



DECISÃO - CEL - Nº 06/2017

Impugnante: **CÉLIO MILANO ADVOCACIA**

Licitação: **Leilão nº 01/2016**

Objeto: Concessão para ampliação, manutenção e exploração do Aeroporto Salgado Filho (SBPA), localizado no Município de Porto Alegre, Estado do Rio Grande do Sul; Aeroporto Internacional de Salvador Deputado Luís Eduardo Magalhães (SBSV), localizado no Município de Salvador, Estado da Bahia; Aeroporto de Florianópolis Hercílio Luz (SBFL), localizado no Município de Florianópolis, Estado de Santa Catarina; e Aeroporto Pinto Martins (SBFZ), localizado no Município de Fortaleza, Estado do Ceará

Assunto: Licitação na modalidade de leilão. Impugnação ao edital de licitação. Decisão da Comissão Especial de Licitação

1. DA IMPUGNAÇÃO

1.1. Conhece-se da Impugnação, tendo em vista que a mesma foi apresentada tempestivamente, consoante o disposto no item 1.19 do edital do Leilão nº 01/2016.

1.2. A impugnação foi apresentada por CÉLIO MILANO ADVOCACIA, em 03/03/2017, por meio de Carta S/N 0479003.

1.3. A impugnante se insurge contra diversos dispositivos do Edital, alegando, em suma, o que segue::

- 1.3.1. nulidade decorrente da limitação de participação em mais de um consórcio;
- 1.3.2. ilegalidade da exigência de garantia de manutenção da proposta;
- 1.3.3. nulidade da cláusula de plena aceitação do Edital;

1.4. No mais, traz críticas aos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental que subsidiam o presente processo, apontando, especificamente, erros materiais quanto a dados econômicos apresentados, em especial no tocante a defasagem em relação aos índices de evolução do Produto Interno Bruto (PIB), e de maneira genérica a ausência de informações técnicas imprescindíveis à elaboração da proposta.

1.5. Solicita, ao final, o recebimento da impugnação com efeito suspensivo e o seu deferimento "a fim de ser anulado o Edital e reparadas as ilegalidades e erros materiais apresentados".

2. DA ANÁLISE

2.1. De início, tratemos das alegações constantes do item 1.4 acima.

2.2. Como relatado no primeiro capítulo desta decisão, tais alegações giram em torno de supostos equívocos, incompletudes e defasagens que acometeriam os Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental - EVTEA - e as demais informações disponibilizadas no âmbito do presente processo. Tais alegações são trazidas de maneira bastante genérica e superficial, havendo algumas menções específicas quanto à defasagem em relação aos índices de evolução do Produto Interno Bruto (PIB) utilizados.

2.3. De partida, importante consignar que os EVTEA foram selecionados e aprovados pela então Secretaria de Aviação Civil da Presidência da República - SAC-PR, agora integrante do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil - MTPA, o que se deu por processo de avaliação e seleção inaugurado pelo Edital de Chamamento Público de Estudos n.º 001/2015 e aprovados por meio dos Editais de

Aprovação n.º 1, de 03 de dezembro de 2015, e n.º 2, de 11 de dezembro de 2015. Tais estudos foram, ainda, regularmente submetidos ao crivo do TCU.

2.4. Ademais, é preciso destacar que, conforme estabelecem os itens 1.33 e 1.34 do Edital, cabe ao Proponente efetuar estudos, levantamentos e demais dados necessários à elaboração de sua proposta econômica, havendo disposição expressa de que os EVTEA realizados pelo Poder Público não apresentam qualquer caráter vinculativo que responsabilize o Poder Concedente perante as Proponentes ou perante a futura Concessionária.

2.5. Não obstante tais colocações, passa-se a enfrentar a suposta existência de erros materiais quanto a dados econômicos apresentados.

2.6. Em relação à alegada defasagem de projeção do PIB, registre-se que a ANAC e a SAC se manifestaram conjuntamente, em função de recomendação exarada pelo TCU no sentido da inviabilidade de atualizar constantemente as premissas macroeconômicas, bem como da inexistência de alterações significativas que justifiquem reiniciar os Estudos de Viabilidade. Registrou-se, inclusive, que os efeitos da atualização podem não ser tais como os esperados pela mera revisão da projeção do PIB, dado que nova estimativa econométrica pode resultar em novos coeficientes de elasticidade e dado que se utiliza também como variável explicativa o *Yield* (preço médio da tarifa por km voado). Ademais, consignou-se ser natural que em um processo de concessão de exploração de infraestrutura, com todas as complexidades envolvidas nas análises, as bases de dados utilizadas nos estudos inicialmente tenham passado por alguma alteração posterior, e que em contextos de menor estabilidade econômica, tais defasagens dos dados podem se mostrar mais relevantes.

2.7. A conclusão a que SAC e ANAC chegam, tomando por base o momento da análise do TCU, mas que se aplica, com maior razão, ao momento da apresentação das propostas para o leilão, é de que "os dados utilizados estão atualizados tendo em vista a natureza do próprio processo e uma obrigação para atualizar tais dados implicaria recomençar todos os estudos de viabilidade que, fatalmente, estariam novamente pautados em dados desatualizados quando da apreciação pelo TCU".

2.8. Dessa forma, tem-se que tais argumentos são suficientes a afastar a pretensão de que a projeção do PIB seja atualizada para o momento do leilão.

2.9. Passemos à análise das supostas nulidades e ilegalidades listadas no item 1.3 acima.

2.10. No que diz respeito à limitação de participação, do mesmo proponente, em mais de um consórcio, entende-se não haver qualquer ilegalidade em tal limitação, posto que a redação do artigo 19 da Lei de Concessões deixa claro tratar-se de uma faculdade do Poder Concedente possibilitar a participação em consórcio. A mesma conclusão se depreende do artigo 33 da Lei de Licitações. Ora, tratando-se de faculdade, e faculdade esta destinada a ampliar o leque de potenciais licitantes, é certo que o Poder Concedente pode estabelecer restrições no exercício de tal faculdade. Assim, entende-se que, ainda que não exista expressa previsão, não há qualquer vedação legal à restrição estabelecida, eis que plenamente justificável. Ademais, como fez constar a impugnante de seu petítório, e ressaltando-se não haver ilegalidade no estabelecimento de tal limitação, a restrição relacionada à vedação de participação, de uma mesma empresa, em consórcios distintos, justifica-se pela necessidade de se garantir a lisura do certame e o bom andamento do procedimento licitatório, especialmente da sessão pública do leilão, até mesmo porque a sessão de leilão é una, de forma que a participação do mesmo licitante em consórcios distintos poderia conturbar o seu bom andamento, ainda que se permitisse apenas lances para ativos distintos. Ora, um leilão em que se permitisse a participação, do mesmo interessado, em consórcios distintos, estabelecendo regras que preservassem a restrição concorrencial relativa à impossibilidade de adjudicação de ativos situados em uma mesma região geográfica demandaria regras praticamente ininteligíveis ao mercado e de altíssimo custo de operacionalização.

2.11. Também encontra respaldo legal a previsão editalícia relativa à obrigatoriedade de apresentação de garantia da proposta. Vejamos as disposições constantes dos artigos 31, § 2º e 56, § 1º da Lei Federal n.º 8.666/93:

“Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

(...)

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado

objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.”

2.12. A legalidade na instituição da garantia da proposta, assim como na forma de execução da garantia, tem por objetivo resguardar a futura celebração do contrato objeto do procedimento licitatório, assegurando-se que o Licitante vencedor observe o atendimento de todas as condições objetivas de habilitação, possibilitando a formalização ulterior do contrato sob pena de execução da garantia ofertada e demais cominações. Com o objetivo de assegurar a seriedade do processo licitatório, com a coibição da prática de atos atentatórios ao processo licitatório foram instituídas as forma de execução da garantia da proposta, razão pela qual não se vislumbra qualquer subversão de sua finalidade. Ademais não há qualquer restrição a competitividade do certame com a fixação da garantia da proposta, uma vez que as garantias previstas são aquelas estabelecidas pelo artigo 56 da Lei Federal n.º 8.666/93, de fácil acessibilidade no mercado pelas Licitantes.

2.13. Por fim, no tocante ao item 1.35, que se refere a aceitação dos termos do edital, é de se consignar que o dispositivo, por si só, não tem o condão de eliminar a possibilidade de impugnação judicial de outras cláusulas eventualmente eivadas de ilegalidades, como bem afirma decisão do STJ (STJ, MS 5.655/DF, rei. Min. Demócrito Reinaldo, RSTJ 113/44) em consonância com a inafastabilidade do acionamento do Poder Judiciário no caso de lesão, nos termo do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal:

“ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”

2.14. Também, a própria ANAC poderá sanar qualquer vício eventualmente detectado em cláusulas dos documentos jurídicos, dentro de seu poder-dever de autotutela, a fim de manter um procedimento licitatório íntegro.

2.15. De toda sorte, é de se registrar que se presumem legais os atos emanados pela Administração Pública, até impugnação em sentido contrário, caso em que o impugnante deve demonstrar vícios concretos, e não meramente potenciais, a fim de que o Poder Público possa saná-los. Quanto aos supostos vícios apontados pela impugnante, demonstrou-se acima que não procedem. Assim, entende-se válidas e eficazes todas as disposições editalícias, pelo que aplicável e legítimo o item 1.35, o qual nada mais faz do que materializar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório face aos Licitantes.

2.16. Registre-se, por fim, que o uso de cláusulas semelhantes é usual em processos de concessão de infraestrutura de outros setores regulados, a exemplo dos abaixo listados:

- EDITAL DE CONCESSÃO ANTT N° 001/2012 que trata da 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)

- EDITAL DE CONCESSÃO N° 001/2011 - ANTT Concessão para Exploração de Trechos da Rodovia BR-101/ES/BA: Entr. BA-698 (acesso a Mucuri) – Divisa ES/RJ (3ª Etapa de Concessões Rodoviárias)

- EDITAL DO LEILÃO N° 12/2015-ANEEL CONTRATAÇÃO DE CONCESSÕES DE USINAS HIDRELÉTRICAS EM REGIME DE ALOCAÇÃO DE COTAS DE GARANTIA FÍSICA DE ENERGIA E POTÊNCIA, NOS TERMOS DA LEI N° 12.783/2013, ALTERADA PELA MEDIDA PROVISÓRIA N° 688/2015

2.17. Assim, tem-se que os itens editalícios impugnados devem ser mantidos.

3. DA CONCLUSÃO

3.18. Ante o exposto, esta Comissão Especial de Licitação delibera por conhecer do pedido de impugnação e decidir por sua **IMPROCEDÊNCIA**.

Brasília/DF, 08 de março de 2017.



Documento assinado eletronicamente por **Aderson de Lima Calazans, Membro da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2016**, em 08/03/2017, às 17:04, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **THIAGO FERAN FREITAS ARAUJO, Membro da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2016**, em 08/03/2017, às 17:05, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **JOSE BARRETO DE ANDRADE NETO, Membro da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2016**, em 08/03/2017, às 18:34, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **DANIEL RODRIGUES ALDIGUERI, Vice-presidente da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2016**, em 08/03/2017, às 18:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **ADRIANO PINTO DE MIRANDA, Presidente da Comissão Especial de Licitação - Edital do Leilão nº 01/2016**, em 08/03/2017, às 19:02, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sistemas.anac.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **0487969** e o código CRC **4D663B44**.