contém a restrição ao número de empresas que participarão de consórcios, uma vez que a licitação visa permitir a maior participação de pretendentes a contratar com a administração pública, fazendo com que o Poder Público possa pactuar com aquele que lhe ofereça melhores condições técnicas e econômicas, com a segurança exigida. Qualquer desvio desse norte que venha a limitar o universo de participantes e, conseqüentemente, a livre concorrência, caracteriza infração à ordem econômica além de afrontar os princípios pilares da Administração Pública.

Tendo em vista o caráter prejudicial da presente, requer-se ainda que a presente impugnação seja apreciada com antecedência suficiente para que a entrega da documentação, designada para o próximo dia 15.10.2014, não aconteça e que o ato convocatório seja republicado, alterando-se os itens ora impugnados.

Termos em que,
pede deferimento.

Brasília, 10 de outubro de 2014.


Abengoa Construção Brasil Ltda.
Jorge Raul Bauer
Diretor

PR/SI - Recebido
Em 10.10.14 Horas 15:00
Thais 10.01.14
Rúbrica