

Processo Administrativo nº **60800.257874/2011-12**

Impugnante: **GLOBAL PARTICIPAÇÕES EM ENERGIA S/A**

Licitação: **Leilão nº 02/2011**

Objeto: **Concessão para ampliação, manutenção e exploração dos Aeroportos Internacionais Governador André Franco Montoro, na cidade de Guarulhos/SP, Viracopos, na cidade de Campinas/SP, e Presidente Juscelino Kubitschek, na cidade de Brasília/DF**

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

1 - DOS FATOS

1.1 Conhece-se da Impugnação, tendo em vista que a mesma foi impetrada tempestivamente, consoante o disposto no item 1.18, bem como observou as formalidades dos itens 1.19 e 1.20, todos do edital de Leilão nº 02/2011.

1.2 A peticionária indica expressamente que a impugnação se refere ao Edital como um todo.

1.3 Insurge-se especificamente contra os itens 5.31.1, 4.46 e 4.15.2 do Edital, alegando, em suma, o que segue:

- 1.3.1 que a sanção prevista no item 5.31.1 traz evidente afronta aos princípios da legalidade e tipicidade;
- 1.3.2 a inexistência de previsão legal de sanção para situações de desclassificação de um participante de licitação, sendo que a multa só pode ser aplicada nos casos previstos no artigo 81 da Lei 8.666/93, quais sejam, de recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou reiterar o instrumento equivalente;
- 1.3.3 que a desclassificação de licitante acarreta apenas os efeitos legais previstos no artigo 48 e seus parágrafos da Lei nº 8.666/93 e artigo 18-A, III, da Lei nº 8.987/95;
- 1.3.4 a ilegalidade das imposições contidas nos subitens do item 4.46 do Edital;
- 1.3.5 que a limitação temporal constante do item 4.46.2 encontra-se em total discordância com o § 5º do artigo 30 da Lei nº 8.666/93;
- 1.3.6 que tal exigência é restritiva e desproporcional, não servindo de justificativa a intenção de tal limitação;
- 1.3.7 a impossibilidade, ilegalidade e arbitrariedade de eleição da garantia da proposta conforme previsto no item 4.15.2 do Edital;
- 1.3.8 que não existe ressalva sobre as espécies de títulos da dívida pública que podem servir como garantia da execução do contrato no § 1, I do artigo 56 da Lei nº 8.666/93;
- 1.3.9 que a previsão editalícia é incompatível com o próprio item 3.1.65.1 do contrato de concessão, que trata da garantia de execução contratual e não traz qualquer ressalva quanto a títulos da dívida pública;

- 1.3.10 que, dessa forma, a garantia para a participação na disputa licitatória é muito mais restritiva do que a forma da garantia que deverá ser apresentada para assegurar o cumprimento do próprio objeto licitado;
- 1.3.11 que tal exigência restringe o caráter competitivo da disputa, sendo contrária, portanto, ao disposto no artigo 3º e § 1º da Lei nº 8.666/93;
- 1.3.12 a necessidade de republicação do Edital, eis que o Comunicado Relevante nº 06/2012 traz mudanças significativas que deveriam levar à prorrogação da data de apresentação das propostas, incluindo mudanças das seguintes tabelas:
 - 1.3.12.1 Anexo 4 do Contrato – Tarifas: Tabela 2 - Cálculo da Tarifa de Armazenagem da Carga Importada
 - 1.3.12.2 Anexo 4 do Contrato – Tarifas: Tabela 4 - Preço Cumulativo das Tarifas de Armazenagem e Capatazia da Carga Importada de Alto Valor Específico
 - 1.3.12.3 Anexo 4 do Contrato – Tarifas: Tabela 6 - Tarifa de Armazenagem e de Capatazia da Carga sob Pena de Perdimento
 - 1.3.12.4 Apêndice C do Anexo 2 do Contrato: Tabela 2 - Indicadores de Qualidade de Serviço para composição do fator Q
- 1.3.13 que a modificação na fórmula do Fator X impacta diretamente na formulação das propostas econômicas;
- 1.3.14 que o Edital deve ser repulicado e reiniciada a contagem de prazo, de acordo com o disposto no § 4º do artigo 21 da Lei nº 8.666/93, uma vez que as mudanças realizadas no Edital alteraram de forma substancial a formulação das propostas;

1.4 Requer, por fim, a impugnação dos dispositivos contidos nos itens 5.31.1, 4.46.1, 4.46.2, 4.15.2 e a republicação do Edital com reabertura de prazo para a apresentação das propostas econômicas.

2 – DO MÉRITO

2.1 Inicialmente, cumpre esclarecer que o item 5.31.1 do Edital já foi objeto de Esclarecimento, sendo o fundamento de tal item do Edital detalhado por esta Comissão Especial Licitação na Ata de Esclarecimentos referente ao Leilão n.º 02/2011, conforme se verifica:

ITEM 156

Resposta da Comissão:

A ANAC informa que é fundamental para o procedimento licitatório que o Proponente esteja efetivamente habilitado quando da entrega dos envelopes, tal como previsto no edital. As exigências de habilitação são objetivas. Assim, cabe aos Proponentes zelarem pelo atendimento total da habilitação, ressaltando-se que falhas de caráter formal poderão ser sanadas, conforme item 2.3.1 do edital. Ademais, por se tratar de um certame com leilão viva-voz, é necessário que haja um incentivo para que proponentes que não sejam capazes de atender aos requisitos de habilitação não participem da concorrência, evitando com isso lances que poderiam prejudicar os demais Proponentes. Assim, a exigência de execução da garantia de proposta no caso de inabilitação está em conformidade com as regras do leilão e com a finalidade do edital.



Conforme restou consignado por ocasião dos esclarecimentos ao Edital, a imposição de penalidade para a Proponente que, sagrando-se vencedora do Leilão, deixa de cumprir os requisitos objetivos de habilitação previstos no Edital tem por objetivo garantir a lisura do procedimento licitatório.

Com a imposição da penalidade busca-se evitar a frustração da finalidade do leilão com a apresentação de propostas por proponentes que não atendam os requisitos objetivos de habilitação, sendo assegurado não apenas o atendimento ao princípio da legalidade, como os princípios da moralidade e eficiência que regem a atividade da administração pública.

Considerando a inversão de fases do processo licitatório, a objetividade dos requisitos de habilitação previstos no Edital combinados com a possibilidade de saneamento de falhas formais nos documentos de habilitação, faz-se necessário que a administração pública, bem como os demais licitantes cerquem-se da segurança necessária quanto a lisura do processo licitatório, bem como da integridade das propostas apresentadas, o que é reforçado pela previsão de execução integral da Garantia de Proposta.

É importante repisar que a legalidade na instituição da garantia da proposta, bem como na previsão das hipóteses de sua execução, em momento algum violam o princípio da estrita legalidade. A legalidade da fixação dos procedimentos previstos no item 5.31.1 do Edital, além de encontrar fundamento nos já mencionados princípios da moralidade e da legalidade, tem respaldo infraconstitucional no artigo 31, § 2º e 56, § 1º da Lei Federal n.º 8.666/93, o qual estabelece:

“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.”

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 a ser celebrado, 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.

2.2 No tocante às exigências constantes dos subitens do item 4.46, cumpre consignar que, como todos os atos da Administração Pública, que devem observar os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, a exigência de experiência na operação aeroportuária dentro de um limite temporal, restrito aos últimos dez anos, tem uma razão de ser.

A aviação civil, de uma maneira geral, é uma indústria naturalmente dinâmica. Incessantes são os desafios com que se deparam os profissionais do ramo: adversidades meteorológicas a serem superadas, demanda por novas tecnologias, dentre tantos outros. Igualmente dinâmica é a operação aeroportuária, mais especificamente.

O mundo contemporâneo tem uma data que é considerada divisor de águas na operação aeroportuária: 11 de setembro de 2001. A partir daquele dia, de valor histórico de todos conhecido, foram criadas novas medidas de segurança contra atos de interferência ilícita, impactando diretamente na operação de aeroportos em todo o mundo. No Brasil não foi diferente. Para citar algumas normas:

- Resolução 207/2011 - Dispõe sobre os procedimentos de inspeção de segurança da aviação civil contra atos de interferência ilícita nos aeroportos e dá outras providências;
- Decreto 7.168/2010 - Dispõe sobre o Programa Nacional de Segurança da Aviação Civil Contra Atos de Interferência Ilícita (PNAVSEC);
- Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC) 175, de 09/12/2009 – Dispõe sobre o transporte de artigos perigosos em aeronaves civis;
- Regulamento Brasileiro de Aviação Civil (RBAC) 139; de 11/05/2009 – Dispõe sobre a Certificação Operacional de Aeroportos;
- Resolução nº 009, de 05/06/2007 – Dispõe sobre o acesso ao transporte aéreo de passageiros que necessitam de assistência especial.

Cabe à ANAC zelar para que o serviço seja prestado da melhor forma, e também da forma mais segura. Em outras palavras, os interessados na concessão devem estar familiarizados com as melhores práticas internacionais, incluindo as atuais normas de segurança. Ora, uma sociedade empresária que tenha operado um terminal aeroportuário há mais de dez anos certamente não detém o conhecimento da tecnologia atualizada em gestão de infraestrutura aeroportuária, em especial no que se refere às medidas de segurança contra atos de interferência ilícita. Um operador aeroportuário que tenha exercido tal atividade há mais de uma década executo tal atividade em período que já é parte da história da aviação, em que não havia restrições de líquidos na bagagem e tolerava-se fumar a bordo, apenas para exemplificar.



Pois bem, demonstrada a essencialidade da atualidade da demonstração de qualificação técnica, ou seja, que a mesma seja demonstrada pela operação de aeroportos nos últimos 10 (dez) anos, passemos a demonstrar a legalidade de tal exigência.

Alega o impugnante que a regra editalícia está em desacordo com o disposto no § 5º do artigo 30 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que passo a transcrever:

“§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.”

Em que pese a disposição legal, entende-se que, na espécie, não se pode aceitar o cumprimento dos requisitos de habilitação técnica por meio da demonstração da execução de atividades em período distante no tempo, eis que o conhecimento das técnicas mais atuais de operação de aeroportos são essenciais ao fiel cumprimento do contrato, como já acima exposto. Admitir-se, para fins de demonstração de habilitação técnica, um operador aeroportuário que somente tenha condições de comprovar a execução das atividades, inerentes aos contratos de concessão que se pretende firmar, em períodos de tempo longínquos, nos quais se utilizavam técnicas hoje totalmente ultrapassadas, configuraria verdadeira afronta ao interesse público.

Em verdade, não há restrição de concorrentes, mas sim a alocação de critério técnico que abrange grande parte (talvez a maioria) dos operadores aeroportuários em atividade, fato que afasta qualquer ilegalidade editalícia no ponto. Ademais, a atualidade do serviço, considerando as inovações tecnológicas do setor, principalmente implementadas nos últimos 10 (dez) anos, é garantia essencial que qualifica o serviço adequado, nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.987/1995.

Ora, temos que as exigências constantes do item 4.46 encontram respaldo legal, senão vejamos.

Por primeiro, nos termos do parágrafo único do artigo 7º da Lei 9.491/1997, que trata do Programa Nacional de Desestatização, os princípios gerais e as diretrizes específicas aplicáveis à concessão, permissão ou autorização, elaborados pelo Poder Público, deverão constar do edital de desestatização.

De outra parte, entendemos que tais exigências encontram respaldo na própria Lei nº 8.666/93, em seu artigo 30, II, que passamos a transcrever:

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

.....

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; (grifos nossos)



Nesse sentido, a doutrina tem mitigado a rigidez da aplicação do § 5º do artigo 30 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Vejamos os ensinamentos de Marçal Justen Filho, em sua obra “Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, 14ª Edição, Editora Dialética”, ao analisar o dispositivo em questão:

Admitindo-se, porém, que a lei autoriza exigências de capacitação técnica operacional, ter-se-á que convir que tal se dá através da previsão direta do próprio inc. II do art. 30. Ora, esse dispositivo explicitamente autoriza exigência de experiência anterior “compatível em características, quantidades e prazos com o objeto de licitação”. Ou seja, o mesmo dispositivo que dá supedâneo à exigência de qualificação técnica operacional se refere a que deverá ela ser compatível em termos de quantidades, prazos e outras características essenciais ao objeto licitado. (...)

Mais precisamente, aquele que não executou anteriormente objeto semelhante em condições de tempo ou local equivalentes às do contrato licitado não dispõe da experiência indispensável para a contratação.

Discorre, ainda, aquele renomado autor, sobre a necessidade de atualidade da qualificação técnica para fins de habilitação:

A existência de documentos pode (e deve) ser acompanhada de outras investigações para assegurar a “atualidade” das informações. Muitas vezes, o sujeito executou certo objeto dezenas de anos antes. Continua a existir referência documental ao cumprimento satisfatório do objeto. Porém, há o risco de ausência de referibilidade entre o objeto executado anteriormente e aquele licitado. Assim, as técnicas de execução podem ter sofrido radical modificação, a empresa pode ter passado por numerosas alterações estruturais etc.

2.3 A Impugnante apresenta ainda suas razões de inconformidade em relação ao item 4.15.2 do Edital, ora transcrito:

4.15.2. na hipótese de a Garantia da Proposta ser prestada em títulos da dívida pública, aceitar-se-á apenas Letras do Tesouro Nacional - LTN, Letras Financeiras do Tesouro - LFT, Notas do Tesouro Nacional - série C - NTN-C, ou Notas do Tesouro Nacional - série F - NTN-F;

Neste ponto, de início, é importante repisar que a instituição da garantia da proposta, além de encontrar fundamento nos já mencionados princípios da moralidade e da legalidade, tem respaldo infraconstitucional nos artigos 31, § 2º e 56, § 1º da Lei Federal nº 8.666/93, acima transcritos.

A legalidade na instituição da garantia da proposta, assim como na forma de sua prestação, tem por objetivo resguardar a futura celebração do contrato, 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 liquidez das garantias da proposta apresentadas pelas licitantes, a ANAC, utilizando-se dos critérios previstos no artigo 56, §1º, inciso I da Lei Federal n.º 8.666/93, determinou aos licitantes - no caso de opção pela apresentação de caução em títulos da dívida pública – que fossem utilizados os seguintes títulos: Letras do Tesouro Nacional - LTN, Letras Financeiras do Tesouro - LFT, Notas do Tesouro Nacional - série C - NTN-C ou Notas do Tesouro Nacional - série F - NTN-F.

A delimitação do rol de possibilidades de títulos públicos a serem utilizados em caução, antes de infringir o princípio da legalidade e da competitividade do certame, assegura de forma plena a isonomia no tratamento dos licitantes.

De fato, a ANAC ao delimitar expressamente os títulos que podem ser utilizados visa assegurar que as garantias de proposta apresentadas pelos licitantes tenham, indistintamente, o mesmo valor monetário.

Os títulos indicados no item 4.15.2 do Edital, apresentam negociação frequente no mercado e gozam de alta liquidez, evitando o favorecimento de licitantes que apresentem títulos de baixa liquidez, e que, portanto, não refletem de forma acurada o valor fixado para a garantia da proposta.

É importante ressaltar que não há qualquer vulneração a plena competitividade do certame com a delimitação dos títulos da dívida pública que podem ser utilizados para a garantia da proposta, uma vez que tais títulos são amplamente negociados no mercado e podem ser acessados, indistintamente, por todos os licitantes.

2.4 Em relação às alegações em que se funda o pedido de republicação do Edital, passamos a expor o que segue.

Inicialmente, em função de erro formal, as tarifas de armazenagem e capatazia especificadas em percentuais no referido Anexo 4 não haviam sofrido a alteração necessária para refletir a redução do Ataero e sua incorporação às tarifas, conforme os comandos da Medida Provisória nº 551, de 22 de novembro de 2011.

O art. 7º da Medida Provisória nº. 551/2011 dispôs que a Anac deveria promover a recomposição dos valores tarifários devido à alteração do percentual do Ataero de que trata o art. 1º da Lei nº. 7.920/1989. Veja-se:

Art.7º A Agência Nacional de Aviação Civil, no exercício de suas atribuições legais, promoverá em 10 de janeiro de 2012 a recomposição dos valores tarifários em decorrência da mudança do percentual do adicional tarifário previsto na nova redação do art. 1º da Lei nº 7.920, de 1989, dada por esta Medida Provisória.

Conforme a exposição de motivos da MP nº. 551/2011, a recomposição deveria ser promovida de tal forma que os valores finais pagos pelos usuários permanecessem iguais:

A proposta de Medida Provisória em tela reduz o percentual Adicional de Tarifa Aeroportuária - ATAERO incidente sobre as tarifas de embarque, pouso, permanência, armazenagem e capatazia dos atuais 50% (cinquenta por cento) para 35,90% (trinta e cinco, vírgula noventa por cento), ao mesmo tempo em que elimina sua incidência sobre as tarifas de uso das comunicações e auxílio à navegação



aérea em rota, de modo que os valores correspondentes possam ser incorporados às tarifas sem que haja alteração do montante pago pelos usuários – recomposição tarifária esta que deverá ocorrer concomitantemente com a entrada em vigor dessas disposições, no dia 10 de janeiro de 2012. (grifo não constante do original).

Adicionalmente, a redação do art. 7º da Resolução nº 11/CND, de 15 de dezembro de 2011, estabeleceu que os valores das tarifas aplicáveis às concessões deverão ser iguais aos vigentes para os aeroportos de categoria 1:

Art. 7º Para fins de definição das tarifas aplicáveis às concessões dos três aeroportos, deverão ser considerados os valores vigentes para as tarifas aeroportuárias relativas à classificação de aeroportos categoria 1, sem prejuízo de outras especificações tarifárias a serem estabelecidas pela ANAC.

Entende-se que os comandos da Medida Provisória nº. 551/2011 combinados com a Resolução nº 11/CND, per se, deixam claro qual é o valor correto a ser considerado no Anexo 04 do Contrato – Tarifas. Esse entendimento foi retratado nos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental (EVTEA), uma vez que as receitas tarifárias de armazenagem e capatazia contemplavam o novo valor tarifário. Dessa forma, resta claro que a alteração trazida pelo Comunicado Relevante nº 06/2012 possui caráter meramente formal, uma vez que apenas corrige um erro formal patente.

Por sua vez, o item 1.3.4 do Anexo 11 do Contrato também apresenta erro formal na fórmula que define o valor do fator X a ser aplicado entre o terceiro e o quinto ano do período de concessão. Conforme se pode depreender dos itens anteriores ao 1.3.4, o valor do fator X deverá ser reduzido conforme o administrador aeroportuário amplia os componentes aeroportuários:

1.3. O fator X referente a período compreendido entre o terceiro e quinto ano, inclusive, deverá ser calculado conforme a seguir exposto:

1.3.1. O fator X aplicado no período em questão será igual ou superior a zero.

1.3.2. A determinação do fator X terá como base um valor de referência de 2,06%.

1.3.3. De acordo com a ampliação dos componentes aeroportuários descritos a seguir, desde que em plena capacidade operacional, deverá ser atribuída redução percentual do valor de referência supracitado, conforme valores estabelecidos por elemento e por aeroporto.

Assim, fica nítido qual é o correto entendimento da relação entre o fator X e a ampliação da capacidade operacional, e sua incompatibilidade com a fórmula originalmente apresentada. Esse entendimento foi corroborado pelos pedidos de esclarecimento 353, 375, 585, 590 e 1007.

O mesmo se aplica ao caso da alteração da Tabela 2 do Apêndice C do Anexo 02 do Contrato – PEA. Para entender isso, note que o valor atribuído ao item “Disponibilidade de equipamentos e instalações” é 1%, enquanto a soma dos seus 5 subitens apresentava um valor maior do que 1%, o que é claramente incompatível com a lógica do IQS.

Disponibilidade de equipamentos e instalações	2,50%	1,00%
--	--------------	--------------

Elevadores, escadas e esteiras rolantes		99%	0,45%	100%	0,25%
Sistema de processamento de bagagens (embarque)	Percentual do tempo de disponibilidade do equipamento	99%	0,55%	100%	0,25%
Sistema de restituição de bagagens (desembarque)		99%	0,55%	100%	0,25%
Equipamento apropriado para embarque e desembarque de PNAE		99%	0,30%	100%	0,25%
Pontes de embarque		99%	0,65%	100%	0,25%

Conforme se observa, cuida-se de ajustes relacionados meramente a erros materiais cometidos na produção dos documentos jurídicos ao longo do processo. Entende-se que os mesmos não alcançam a formulação de proposta pelos interessados, uma vez que consistem de mero ajuste redacional, seja por decorrerem de dispositivos legais ou por consequência lógica da redação original. Ademais, não se criou quaisquer ônus adicionais ao processo, o que torna desnecessária a reabertura dos prazos previstos no cronograma de eventos que norteia o original, conforme assevera o art. 21, da Lei nº 8.666, de 21/6/1993.

3 - DA CONCLUSÃO

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

Brasília/DF, 31 de janeiro de 2012.

Adriano Pinto de Miranda
Presidente da Comissão Especial de Licitação