

**RELATÓRIO DE ANÁLISE E JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO
REFERENTE À CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 02/17, CONFORME AS
ESPECIFICAÇÕES CONSTANTES DO PROCESSO AA.010.1.001753\15-30.**

**RESPOSTA AS IMPUGNAÇÕES INTERPOSTAS PELA EMPRESA TELEMAR
NORTE LESTE S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.**

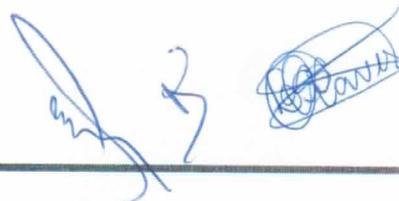
1. DA ADMISSIBILIDADE

1.1. Trata-se da impugnação aos termos do Edital de Licitação da Concorrência nº 02/2017, conforme as especificações constantes do Processo nº AA.010.1.001753\15-30.

1.2. As presentes impugnações são tempestivas, visto que a sessão pública está marcada para o dia 16 de outubro de 2017, portanto, dentro do prazo legal estipulado no art.41, § 1º da Lei 8.666/93.

1.3. As regras para condução da licitação que objetiva a concessão em tela encontram-se consubstanciadas no edital de Concessão Administrativa nº 02/2017, que prevê, logo no seu preâmbulo, que o certame seria realizado na modalidade Concorrência com inversão de fases – ou seja, o julgamento das propostas anterior à fase de habilitação das proponentes – e cujo critério de julgamento é melhor técnica combinado com menor valor de contraprestação mensal máxima.

1.4. Quanto à modalidade licitatória, a selecionada encontra respaldo no artigo 22, da Lei Estadual n. 5.494/2005 e artigo 22 da Lei n. 8.666/93; o critério de julgamento das propostas, pelo combinação técnica e preço encontra respaldo no artigo 24 da Lei Estadual n. 5.494/2005; e, por fim, a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento tem sua possibilidade prevista no artigo 25 da Lei 5.494/2005.



1.5. O consubstanciado procedimento licitatório tem como princípio fundamental o interesse público, mediante a contratação da proposta mais vantajosa para a administração, com observância nos princípios da legalidade, da moralidade, da competitividade, da isonomia, da razoabilidade, da economicidade, dentre outros.

2. DOS FATOS

2.1. Tratam-se de impugnações ao edital, interpostas dentro do prazo legal, pelo impugnante acima citado, referente ao edital de licitação, na modalidade Concorrência Pública, a ser julgada pela combinação do critério de melhor técnica com menor valor da contraprestação mensal máxima a fim de selecionar a proposta mais vantajosa para a celebração do contrato de Parceria Público-Privada, na modalidade de concessão administrativa, para a construção, operação e manutenção de infraestrutura de transporte de dados, voz e imagem, incluindo serviços associados para o Governo do Estado do Piauí.

2.2. Os argumentos foram trazidos em tópicos, os quais seguem abaixo descritos e em seguida respondidos, para manter a clareza e inteligência das disposições editalícias e contratuais, bem como facilitar a compreensão de todos os argumentos e esclarecimentos ora trazidos ao julgamento.

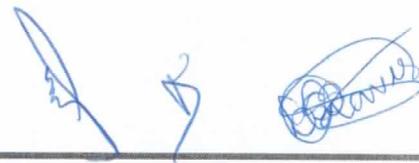
3. DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO E DAS RESPOSTAS

ALEGAÇÃO n.º 1. AUSÊNCIA DE DOTACÃO ORÇAMENTÁRIA.

O primeiro item da impugnação consiste na alegação de ausência de indicação de dotação orçamentária para a contratação que se pretende ultimar, violando, assim, as disposições dos artigos 4º da Lei 11.079/2004 e artigo 167 da Constituição Federal, bem como os artigos 7º, II e III, §2º e 55 da Lei 8.666/1993.

Com efeito, o impugnante olvida em observar que a aplicação da Lei 8.666/93 aos contratos de Parceria Público Privada, somente será aplicada quando omissa a lei específica, qual seja a Lei 5.464/05 – Lei de Parcerias Público – Privadas do Estado do Piauí e, ainda, a Lei 11.079/2004 – Lei de Parcerias Público Privadas.

Acerca de tal ponto de impugnação cumpre dizer que o artigo 2º da lei 5.494 de 2005 estabelece como condição para desenvolvimento e aprovação de projeto a ser licitado por meio de PPP, que:



“Art. 2º O Programa PPP será desenvolvido por meio de adequado planejamento que definirá as prioridades quanto à sua implantação, expansão, melhoria ou gestão de serviços e atividades a ele vinculados.

Parágrafo único. Constituem pressupostos, requisitos e condições para a inclusão de projetos no Programa de Parcerias Público-Privadas:

I - efetivo interesse público, considerando a natureza, a relevância e o valor de seu objeto, bem como o caráter prioritário da respectiva execução, observadas as diretrizes governamentais;

II - a vantagem econômica e operacional da proposta para o Estado e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos, relativamente a outras possibilidades de execução direta ou indireta;

III - o estudo técnico de sua viabilidade, mediante demonstração das metas e resultados a serem atingidos, prazos de execução e de amortização do capital investido, bem como a indicação dos critérios de avaliação ou desempenho a serem utilizados;

IV - a viabilidade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função da sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos;

V - a viabilidade de obtenção pelo ente privado, na exploração do serviço, ainda que sob regime de locação ou arrendamento, de ganhos econômicos suficientes para cobrir seus custos;

VI - a forma e os prazos de amortização do capital investido pelo contratado;

VII - a elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro;

(...)

Em expresse atendimento a tal comando legal, estão inclusos nos autos do processo administrativo, relativo ao projeto ora licitado, todos os documentos e estudos exigidos pela lei.

Noutro norte, encontra-se a lei acima referida indica, expressamente, quais as cláusulas obrigatórias em contrato de concessão e/ou parcerias público-privadas, conforme disposição do artigo 7º, a saber:

Art. 7º Os contratos de parceria público-privada reger-se-ão pelo disposto nesta Lei, na Lei Federal correspondente, pelas normas gerais do regime de concessão e permissão de serviços públicos, de licitações e contratos administrativos, sendo cláusulas essenciais as relativas:

I - à indicação das metas e dos resultados a serem atingidos pelo contratado e do cronograma de execução, definidos os prazos estimados para o seu alcance;

II - aos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante adoção de indicadores aptos à aferição do resultado;

III - ao prazo de vigência, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

IV - às formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V - às penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida e às obrigações assumidas;

VI - ao compartilhamento com a Administração Pública, em partes iguais, dos ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado; VII - às hipóteses de extinção antecipada do contrato e os critérios para o cálculo, prazo e demais condições de pagamento das indenizações devidas;

VIII - à identificação dos gestores do parceiro privado e do parceiro público responsáveis, respectivamente, pela execução do contrato e pela fiscalização;

LX - à periodicidade e aos mecanismos de revisão para: a) a manutenção do inicial equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; b) a preservação da atualidade da prestação dos serviços objeto da parceria;

X - à retenção de parcelas em caução, compatibilizada com os gastos necessários à manutenção ou à realização de investimentos, observado o período máximo de 12 (doze) meses anteriores ao término do contrato, até o seu termo, objetivando garantir a integralidade do empreendimento, as quais serão liberadas após o término do contrato;

XI - aos fatos que caracterizam a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização, bem como à forma de notificação da inadimplência ao gestor do fundo fiduciário, pelo parceiro privado.

XII - à realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas;

XIII - à declaração como foro competente o da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual.

XIV - a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; (Inciso acrescentado pela Lei nº 5.817 de 16/12/2008).

XV - as hipóteses de extinção da parceria antes do advento do prazo contratual, por motivo de interesse público ou qualquer motivação de que não caiba responsabilização do parceiro privado, bem como os critérios para o cálculo e pagamento das indenizações devidas. (Inciso acrescentado pela Lei nº 5.817 de 16/12/2008).

§ 1º As indenizações de que trata o inciso VII deste artigo poderão ser pagas à entidade financiadora do projeto de parceria público-privada.

§ 2º As cláusulas de atualização automática de valores, baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação por parte da Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

§ 3º Ao término do contrato de parceria público-privada, ou nos casos de extinção antecipada do contrato, a propriedade das obras públicas e dos bens, móveis e imóveis, necessários à continuidade dos serviços objeto da parceria, reverterá à Administração Pública, independentemente de indenização, salvo disposição contratual em contrário, ou na hipótese da existência de bens não amortizados ou não depreciados, realizados com o objetivo de garantir a continuidade ou a atualidade dos serviços, desde que os investimentos tenham sido autorizados prévia e expressamente pela Administração Pública.

Art. 8º São cláusulas essenciais, no que couber, as previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e ainda: (Redação do artigo dada pela Lei nº 5.817 de 16/12/2008)

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle da sociedade de propósito específico para os seus financiadores, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do § 1º do art. 27 da Lei nº 8.987, de 1995, exceto quanto às exigências de regularidade jurídica e fiscal; (Redação do artigo dada pela Lei nº 5.817 de 16/12/2008)

II - possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública. (Redação do artigo dada pela Lei nº 5.817 de 16/12/2008)

Parágrafo único. O direito dos financiadores, previsto no inciso II deste artigo, limita-se a habilitação para receber diretamente o valor verificado pela Administração Pública na fase de liquidação, excluída a sua legitimidade para impugná-lo. (Redação do artigo dada pela Lei nº 5.817 de 16/12/2008)

Consultando o artigo 23 da Lei 8.987/95, inexistente a obrigatoriedade da indicação de dotação orçamentária no rol de cláusulas essenciais aos contratos de concessão, a saber:

Capítulo VI
DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

- I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;*
 - II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;*
 - III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;*
 - IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;*
 - V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;*
 - VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;*
 - VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;*
 - VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;*
 - IX - aos casos de extinção da concessão;*
 - X - aos bens reversíveis;*
 - XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;*
 - XII - às condições para prorrogação do contrato;*
 - XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;*
 - XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e*
 - XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.*
- Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:*
- I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e*
 - II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.*

Ademais, às fls. 2337 e 3639 do processo administrativo n. A.010.1.001753/15-30 é possível identificar a indicação da origem dos recursos específica para a contratação objeto de em questão, atendendo, assim, ao disposto no artigo 2º, VIII da Lei Estadual n. 5.464/2004 e, portanto, comprovando total atendimento aos preceitos legais aplicáveis ao caso.

ALEGAÇÃO n.º2. EXIGÊNCIA ABUSIVA

Aduz o impugnante que a exigência contida no item 7.3.4 do Edital contém critério abusivo. Referido item do edital veda a participação de empresas que em seu quadro de representantes legais, dirigentes, sócios ou controladores, responsáveis técnicos ou legais sejam ocupantes de cargo de direção no Governo do Estado do Piauí ou de quaisquer órgãos ou entidades vinculadas ao mesmo, nem o foram nos últimos 180(cento e oitenta) dias. Entende que tal exigência restringe a concorrência e que, portanto, merece ser excluído do instrumento convocatório.

Contudo, o entendimento do Tribunal de Contas da União é em sentido contrário, corroborando o dispositivo adotado pelo Estado do Piauí no Edital da Concorrência n. 01/2017., conforme se compreende da leitura do Acórdão n. 1019/2013- Plenário, TC 018.621/2009-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 24.4.2013:

3. A participação de empresa cujo sócio tenha vínculo de parentesco com servidor da entidade licitante afronta, por interpretação analógica, o disposto no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993. A alteração do contrato social no curso do certame não descaracteriza a irregularidade e constitui indício de simulação e fraude à licitação

Representação apontou possível irregularidade na Concorrência 001/2007, promovida pela Fundação Universidade Federal do Piauí - FUFPI/MEC, objetivando a contratação de empresa para a prestação de serviços de publicidade e propaganda. Segundo a representante, a participação no certame e posterior contratação de empresa cujo sócio - detentor de 30% do capital social - pertencia ao quadro de pessoal da promotora da licitação (FUFPI) configurou afronta ao disposto no artigo 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993, bem como ao item 5.1 do edital, que assim dispôs: "5.1. Não poderão participar da licitação as empresas que tenham entre seus dirigentes, gerentes, sócios detentores de mais de 5% (cinco por cento) do capital social, dirigentes, responsáveis e técnicos, servidor ou dirigentes de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação e empresas em consórcio." A unidade técnica destacou que, no curso da licitação, o servidor da FUFPI retirou-se da sociedade, sendo substituído por sua filha. Destacou ainda que a referida empresa teria sido beneficiária de 21 processos de dispensa de licitação depois do ingresso do referido servidor no quadro societário. O relator, em consonância com a unidade técnica, rejeitou as justificativas apresentadas pela empresa e pelo servidor, ao concluir que a alteração efetivada no contrato social da empresa teve por objetivo



afastar o impedimento tipificado no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993. Apontou ainda a ocorrência de simulação com o intuito de fraudar o procedimento licitatório. Argumentou que "mesmo ao se considerar lícita a alteração do contrato social, não se afastou do impedimento constante do art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993". Isso porque, "consoante a jurisprudência desta Corte, as vedações explicitadas nesse dispositivo legal estão sujeitas a analogia e interpretação extensiva ...". Ou seja, "qualquer situação que não esteja prevista na lei, mas que viole o dever de probidade imposto a todos os agentes públicos ou pessoa investida desta qualidade, deve ser proibida, por ser incompatível com os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade". (Acórdão 1170/2010-Plenário). Especificamente em relação à participação de parentes em licitação, citou o Acórdão 607/2011-Plenário, no sentido de que "mesmo que a Lei nº 8.666, de 1993, não possua dispositivo vedando expressamente a participação de parentes em licitações ..., vê-se que foi essa a intenção axiológica do legislador ao estabelecer o art. 9º dessa Lei, em especial nos §§ 3º e 4º, vedando a prática de conflito de interesse nas licitações públicas ...". Ao se reportar ao caso concreto, destacou que a influência do servidor sobre os gestores da FUFPI foi determinante para a ocorrência das sucessivas contratações diretas da empresa. Ponderou, contudo, que a imposição de penalidades deveria ocorrer somente sobre a empresa, uma vez que não houve débito e que a conduta do servidor escapou à jurisdição do TCU por ter sido "praticada na condição de sócio da empresa e não como gestor de recursos públicos ...". Em relação aos membros da comissão de licitação, ressaltou que "esses responsáveis tiveram conhecimento de que a empresa possuía, de forma relevante, em seu quadro societário parente de servidor da entidade". O Tribunal, ao acolher a proposta do relator, decidiu em relação a essa irregularidade: a) declarar, com fundamento no art. 46 da Lei 8.443/1992, a empresa inidônea para participar de licitações promovidas pela Administração Pública Federal pelo prazo de três anos; b) aplicar aos membros da comissão de licitação a multa prevista no art. 58, inciso II, da Lei 8.443/1992; c) encaminhar cópia da decisão à FUFPI para que averigue a pertinência de instauração de processo administrativo disciplinar para apurar eventuais desvios de conduta praticados pelo servidor. Precedentes mencionados: Acórdãos 1.170/2010 e 607/2011, todos do Plenário. Acórdão 1019/2013- Plenário, TC 018.621/2009-7, relator Ministro Benjamin Zymler, 24.4.2013.

Portanto, a vedação contida no edital não indica condição de restrição à participação ou mesmo redução a ampla concorrência. Ao contrário, ao agir conforme o preconizado no artigo 9º da Lei 8.666/93 e, ainda, esposado ao entendimento do Tribunal de Contas da União no acórdão citado, a Administração Estadual reafirma seu compromisso com os princípios da moralidade e da impessoalidade do ato administrativo, insertos no artigo 37 da Constituição da República.

ALEGAÇÃO n.º 3. IMPOSIÇÃO DE NÚMERO MÁXIMO DE CONSORCIADOS – REGRA RESTRITIVA DA COMPETITIVIDADE.

Entende a impugnante que o item 98.1.1 do Edital, ao estabelecer número máximo de integrantes do Consórcio a ser formado para a disputa do certame e cumprimento do contrato, fere o princípio da legalidade e reduz a competitividade. Pede que seja apresentado fundamento de legalidade para tal previsão ou, na ausência, sua exclusão.

A possibilidade de participação de consórcio encontra fundamento legal no artigo 33 da Lei 8.666/93. Não existe vedação legal à imposição do número máximo de empresas consorciadas. Contudo, há características do objeto da licitação que justificam a limitação do número de consorciados e mesmo a formação de consórcio.

A conveniência em permitir a participação de empresas em consórcio é justificada nos autos em função da complexidade do objeto e das características do mercado de telecomunicações. Fosse proibida a participação de consórcios e somente exigida empresa com expertise em serviço de telecomunicação, o objeto desta licitação não seria a construção e operação de rede de fibra ótica e sim 'fornecimento de serviço de internet'. Sendo as empresas fornecedoras de serviço de telecomunicação experts neste tipo de serviço e não em técnicas construtivas, certamente o caráter competitivo da licitação estaria maculado dada a ausência de capacidade técnica das empresas de telecomunicação para construir e empregar técnicas de engenharia civil.

Fosse o contrário, apenas a contratação de serviço de engenharia civil, o mesmo raciocínio também seria aplicável, pois empresas de engenharia civil não possuem, em regra, em seu objeto, o fornecimento de serviços de internet e telecomunicação. Vê-se, portanto, que o mínimo de 2 empresas em consórcio já seria o suficiente para garantir uma maior competitividade, porém aumenta-se para 3 o número de participantes possíveis em consórcio a fim de permitir aos interessados arranjos mais competitivos, possibilidade de obtenção de preços mais aderentes às práticas de mercado.

Marçal Justem Filho explica que 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 dispuser de condições para participar da licitação. Nesse sentido, o instituto do consórcio é a via adequada para propiciar a ampliação do universo licitante. É usual que a administração pública apenas autorize a participação de empresas em consórcio quando as dimensões e a complexidade do objeto ou as circunstâncias concretas exijam a associação entre os particulares. São as hipóteses em que apenas poucas empresas estariam aptas a preencher as condições especiais da licitação.

Este é também o entendimento do Tribunal de Contas da União, inserto no Acórdão 2.992/2011, Plenário, rel Min. Valmir Campelo.

Desta forma, a comissão julga improcedente a impugnação quanto a este ponto.

ALEGAÇÃO n.º4. INOVAÇÃO NO PROCEDIMENTO NÃO PREVISTO EM LEI – ANTECIPAÇÃO DE GARANTIA

Entende o impugnante que o item 13.1 do Edital, ao exigir a apresentação da garantia da proposta no momento da apresentação dos envelopes de credenciamento, e não juntamente com os envelopes de habilitação, consiste em inovação no procedimento, sem, portanto, previsão legal.

Contudo, a leitura do edital indica que a entrega dos documentos de habilitação e que comprovam a garantia da proposta será realizada na mesma sessão, não consistindo, portanto, em antecipação da exigência da garantia da proposta. As disposições editalícias são claras:

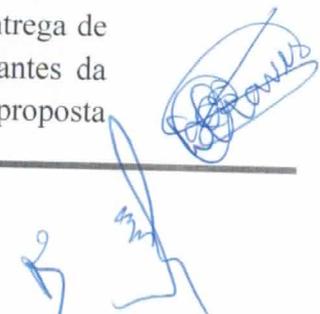
13. DA APRESENTAÇÃO DAS PROPOSTAS E DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

13.1. No dia 16 de outubro de 2017, às 09h, as LICITANTES deverão entregar os envelopes contendo os DOCUMENTOS DE CREDENCIAMENTO, GARANTIA DA PROPOSTA, PROPOSTA TÉCNICA, PROPOSTA ECONÔMICA E DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO no Auditório da Secretária de Estado da Administração e Previdência do Piauí – SEADPREV, localizado na Av. Pedro Freitas, s/nº, Bloco I, 2º Andar, Centro Administrativo, CEP: 64.018-900, Teresina-PI, em 04 (quatro) envelopes opacos, separados, lacrados, indevassáveis, rubricados sobre o fecho, contendo na parte exterior os seguintes dizeres:

Portanto, não se trata de exigência de entrega antecipada das garantias das propostas, não havendo qualquer espécie de inovação no procedimento.

A necessidade de prestação de garantia é uma vantagem para a Administração em se prevenir de eventual risco, sendo faculdade desta em requerer aos proponentes. Da mesma forma, a escolha da modalidade de garantia é restrita aos proponentes conforme as suas conveniências, cabendo à Administração avaliar a sua idoneidade com base em elementos objetivos.

Em se tratando de inversão de fases, “o ideal é que o edital preveja a entrega de um envelope separado com a garantia de proposta, a ser aberto e analisado antes da abertura das propostas. Entendimento contrário levaria à abertura da garantia de proposta



após a abertura das propostas – o que nos parece inadmissível, pois deixaria a Administração desprotegida”

Portanto, iniciada a fase de classificação e julgamento das propostas em edital com inversão de fases, serão abertos os envelopes que contém a garantia das propostas e, ato contínuo, serão abertos os envelopes contento as propostas técnicas, conforme previsto em edital, cabendo analisar os demais documentos comprobatórios do licitante melhor classificado somente na fase de habilitação.

ALEGAÇÃO n.º4. EXIGÊNCIA DE REGULARIDADE TRABALHISTA COMO REQUISITO DE HABILITAÇÃO APLICÁVEL ÀS CONTRATAÇÕES EMPREENDIDAS PELO PODER PÚBLICO(numeração em duplicidade nas razões enviadas pela impugnante)

Entende a impugnante que a exigência contida no item 13.5.4.1, alínea ‘g’ do edital, qual seja prova de regularidade trabalhista através da apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas – CNDT pode ser atendida através da apresentação da Certidão Positiva de Débitos Trabalhistas com efeitos de negativa. Caso não seja aceita pela administração, caracterizaria exigência de caráter restritivo, inviabilizando ou dificultando a concorrência.

Sobre tal argumento cabe informar que o edital não veda a apresentação de certidões positivas com efeitos de negativas, haja vista ser flagrantemente ilegal tal exigência. Desta forma, a apresentação de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa terá o mesmo efeito e capacidade de comprovar a habilitação e a regularidade trabalhista de qualquer dos licitantes proponentes.

ALEGAÇÃO n.º 5. DESNECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DOS TERMOS DE ABERTURA E DE ENCERRAMENTO DAS SOCIEDADES ANONIMAS

Segundo o impugnante, o item 13.5.6.1, alínea ‘a’ do Edital contém, como requisito de habilitação, a apresentação de documento sem previsão legal para a exigência, qual seja o Termo de Abertura e Encerramento.

Nas palavras do impugnante:

O item 13.5.6.1, alínea ‘a’, do Edital exige, a título de habilitação, a apresentação de:

a) Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, na forma da Lei, já exigíveis, certificado por contabilista registrado no Conselho



Regional de Contabilidade competente, contendo termo de abertura, encerramento e registro no órgão competente, extraídos do livro diário, comprovando a boa situação financeira da LICITANTE, podendo ser atualizado por índices oficiais na hipótese de encerrados há mais de 03 (três) meses da data de sua apresentação, vedada a substituição por Balancetes e Balanços provisórios;

Contudo, é razoável recomendar ao impugnante uma leitura mais atenta do edital, a fim de não fazer uso da impugnação como uma tentativa de confundir a opinião pública e a Comissão. Isto porque a redação trazida pelo impugnante remete a uma parte da redação inserida no edital, sendo que o texto completo, inserto no instrumento convocatório, faculta a apresentação do termo de abertura e encerramento, senão vejamos:

13.5.6. Qualificação Econômico-Financeira

*13.5.6.1. A(s) LICITANTE(S) deverão apresentar os documentos a seguir listados, inclusive no tocante a cada um dos membros de Consórcio, **quando houver**:*

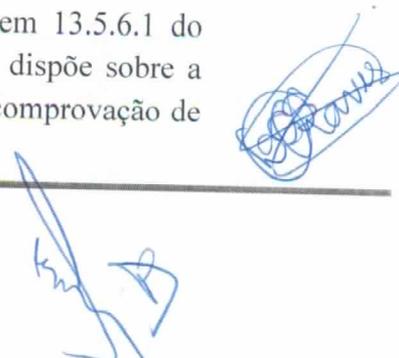
a) Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis do último exercício social, na forma da Lei, já exigíveis, certificado por contabilista registrado no Conselho Regional de Contabilidade competente, contendo termo de abertura, encerramento e registro no órgão competente, extraídos do livro diário, comprovando a boa situação financeira da LICITANTE, podendo ser atualizado por índices oficiais na hipótese de encerrados há mais de 03 (três) meses da data de sua apresentação, vedada a substituição por Balancetes e Balanços provisórios;

a.1) Para Sociedades Anônimas e outras Companhias obrigadas à publicação de Balanço, na forma da Lei n.º 6.404/76, devem ser apresentadas: Cópias da publicação de Balanço patrimonial com as devidas notas explicativas; Demonstração do resultado do exercício; Demonstração dos fluxos de caixa, quando exigível por lei; e Demonstração das mutações do Patrimônio Líquido ou a demonstração dos lucros ou prejuízos acumulados.

Logo, não procede qualquer argumento de invalidade das exigências feitas pela administração. Vê-se, também, que os documentos a serem apresentados pelas Sociedades Anônimas foram indicados corretamente no rol de alíneas do item 13.5.6.1., razão pela qual não se acata a impugnação também quanto a este ponto.

ALEGAÇÃO n.º 6. EXIGÊNCIAS DE ÍNDICES

Segundo a impugnante, a exigência contida na alínea 'c' do item 13.5.6.1 do Edital está em flagrante afronta ao artigo 31, §2º da Lei 8.666/93, que dispõe sobre a alternatividade entre a exigência de índices indicados ou a exigência de comprovação de



capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo, para cumprimento de exigência de qualificação econômica.

Para fins de habilitação em processo licitatório, a documentação relativa à qualificação econômico-financeira das empresas participantes, conforme exigência prevista no art. 31 da Lei 8.666/93 em seu § 5º (alterada pela Lei 8.883/94), deve apresentar comprovação da boa situação financeira mediante *“cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado início ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação”*.

Essa comprovação parte da análise do comportamento das contas presentes no balanço de pagamentos para fins de análise gerencial e tomada de decisão, conforme a Lei 10.406/02 e o art. 7.1, inciso V da IN/MARE 05/95. As principais relações são exigidas em processos licitatório por meio da apresentação dos seguintes índices:

1. Índice de Liquidez Geral (ILG);
2. Índice de Liquidez Corrente (ILC); e
3. Índice de Solvência Geral (ISG).

O Índice de Liquidez Geral (ILG), considera a situação a longo prazo, indicando quanto a empresa possui em seu ativo para liquidar suas obrigações no curto e longo prazos. Ele é a razão entre o ativo (circulante e não-circulante) e o passivo (circulante e não-circulante). Isso mostrará que a empresa no ato da habilitação no processo licitatório possui condições de manter o equilíbrio econômico-financeiro a longo prazo, atenuando os riscos envolvidos no projeto.

Já o índice de Liquidez Corrente (ILC) considera o curto prazo, indicando quanto a empresa possui no ativo disponível em bens e direitos realizáveis dentro do exercício financeiro, para fazer face ao total de suas dívidas também no curto prazo. Em termo matemáticos, constitui-se da razão entre o Ativo Circulante e o Passivo Circulante da empresa. Esta razão denota se, no curto prazo, a empresa tem ou não condições de honrar com seus compromissos correntes. Se maior que 1, a empresa tem folga para liquidar suas obrigações. Se igual a 1, os direitos e obrigações no curto prazo se equivalem. Se menor que 1, a empresa não tem como honrar suas obrigações no curto prazo.

Por fim, Índice de Solvência Geral (ISG), mede a proporção dos ativos totais da empresa financiada por capital de terceiros. Ele é medido pela proporção entre o Ativo total e o Passivo Circulante e Não-circulante.



Usualmente, recomenda-se que esses índices sejam positivos (> 1) para mostrar a boa situação financeira da empresa e consonantes com o referencial utilizado para avaliação (se riscos envolvidos, lucratividade, posição de mercado entre outros) se pondere, visto que são apenas indicativos para se avaliar a possibilidade da empresa ganhadora da licitação em cumprir as obrigações contratuais firmadas com a Administração pública.

Como de se notar, a lei 8.666/93 FACULTA à administração a escolha dos critérios de habilitação econômico-financeira. Nos autos do processo administrativo existe justificativa para a adoção dos índices, evidenciando a opção da Administração por esta forma de comprovação de higidez econômico-financeira. Ademais, não existe no edital a exigência de comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo cumulativamente aos índices. Desta forma, julga-se improcedente a impugnação também quanto a este ponto.

ALEGAÇÃO n.º 7. PREVISÃO DE SANÇÃO EM DESACORDO COM A LEI DE LICITAÇÕES

O impugnante aduz que as penalidades indicadas no item 31.3 da minuta de contrato estão em desacordo com o artigo 87 da Lei 8.666/93. Segundo ele, as penalidades dos incisos III e IV do artigo 87 estão, na minuta contratual, aplicadas de forma conjunta, ferindo, assim, o princípio da legalidade.

Não é o que se lê no contrato. Referido dispositivo explicita, na verdade, a situação na qual se dará a suspensão. Não havendo declaração de inidoneidade, não haverá, para a administração, a possibilidade de aplicar a suspensão temporária do direito de licitar. Portanto, quanto a este item da impugnação, não assiste razão à impugnante.

ALEGAÇÃO n.º 8. DA PREVISÃO DE OBRIGATORIEDADE DA UTILIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMO MEIO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O impugnante entende que a previsão contida na cláusula 35.1 da Minuta de Contrato, qual seja a obrigatoriedade de solução de conflitos através da adoção do instituto da arbitragem, não merece ser mantida no instrumento contratual pois, segundo seu entendimento, a arbitragem é incompatível com os princípios da indisponibilidade do interesse público e da transparência.

Pois bem. A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública dispõe:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

(...)

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Nesse sentido, tem entendido possível o TCU, *in verbis*:

40. Quanto à manutenção ou não da cláusula arbitral nos contratos de concessão alinhamos o nosso entendimento com o exarado na Decisão nº 188/95-TCU/Plenário, considerando válida a possibilidade da utilização do juízo arbitral desde que não se inclua na parte de arbitragem situações (cláusulas) que não observem estritamente o princípio da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Assim, considerando tanto a permissão contida na lei 11.079/2004, bem como na Lei Estadual n. 5.494/05 para a adoção da arbitragem e, ainda, no entendimento do Tribunal de Contas da União manifestado através da Decisão 188/95 – TCU/Plenário, percebe-se que o contrato não inovou tampouco criou exigência sem amparo legal, razão pela qual se mantém a cláusula 35.1 da minuta contratual e julga improcedente a impugnação também neste ponto.

ALEGAÇÃO N.º 9. INEXISTENTE NA IMPUGNAÇÃO.

ALEGAÇÃO n.º 10. DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE ITEM ACERCA DO CAPITAL MÍNIMO DA SPE

Segundo a impugnante o Edital não possui o item 17.9, restando prejudicada a inteligência do item 18.10:

18.10. A SPE poderá, transcorrido o prazo de 3 (três) anos do início da CONCESSÃO, reduzir o seu capital social para até 30% (trinta por cento) do CAPITAL MÍNIMO definido no item 17.9 acima, bastando a mera comunicação ao PODER CONCEDENTE.

Contudo, a leitura atenta do edital, especificamente do item 18.9 acima do item 18.10 demonstra, inequivocadamente, que se trata apenas de erro formal, apenas de digitação, a que todos podem estar sujeitos e que em absolutamente nada prejudica a inteligência do instrumento convocatório, razão pela qual também neste ponto julga improcedente a impugnação, mantendo o instrumento convocatório inalterado.

ALEGAÇÃO n.º 11. DOS ASPECTOS TÉCNICOS E COMERCIAIS DO EDITAL

ALEGAÇÃO n.º 11.1. QUANTO A DEFINIÇÃO DO VALOR DO CONTRATO

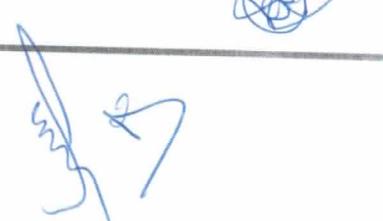
Entende o impugnante que o Edital e a Minuta de contrato trazem conflito quanto ao valor do contrato. Segundo o impugnante, a redação do Edital, item 4.1 estaria em conflito com o item XLI do capítulo I da Minuta do Contrato – DAS DEFINIÇÕES.

Pois bem, a definição do valor do contrato é encontrada no item 4.1 do Edital e Cláusula 13 da Minuta de Contrato. Ambas se referem ao correspondente ao somatório nominal do investimento necessário para a prestação dos serviços objeto do Item 14 - QUANTITATIVOS DE SERVIÇOS PARA COMPOSIÇÃO DE PREÇOS, no Anexo VIII – Termo de Referência dos Serviços Concedidos do Edital, com exceção dos serviços associados autorizados, para todo o prazo da concessão.

A redação do item 4.1 do Edital, bem como a da cláusula 13 da Minuta Contratual fazem referência ao ANEXO VI – DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA ECONOMICA DO EDITAL.

Consultando o referido anexo, é possível identificar claramente o que deve ser considerado para a elaboração da proposta econômica e, portanto, o valor do contrato, a saber:

3. DA CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA MENSAL 3.1 Conforme previsto na MINUTA DO CONTRATO, depois de emitida a ORDEM DE INÍCIO pelo PODER CONCEDENTE para as obras e os serviços objeto dos itens 14.1 e 14.2 ANEXO VIII – Termo de Referência dos SERVIÇOS CONCEDIDOS, e ao final do primeiro mês em que for iniciada a prestação dos referidos serviços, conforme previsto no CRONOGRAMA, será devido pelo PODER CONCEDENTE o primeiro pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PÚBLICA equivalente, com periodicidade mensal. 3.1.1 O VALOR DO CONTRATO, para todos os fins e efeitos de direito, será correspondente ao somatório nominal do investimento necessário para a prestação dos serviços objeto dos itens 14.1 e 14.2 do ANEXO VIII – Termo de Referência dos SERVIÇOS



CONCEDIDOS, conforme a PROPOSTA ECONÔMICA, para todo o prazo de vigência do CONTRATO.

(...)

A leitura dos dispositivos acima não deixa dúvidas quanto ao que compõe o valor do contrato, portanto, não há dúvida interpretação tampouco obscuridade ou mesmo ambiguidade entre o instrumento convocatório, a minuta contratual e seus respectivos anexos, de forma que não se acolhe o argumento do impugnante.

ALEGAÇÃO n.º11.2. QUANTO A CONTRATAÇÃO DE EMPRESA 'VERIFICADOR INDEPENDENTE'

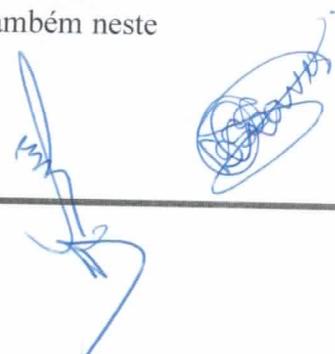
A empresa impugnante argumenta que para a elaboração da Proposta de Preços e do Plano de Negócios é necessário que a Administração informe qual o valor estimado ou máximo admitido para a Contratação da referida empresa, fazendo complementação aos documentos publicados haja vista que entende que tal é componente para elaboração da proposta.

Sobre tal aspecto, cabe mencionar que, conforme indicado nos itens 4.1 do Edital, bem como na cláusula 13 da Minuta Contratual, ambos fazem referência ao ANEXO VI – DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA ECONOMICA DO EDITAL, todos os elementos minimamente necessários para a elaboração da proposta de preços, inclusive valor do VEI, foram indicados de forma que não há qualquer omissão quanto a este ou qualquer outro ponto do procedimento licitatório, razão pela qual se julga improcedente a impugnação também quanto a este ponto.

ALEGAÇÃO n.º11.3. QUANTO AO RESSARCIMENTO DE CUSTOS DOS ESTUDOS REALIZADOS

Segundo a impugnante, não há clareza quanto à distribuição dos valores relativos ao ressarcimento dos estudos realizados. Alega que nos itens 17.3.1 e 17.3.2 há referência ao item 16.3, o qual não está presente no edital.

Contudo, a leitura atenta e integrativa do edital, especificamente do item 17.39 acima dos itens 17.3.1 e 17.3.2, demonstra, inequivocadamente, que se trata apenas de erro pueril, apenas de digitação, a que todos podem estar sujeitos e que em absolutamente nada prejudica a inteligência do instrumento convocatório, razão pela qual também neste ponto julga improcedente a impugnação, mantendo o inalterado o edital.



Assim, para efeito de cumprimento das disposições do edital, os pagamentos deverão ser efetuados na forma prescrita nas cláusulas 17.3.1 e 17.3.2, como condição prévia para assinatura do contrato.

ALEGAÇÃO n.º11.4. QUANTO ÀS ATIVIDADES DE DESAPROPRIAÇÃO

A impugnante entende como abusiva a exigência prevista nos itens 50.4 e 50.5, qual seja incumbir o vencedor de dar cumprimento a processos judiciais de desapropriação e reassentamento de população de baixa renda.

Acerca desta alegação, vale informar que, ao alocar tais obrigações para a concessionária, a Administração Pública age em estrita obediência ao disposto nos artigos 31 e 29 da Lei 8.987/95:

Art. 31. Incumbe à concessionária:

(...)

VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

(...)

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

Portanto, considerando o permissivo legal acima transcrito, considerando a discricionariedade quanto a tal definição de alocação de obrigação e risco, e tomando como base o disposto na cláusula 50.4 e 50.5 da minuta de contrato, entendemos que a impugnação é improcedente.

ALEGAÇÃO n.º11.5. QUANTO AO CRONOGRAMA

A Impugnante entende que Edital, Contrato e Anexo D do edital são omissos ao mencionar a existência de CRONOGRAMA a ser executado pela CONCESSIONÁRIA, sem contudo, indicar em qual anexo ou documento estaria disponibilizado tal



cronograma. Em razão disso pede a adequação do edital para fazer incluir referido documento.

A leitura integrativa dos documentos e anexos que compõe o edital, especificamente o ANEXO V – DIRETRIZES PARA ELABORAÇÃO E JULGAMENTO DA PROPOSTA TECNICA, o 2.5.2 do referido anexo é claro o suficiente sobre a apresentação do cronograma de execução de obras e serviços, de forma que não há qualquer omissão no Edital e seus respectivos anexos.

Assim, julga improcedente a impugnação também quanto a este ponto.

ALEGAÇÕES DE n.º 11.6 à 11.14.

Respondidas pela Agência de Tecnologia da Informação do Estado do Piauí, através do Relatório Técnico, anexo a este documento.

ALEGAÇÃO n.º 11.15. CESSÃO DE FAIXA DE DOMÍNIO

Questiona a impugnante se haverá algum tipo isenção ou redução de taxas referentes às licenças para uso da faixa de domínio das rodovias estaduais.

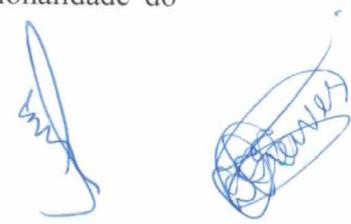
Quanto a este ponto, a Comissão esclarece que o tratamento a ser dispensado quanto às licenças para utilização de faixa de domínio das rodovias estaduais está disciplinado no Anexo D da Minuta de Contrato, item 2.1.31.

ALEGAÇÕES DE n.º 11.16 à 11.18.

Respondidas pela Agência de Tecnologia da Informação do Estado do Piauí, através do Relatório Técnico, anexo a este documento.

ALEGAÇÕES DE n.º 11.19. DA OBSOLÊNCIA DAS TECNOLOGIAS DO PROJETO E DO REINVESTIMENTO

A impugnante entende que o reinvestimento em equipamentos e infraestrutura, à medida que a tecnologia se torne obsoleta e/ou o fabricante deixe de fornecer suporte e manutenção das soluções requeridas, não está previsto no item 4.1 do contrato. Por isso, pede a impugnação do valor do contrato para fazer constar o somatório dos investimentos mais total de reinvestimentos necessários à garantir a atualidade e funcionalidade do objeto contratado.



Sobre esse aspecto, cabe esclarecer que o instrumento convocatório, a minuta contratual e todos os seus anexos foram elaborados em conformidade com o disposto no artigo 2º, parágrafo único, inciso II da Lei Estadual n. 5.494/05:

Art. 2º O Programa PPP será desenvolvido por meio de adequado planejamento que definirá as prioridades quanto à sua implantação, expansão, melhoria ou gestão de serviços e atividades a ele vinculados.

Parágrafo único. Constituem pressupostos, requisitos e condições para a inclusão de projetos no Programa de Parcerias Público-Privadas:

II – a vantagem econômica e operacional da proposta para o Estado e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos, relativamente a outras possibilidades de execução direta ou indireta;

Assim, a ausência de cômputo dos reinvestimentos fere a estrita observância ao princípio da eficiência das contratações pública, bem como o disposto no artigo 7º, IX, alínea "b" da Lei Estadual n. 5.494/05, a seguir disposto:

Art. 7º Os contratos de parceria público-privada reger-se-ão pelo disposto nesta Lei, na Lei Federal correspondente, pelas normas gerais do regime de concessão e permissão de serviços públicos, de licitações e contratos administrativos, sendo cláusulas essenciais as relativas:

IX – à periodicidade e aos mecanismos de revisão para:

b) a preservação da atualidade da prestação dos serviços objeto da parceria;

Ademais, a cláusula 2.1.10 do Anexo D - CADERNO DE ENCARGOS, ao estipular a renovação para manutenção das tecnologias necessárias à qualidade e segurança dos SERVIÇOS CONCEDIDOS foi elaborada considerando a necessidade de reinvestimentos para tal.

Salientamos que o Anexo D, enquanto integrante do contrato, tem a mesma eficácia vinculativa e atribui obrigação de manutenção de atualidade, logo, a necessidade de reinvestimento é consequente.

Portanto, a periodicidade para preservação da atualidade da prestação do serviço inclui o reinvestimento para manter o equipamento e o serviço atual e está inclusa no valor do contrato, razão pela qual julga improcedente esta alegação.

ALEGAÇÕES DE n.º 11.20 à 11.36.

Respondidas pela Agência de Tecnologia da Informação do Estado do Piauí, através do Relatório Técnico, anexo a este documento.

4. DA DECISÃO

Diante do acima exposto, a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, bem como a SAEDPREV, com fundamento no princípio da licitação, da economicidade, da legalidade, no princípio da vinculação ao instrumento convocatório, que vincula a administração aos termos editalícios e no princípio da isonomia e nos termos da fundamentação supra, **JULGA** totalmente **IMPROCEDENTES** as razões apresentadas através da impugnação ofertada pela empresa Telemar Norte Leste S.A (em Recuperação Judicial).

21

Teresina, 10 de outubro de 2017.

A COMISSÃO:



LAIRE SAMELINE SERAFIM CHAVES

Presidente da Comissão Especial de Licitação

Ratifico:



Viviane Moura Bezerra

Superintendente de Parcerias e Concessões

Aprovo:



Francisco José Alves da Silva

Secretário de Estado da Administração e Previdência