

GRUPO I – CLASSE VII – Plenário

TC 022.728/2020-1.

Natureza: Representação.

Entidade: Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL).

Interessada: DTA Engenharia Ltda. (02.385.674/0001-87).

Representação legal: Anéia Viana da Silva (OAB/SP 314.766), Renan Beloto dos Santos (OAB/SP 352.652), Jansen Reche Fernandes (OAB/SP 439.846) e Cyntia Póvoa de Aragão (OAB/DF 22.298).

SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEL RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE DE LICITAÇÃO CONDUZIDA NO ÂMBITO DA EMPRESA DE PLANEJAMENTO E LOGÍSTICA S.A. CONHECIMENTO. JUSTIFICATIVAS LOGRARAM AFASTAR A MAIORIA DOS FATOS TIDOS POR IRREGULARES. ESTIPULAÇÃO INDEVIDA DE RESTRIÇÃO TEMPORAL DO ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DE LICITANTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO CERTAME, ANTE À COMPETITIVIDADE E DESÁGIOS OBSERVADOS. PROCEDÊNCIA PARCIAL. CIÊNCIA.

RELATÓRIO

Trata-se de representação formulada pela empresa DTA Engenharia Ltda., a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), relacionadas à contratação de empresa especializada na prestação de serviços necessários à realização de estudos para subsidiar a desestatização do porto organizado de Itajaí /SC, conforme condições e especificações constantes do Edital 7/2020.

2. No âmbito da SeinfraPortoFerrovia, foi elaborada a instrução à peça 45, a seguir transcrita com os ajustes de forma pertinentes, cujo encaminhamento foi encampado pelos dirigentes da unidade (peças 46/47):

HISTÓRICO

1. Com base no relato da representante contido nas peças 1-7, esta Unidade Técnica entendeu na instrução colacionada à peça 10, referendada pelo Diretor e pelo Secretário (peças 11 e 12 respectivamente), que estavam presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para concessão da cautelar, conforme o mandamento do art. 276 do Regimento Interno/TCU.
2. Na ocasião, propôs-se também a oitiva da EPL acerca dos fatos narrados pelo representante, bem como o envio de diligência para o esclarecimento de outras questões atinentes ao regular exame do processo licitatório.
3. Por meio da peça 13, o Ministro Relator Vital do Rêgo proferiu despacho concordando com a análise da secretaria, em que determinou a suspensão do procedimento licitatório objeto do Edital 7/2020 até que o Tribunal se manifestasse sobre o mérito das questões tratadas nos autos. Tal

despacho mais tarde foi referendado pelo Acórdão 1.699/2020-TCU-Plenário.

4. Questionamentos foram encaminhados à EPL por meio do Ofício 31.732/2020-TCU/Seproc, de 25/6/2020 (peça 16), cuja ciência ocorreu em 1/7/2020 (peça 20).

5. Em resposta, foram encaminhados os documentos acostados às peças 21-43.

6. Entende-se que diante da resposta à oitiva e à diligência, a fase de saneamento do presente processo encontra-se encerrada. Pretende-se nesta instrução, assim, analisar o mérito da representação, opinando também pela manutenção ou não da cautelar proferida.

EXAME TÉCNICO

7. O mérito da presente representação trata de três pontos: (i) requisitos para comprovação de capacidade técnica da empresa; (ii) vedação ao somatório de atestados para comprovação de capacidade técnica da empresa; e (iii) exigência de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnica dos profissionais da empresa.

I. Requisitos para comprovação de capacidade técnica da empresa

8. Em relação ao primeiro ponto, decorre do fato de que o item 8.7.1.1.a.iii do edital (peça 9, p. 13) rege que não serão aceitos atestados de capacidade técnica que se refiram a serviços prestados anteriormente à data de 5/6/2013.

9. Os serviços a que a cláusula se refere tratam do seguinte requisito:

8.7.1.1 - Para a Qualificação Técnica deverá(ão) ser apresentado(os) atestado(s) de capacidade técnica, emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove(m) que o LICITANTE executou os seguintes serviços:

a) Elaboração de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA referente a instalações portuárias que tenham estado em operação e que tenham movimentação anual de, no mínimo, 262.000 TEU, realizada no Brasil ou no exterior.

(...)

iii. Não serão aceitos atestados de capacidade técnica que se refiram a serviços prestados anteriormente a data de 05 (cinco) de junho de 2013

10. O argumento principal da EPL, observado na manifestação da comissão de licitação trazida aos autos pela representante, seria de que a Lei 12.815/2013 teria trazido mudanças significativas para a elaboração de Estudos de Viabilidade Técnica, Econômico-Financeira e Ambiental (EVTEAs) no setor portuário. Assim, os estudos feitos anteriormente à sua edição, ainda que atendessem à quantificação elencada, não deveriam ser considerados aptos a comprovar experiência técnica para cumprir o objeto da contratação.

11. Diante dos questionamentos elencados na peça 12, a EPL complementou tais argumentos na peça 41.

12. Acrescentou que entre os exemplos de alteração significativa da metodologia empregada na elaboração do fluxo de caixa do EVTEA, após a Lei 12.815/2013, poderia ser citado a introdução de parâmetros técnicos e níveis de serviço. Isso porque os estudos de demanda atualmente seriam mais complexos em razão da necessidade de análise sob a perspectiva dos *clusters* portuários e da vinculação com os instrumentos de planejamento do setor (peça 41, p. 5).

13. Aduz que, antes da Lei 12.815/2013, as regras para a elaboração de EVTEAs estavam sistematizadas na Nota Técnica 17/2007, elaborada pela Gerência de Portos Públicos da Antaq. Nessa época, o valor do arrendamento fixo era definido conforme avaliação imobiliária, com base no valor atribuído ao metro quadrado, um princípio patrimonialista que a nova Lei de Portos teria alterado. Tal mudança teria acarretado que o valor do contrato de arrendamento portuário pudesse passar a ser associado à receita do terminal, segundo a EPL.

14. Alega que conforme explicitado na Resolução-Antaq 3.220/2014, o valor do arrendamento, tanto fixo como variável, teria passado a ser definido em sua totalidade pelo fluxo de caixa.

Especificamente, a remuneração do contrato de arrendamento teria passado a ser definida com base no resultado financeiro do empreendimento (Valor Presente Líquido – VPL). Portanto, o valor do arrendamento seria considerado variável de saída do modelo. Complementarmente, a metodologia de avaliação financeira estaria em conformidade com os Anexos A e B da Nota Técnica-Antaq 7/2014, os quais definem a estrutura básica das Demonstrações de Resultado do Exercício (DRE) e do Fluxo de Caixa do empreendimento.

15. Em sua visão, os estudos de viabilidade elaborados sob a vigência dos marcos regulatórios anteriores não estavam necessariamente condicionados à observância de todos os critérios atualmente existentes. Informa que, antes, o próprio modelo financeiro seria calculado de forma diferente, não sendo incluído, por exemplo, custos como o capital de giro. Outro exemplo seriam as obras de engenharia, que anteriormente não eram estimadas com base em tabelas referenciais do governo (Sicro/Sinapi).

16. Ressalta que os estudos atuais definem, por exemplo, parâmetros como prancha-média, indicador que mede a produtividade média de um porto, terminal ou berço em um determinado período de tempo, na movimentação de um determinado segmento de mercadorias. Essa medida é calculada em relação ao tempo de operação dos navios (em toneladas por hora), e utilizando-se sempre de atracções de movimentação exclusiva. No estudo de viabilidade, explica, tornar-se-ia relevante a utilização da prancha média geral para fins de cálculos de estimativa de capacidade, tendo em vista que seriam consideradas todas as etapas do processo de embarque e desembarque dos navios, incluindo tempos de atracção e desatracção, sendo caracterizada como medida efetiva de produtividade.

17. Continua afirmando que outro parâmetro adotado atualmente nos estudos é o da taxa de ocupação dos berços, que considera o tempo médio de espera em relação ao tempo de estadia da embarcação. Esse parâmetro, em sua visão, serviria como base para a verificação da necessidade de adequação dos equipamentos do terminal, da aquisição de novos equipamentos e da possibilidade de expansão dos berços, o que impacta diretamente na forma de elaboração do estudo de engenharia do EVTEA. Para a EPL, pelo estabelecimento de parâmetros mínimos de desempenho como a prancha média e taxa de ocupação de berços, seria possível alcançar, em última análise, o melhor aproveitamento de toda a infraestrutura de atracção (cais ou píer).

18. Conclui, assim, que os exemplos apresentados demonstrariam que os estudos de viabilidade a partir da Lei 12.815/2013 são condizentes com um maior nível de exigências regulatórias, permitiriam melhor definição da matriz de risco contratual e forneceriam subsídios para a elaboração de projetos mais complexos, de forma a se obter, em última instância, uma valoração do negócio mais assertiva.

19. Na instrução anterior da unidade técnica, foi apontado que a definição de limite temporal com base na entrada em vigor de lei brasileira apresentaria contradição com a regra do edital que permite a apresentação de certificados de serviços prestados no exterior, já que não são elaborados com base na legislação nacional.

20. A esse respeito, a EPL afirmou que a intenção de permitir atestados estrangeiros visava ampliar a competição, trazendo empresas de renome internacional ao certame, tendo em vista o impacto econômico e a relevância do objeto da licitação ao interesse público. Aduziu, contudo, que na hipótese da necessidade de avaliação de atestados estrangeiros na fase de habilitação – o que não ocorreu na prática, pois não foram apresentados atestados dessa natureza pela licitante vencedora – seria verificada, durante a fase de análise documental, a aderência do estudo estrangeiro em relação ao atual marco regulatório portuário (peça 41, p. 6).

21. Assim, defende que, caso as características essenciais ou o nível de complexidade do estudo não fossem compatíveis com os requisitos do atual marco regulatório, o certificado poderia vir a não ser aceito. Reforça, no entanto, que não foram verificados prejuízos nesse sentido para nenhuma licitante, até porque não houve pedido de esclarecimento a esse respeito, tampouco houve necessidade de análise de certificado estrangeiro.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

22. Como ressaltado na instrução anterior, é preciso esclarecer que o objeto da presente licitação é a “contratação de empresa especializada na prestação de serviços necessários à realização de estudos para subsidiar a EPL na desestatização do Porto Organizado de Itajaí” (peça 9, p. 1).

23. A EPL, em sua resposta, apresentou outros argumentos acerca de sua motivação para definir que os atestados de comprovação técnica deveriam contemplar a elaboração prévia de EVTEAs, realizados após 5/6/2013, data da entrada em vigor da Lei 12.815/2013, a nova Lei de Portos.

24. Entende-se, no entanto, que são insuficientes para descaracterizar o entendimento exposto na peça 10, de que a restrição temporal nesse caso age no sentido de limitar o número de participantes e interessados e tem pouca utilidade como critério de seleção de licitantes mais capacitados para bem cumprir o objeto da licitação.

25. Isso porque o incentivo que o limite temporal de atestados dá ao mercado é de que o interesse do poder público é contratar empresas que tenham realizado recentemente EVTEAs no setor portuário. Tal qualidade não necessariamente significa que tais estudos foram realizados pelas firmas com a melhor expertise disponível ou que esse EVTEA de fato possui as qualidades que o poder público espera para comprovação da capacidade técnica da firma contratada para o desafio da desestatização de um porto.

26. Como ressaltado na peça 10, a Lei 12.815/2013, embora tenha alterado diversos entendimentos jurídicos e econômicos acerca de como o setor portuário deve ser regulado e entendido, de fato não alterou severamente a forma como se desenvolvem estudos de viabilidade. A EPL também não conseguiu lograr êxito em demonstrar exatamente qual normativo da Lei 12.815/2013 teria procedido às alegadas alterações, tanto que seus argumentos se baseiam primariamente nas modificações trazidas pelos regulamentos da Antaq.

27. Ou seja, entende-se plausível que empresas que contem com recursos humanos experientes e competentes nesse tipo de projeto apreendam as nuances da nova lei e de sua regulação e possam apresentar boas propostas ao poder público. De igual forma, um EVTEA desenvolvido para um particular, um TUP por exemplo, não necessariamente seguiria todas as premissas estabelecidas pela Antaq para os estudos de um porto completo, mas, em tese, seria aceito pelo critério temporal.

28. Logo, entende-se que a alteração legislativa promovida pela Lei 12.815/2013 não seria suficiente para que os estudos desenvolvidos antes de sua vigência sejam considerados incompatíveis com sua nova realidade.

29. Tanto isso é verdade que a EPL reconhece no edital a possibilidade de aceitar atestados de estudos realizados para portos estrangeiros, que certamente não foram elaborados tomando como base as normas da Antaq. Como bem informa o representado, nesse caso, a comissão de licitação avaliaria se o estudo apresentado possuiria as qualidades que se esperam dele antes de aceitá-lo, o que hipoteticamente também poderia ocorrer no caso de EVTEA elaborado antes da entrada em vigor da Lei 12.815/2013.

30. Note-se que o relevante para a contratação do objeto, assim, é o tipo de informação constante e estudado no EVTEA e não meramente sua data de elaboração.

31. Dessa forma, o edital ao invés de trazer as qualidades que se espera do estudo apresentado como atestado de comprovação de qualificação técnica, adotou critério temporal, que claramente pode levar ao desinteresse de outras empresas tanto ou mais capacitadas do que aquelas que elaboraram EVTEAs após 5/6/2013. Em suma, seria mais adequado que o exame da capacidade técnica de elaboração de estudos de viabilidade ocorresse para todos como a comissão afirma que ocorreria para os atestados estrangeiros, tornando tal análise mais atinente aos objetivos da contratação do que o critério temporal, incentivando ainda maior participação de outros interessados.

32. Apesar disso, é preciso esclarecer que a abertura das propostas já ocorreu. Consoante o relato do representado constante na peça 41, p. 2, *ipsis litteris*:

7. Tendo em vista a ausência de determinação por parte do TCU sobre o feito, uma vez que não houvera decisão do Ministro Relator até o momento da abertura das propostas do RCE 1/2020, foi iniciada a sessão no dia 23/06/2020 (somente em 24/06/2020 o Ministro Relator do processo

proferiu Despacho manifestando concordância com a análise da área técnica da Corte de Contas, na qual expediu decisão cautelar no bojo do TC 022.728/2020-1). Desse modo, salvaguardando o interesse público, foi aberta a sessão em dia e hora marcados.

8. O certame ocorreu então regularmente, conforme disposto nas regras editalícias. Uma vez que foi realizada a licitação, é possível a análise PARCIAL do resultado do procedimento, a fim, inclusive, de demonstrar que as alegações apresentadas pela Representante e os riscos apontados pela área técnica do TCU, na melhor das hipóteses, não se materializaram no caso concreto.

9. Vejamos.

10. Conforme o extrato do Comprasnet, foram registradas 5 (cinco) propostas, o que caracteriza, neste âmbito de alcance do objeto, a competitividade do certame, sendo que 4 (quatro) dos valores foram considerados válidos (abaixo do valor planejado da contratação). O menor valor apresentado corresponde a um deságio de 56% (cinquenta e seis por cento) ao valor estimado da contratação. As demais propostas válidas apresentaram deságio de 44% (quarenta e quatro por cento), 16% (dezesseis por cento) e 13% (treze por cento).

11. Registra-se, por oportuno, que no decorrer da sessão a licitante melhor classificada teve sua proposta e documentos de habilitação analisadas, ocasião em que foram emitidos Despachos técnicos, Despacho 69 (2546892) e Despacho 10 (2554327) que constataram a conformidade dos documentos apresentados com as exigências editalícias. Dessa forma, ao revés do que afirma a Representante, fica evidente que não houve qualquer direcionamento ou embaraço à competição no certame.

33. O intuito inicial da representante era evitar a abertura das propostas, que ocorreria no dia 23/6/2020. No entanto, o aviso da cautelar emanada por esta Corte determinando a suspensão do certame apenas chegou ao conhecimento do poder público no dia 24/6/2020.

34. Mesmo entendendo o critério temporal ora sob exame como restritivo para a competitividade da licitação, até diante do manejo de representação por parte de empresa interessada no certame, não se pode desconsiderar o fato de que o resultado da licitação mesmo com tal restrição aparentemente apresenta indícios de bons resultados competitivos e econômicos.

35. Embora a situação fática não permita concluir que outras empresas (com propostas eventualmente mais econômicas para o erário) tenham deixado de participar do certame em função da cláusula restritiva, observa-se que a repetição da convocação e da abertura das propostas pode levar a mais prejuízos que benefícios ao poder público, no caso concreto. Não apenas pelo lado econômico, mas principalmente pelo atraso no cronograma do certame que, repita-se, não apresenta outros indícios de direcionamento ou de falta de competição.

36. Entende-se pertinente, portanto, dar ciência à EPL de que a limitação temporal de atestados para comprovação de qualificação técnica de realização de estudos de viabilidade caracteriza risco de restrição do nível de competição da licitação, afrontando o art. 31 da Lei 13.303/2016.

II. Vedação ao somatório de atestados para comprovação de capacidade técnica da empresa

37. Sobre o segundo ponto, convém inicialmente reproduzir o dispositivo do edital que traz a vedação ora sob exame (peça 9, p. 13):

8.7– Relativos à Qualificação Técnico-Operacional e Técnico-Profissional:

8.7.1 – Para Qualificação Técnico-Operacional:

8.7.1.1 - Para a Qualificação Técnica deverá(ão) ser apresentado(s) atestado(s) de capacidade técnica, emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove(m) que o LICITANTE executou os seguintes serviços:

a) Elaboração de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA referente a instalações portuárias que tenham estado em operação e que tenham movimentação anual de, no mínimo, 262.000 TEU, realizada no Brasil ou no exterior:

- i. Caso as cargas movimentadas estejam expressas no atestado em toneladas, será considerado o valor de 11 toneladas para cada TEU;
 - ii. Caso o atestado não faça referência direta à capacidade operacional do terminal portuário, deverá ser apresentada documentação complementar que relacione o objeto do atestado com a movimentação anual referenciada.
 - iii. Não serão aceitos atestados de capacidade técnica que se refiram a serviços prestados anteriormente a data de 05 (cinco) de junho de 2013.
- b) Assessoria/consultoria na elaboração de Plano de Demissão Voluntária de organização com, no mínimo, 80 funcionários no ano de conclusão do serviço referido no atestado, realizado no Brasil ou no exterior;
- c) No mínimo, 01 (um) atestado de prestação de serviço de *due diligence* jurídico em processos de FUSÕES E AQUISIÇÕES, no Brasil ou no exterior, no setor de infraestrutura, com ativo mínimo de R\$ 352 milhões;

8.7.1.2 - Não será admitido o somatório de atestados para a comprovação dos valores previstos nas alíneas “a”, “b” e “c” do item 8.7.1.1. (grifos nossos).

38. Vê-se, portanto, que a vedação ao somatório de atestados refere-se: à comprovação dos valores de movimentação mínima anual de 262.000 TEU das instalações portuárias dos estudos do item ‘a’; à comprovação do quantitativo mínimo de 80 funcionários na organização em que foi prestada assessoria/consultoria em elaboração de plano de demissão voluntária no item ‘b’; e à comprovação de ativo mínimo de R\$ 352 milhões na empresa em que foi prestado serviço de *due diligence* jurídico em processo de fusões e aquisições no item ‘c’.

39. Como ressaltado na instrução anterior da unidade técnica, a jurisprudência deste Tribunal é no sentido de que é possível a vedação ao somatório de atestados para fins de comprovação de capacidade técnica (vide Acórdãos 1.636/2007-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, e 849/2014-TCU-Segunda Câmara, de relatoria do Ministro Substituto Marcos Bemquerer).

40. É preciso, no entanto, verificar, no caso concreto, se a limitação do número de atestados a serem aceitos pela Administração, a título de qualificação técnica nas licitações, visa garantir a execução do contrato, a segurança e perfeição da obra ou do serviço, a regularidade do fornecimento ou o atendimento de qualquer outro interesse público.

41. Consta dos autos que a EPL já se manifestou acerca da pertinência da vedação constante do item 8.7.1.2. No Parecer de Mérito 1/2020/COLIC-EPL/GELIC-EPL/DGE-EPL (peça 7, p. 4), a EPL faz abordagem para justificar que o critério referente ao porte do terminal, exigindo-se movimentação mínima anual de 262.000 TEU nas instalações objeto de estudo, não seria excessivo e que essa movimentação seria equivalente à de um terminal de pequeno porte. E também porque considerando a complexidade e o ineditismo dos estudos a serem exigidos do vencedor da licitação, a soma da execução de vários pequenos serviços não comprovaria que o licitante possui a experiência necessária para bem cumprir o objeto da licitação.

42. Como não constava dos autos a motivação referente à necessidade de se vedar o somatório de atestado para comprovação do quantitativo mínimo de 80 funcionários na organização em que foi prestada assessoria/consultoria em elaboração de plano de demissão voluntária e à comprovação de ativo mínimo de R\$ 352 milhões na empresa em que foi prestado serviço de *due diligence* jurídico em processo de fusões e aquisições, ou a mesmo a razoabilidade dos referidos quantitativos, solicitou-se tal esclarecimento da EPL mediante diligência.

43. Em sua resposta (peça 41, p. 7-8), a EPL reforça também em relação a esses dois critérios quantitativos de qualificação que, diante da complexidade do objeto da licitação, seria necessário que a capacidade técnica do licitante atendesse a requisitos mínimos. Assim, defende que o somatório de atestados de uma série de ativos de baixo valor e de baixa complexidade não poderia significar que o licitante detém a expertise esperada para conduzir os procedimentos que serão requeridos dele na execução contratual.

44.No que tange ao critério utilizado para definir os quantitativos, apresentou o estudo preliminar em que eles foram definidos. No estudo (peça 24, 4-7), é possível verificar que a qualificação técnica foi balizada conforme o tamanho do quadro atual da Superintendência do Porto de Itajaí, que, excluindo-se estagiários, é de 161 funcionários, informação levantada no sítio eletrônico da SPI em 31/1/2020. Assim, definiu-se como critério a participação da licitante em elaboração de Plano de Demissão Voluntária de organização com no mínimo 80 funcionários no ano de conclusão do serviço referido no atestado, realizado no Brasil ou no exterior, valor correspondente a 50% do quadro total do porto de Itajaí.

45.Para o produto “*due diligence* jurídico”, observou-se que o critério foi definido da mesma forma. Ou seja, deve ser comprovada a participação da licitante em serviços prestados no Brasil ou no exterior em processos de fusão e aquisição, cujo ativo total seja de no mínimo 50% do ativo total declarado pela Superintendência do Porto de Itajaí, em dezembro de 2018, através do envio do Balanço Patrimonial à Antaq, no caso, os R\$ 352 milhões constante do edital.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

46.Sobre o ponto referente ao somatório de atestados, cabe ressaltar que o ineditismo da presente contratação indica que o somatório de vários atestados de baixa complexidade e valores não assegura, *de per si*, a experiência que será exigida dos contratados diante do objeto pretendido.

47.A dúvida, assim, recai acerca das motivações que definiram os quantitativos mínimos a serem exigidos dos licitantes. Como visto, todos utilizaram como critérios os dados da própria SPI, o que se reputa como válido para os efeitos da presente representação. O percentual de 50% utilizado no estudo pode inclusive ser considerado como adequado diante da jurisprudência desta Corte, como se pode ver pelos enunciados a seguir:

Acórdão 2.924/2019-TCU-Plenário (relator Ministro Benjamin Zymler)

Enunciado: É irregular a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo licitatório.

SÚMULA TCU 263: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços **com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado** (grifo nosso).

48.Entende-se, portanto, que as justificativas fornecidas e os documentos apresentados pela EPL sanaram efetivamente os indícios de irregularidades no tocante a este ponto.

III. Exigência de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnica dos profissionais da empresa

49.O terceiro ponto trata de suposto vício do edital ao enumerar exigências quantitativas mínimas de comprovação da capacidade técnica para os profissionais das empresas. O Edital 7/2020 traz as seguintes disposições sobre o assunto (peça 9, p. 13):

8.7.1.4 - Somente serão consideradas habilitadas para execução do objeto deste Edital as licitantes que demonstrarem possuir conhecimento compatível, conforme documentação abaixo especificada.

8.7.1.4.1 - A capacitação técnica da empresa será verificada mediante apresentação das seguintes comprovações:

i. profissional que tenha atuado na elaboração de modelagem econômico-financeira no escopo de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA referente a instalações portuárias que tenham estado em operação, com movimentação anual de, no mínimo, 262.000 TEU, realizada no Brasil ou no exterior.

ii. profissional que tenha atuado na elaboração de anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo no escopo de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA referente a instalações portuárias que tenham estado em operação, com movimentação anual de, no mínimo, 262.000 TEU, realizada no Brasil ou no exterior.

iii. profissional que tenha atuado em atividades de assessoria jurídica com as seguintes características mínimas: prestação de serviço de *due diligence* jurídico em processos de FUSÕES E AQUISIÇÕES, no Brasil ou no exterior, no setor de infraestrutura, com ativo mínimo de R\$ 352 milhões;

iv. profissional que tenha atuado em atividades de avaliação ambiental no escopo de Estudo de Viabilidade Técnica, Econômica e Ambiental – EVTEA referente a instalações portuárias que tenham estado em operação, com movimentação anual de, no mínimo, 262.000 TEU, realizada no Brasil ou no exterior.

50. O que se vê é que, ao tratar da capacidade técnica da empresa licitante, o edital também trouxe exigências relativas aos profissionais do quadro da empresa. Conforme visto no tópico acima, as exigências quanto aos profissionais são semelhantes às exigidas da empresa.

51. Na instrução anterior, elencou-se que tal prática poderia afrontar a Lei 8.666/1993, em seu art. 30, § 1º, inciso I, que define que a comprovação de capacitação técnico-profissional consiste na comprovação do licitante de possuir, em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente. Ademais, tal profissional deve ser detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

52. Alertou-se também que a jurisprudência deste Tribunal, em especial o Acórdão 2.521/2019-TCU-Plenário, de relatoria do Ministro Substituto Marcos Bemquerer, entende que a literalidade do dispositivo deve ser obedecida.

53. Em resposta, peça 41, p. 8-9, a EPL alega que o citado art. 30 § 1º, da Lei 8.666/1993 poderia trazer prejuízos para a eficiência da licitação se levado em conta sua literalidade *per se*. Nesse sentido, apresentou o Acórdão 3.070/2013-TCU-Plenário, relatado pelo Ministro José Jorge. Nele, afirma-se, *in verbis*:

68. Quanto à jurisprudência deste Tribunal, ela não é uniforme. Há diversas deliberações no sentido de não permitir a fixação de quantidades mínimas no que se refere à capacidade técnico-profissional. Citem-se os Acórdãos 1.706/2007, 2.081/2007, 2.036/2008, 2.304/2009, todos do Plenário. Em todos esses processos, no entanto, verifica-se que a questão não foi amplamente discutida, tendo o Tribunal simplesmente adotado a interpretação literal do dispositivo.

69. De forma diversa, no âmbito do TC 019.452/2005-4, a questão foi debatida com maior profundidade pelo Relator, Ministro Lincoln Magalhães da Rocha, em seu voto, aprovado por unanimidade pelo Pleno naquela oportunidade. Transcrevo trecho do voto proferido por Sua Excelência:

“6. A respeito da exigência de quantitativo mínimo em relação à referida capacitação técnico-profissional, observo que uma interpretação literal do art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 leva à conclusão de ser vedada tal prática. Entretanto, é necessário aprofundar-se na exegese do referido dispositivo, extraindo-lhe sua verdadeira *mens legis* e confrontando-a com a exigência estabelecida em cada caso concreto, conforme o fez a Unidade Técnica, às fls. 54/55 do v.p.”

59. A EPL acrescenta ainda que na licitação em tela a qualidade técnica dos trabalhos seria imprescindível para o correto diagnóstico das condições do Porto.

60. Cita como exemplo que o Relatório de Transações objetiva diagnosticar a condição de competitividade do Porto de Itajaí frente a outros *players* presentes em sua área de influência. Caso esse relatório seja executado de maneira tecnicamente equivocada, o processo de desestatização

poderia sofrer com retrabalhos, a fim de corrigir os erros técnicos, ou mesmo levar a cenário onde toda a modelagem restasse prejudicada. Nesse contexto, os quantitativos mínimos a serem exigidos dos profissionais serviriam para resguardar a qualidade técnica dos trabalhos, a partir de parâmetros mínimos e razoáveis.

Análise da SeinfraPortoFerrovia

61.Como exposto pela EPL, esta Corte possui precedentes no sentido de que ao se exigir quantitativos mínimos para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes, a Administração deve apresentar a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser assumida pela vencedora do certame, sob pena de a Administração atribuir responsabilidade pela prestação dos serviços a profissionais que não detêm capacidade técnica demonstrada na execução de serviços **de porte compatível** com os que serão efetivamente contratados.

62.Entende-se que assiste razão ao representado nesta questão. De fato, considerando os objetivos específicos da presente licitação, entende-se que os requisitos quantitativos mínimos a serem exigidos dos profissionais funcionam, no presente caso, como garantia de porte adequado da experiência dos ativos humanos a serem utilizados na execução contratual pretendida pela Administração Pública.

63.Tal entendimento é corroborado, como visto no item anterior, pelo fato de que os requisitos mínimos decorrem de critérios razoáveis que podem ser considerados adequados ao caso concreto.

64.Entende-se, assim, que as explicações fornecidas pela EPL efetivamente sanam os indícios de irregularidades discutidos na presente representação quanto ao ponto ora sob exame.

65.Pelo exposto, considerando a totalidade das explicações encaminhadas pela EPL em relação aos três pontos discutidos nesta instrução, sugere-se que a representação seja considerada parcialmente procedente.

66.Ademais, como não se observam mais os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, propor-se-á a revogação da cautelar adotada em 24/6/2020 pelo Ministro Vital do Rêgo no despacho à peça 13, referendada pelo Acórdão 1.699/2020-TCU-Plenário, no sentido de autorizar o prosseguimento do procedimento licitatório referente ao Edital 7/2020.

CONCLUSÃO

67.Tratam os autos de representação, com pedido de medida cautelar, a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), relacionadas à contratação de empresa especializada na prestação de serviços necessários à realização de estudos para subsidiar a desestatização do porto organizado de Itajaí /SC, conforme condições e especificações constantes do Edital 7/2020 (peça 9).

68.Em âmbito de cognição sumária, reconheceu-se estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* para concessão da cautelar, conforme o mandamento do art. 276 do Regimento Interno/TCU. Nesse contexto, o Acórdão 1.699/2020-TCU-Plenário, do relator Ministro Vital do Rêgo, referendou o despacho que havia cautelarmente determinado a suspensão do procedimento licitatório referente ao Edital 7/2020, até que o Tribunal se manifestasse sobre o mérito das questões tratadas nos autos.

69.O mérito da presente representação trata de três pontos: (i) requisitos para comprovação de capacidade técnica da empresa; (ii) vedação ao somatório de atestados para comprovação de capacidade técnica da empresa; e (iii) exigência de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnica dos profissionais da empresa.

70.Sobre o primeiro ponto, a EPL em sua resposta apresentou argumentos acerca da motivação para definir que os atestados de comprovação técnica deveriam ser Estudos de Viabilidade Técnica, Econômico-Financeira e Ambiental (EVTEA) realizados após 5/6/2013, data da entrada em vigor da Lei 12.815/2013, a nova Lei de Portos.

71. Entendeu-se, no entanto, que foram insuficientes para descaracterizar o entendimento exposto na instrução anterior, de que a restrição temporal nesse caso age no sentido de limitar o número de participantes e interessados e tem pouca utilidade como critério de seleção de licitantes mais capacitados para bem cumprir o objeto da licitação. Contudo, tendo em vista os fatos observados, quais sejam a participação de cinco empresas na licitação, sendo que quatro propostas foram consideradas válidas (abaixo do valor planejado da contratação), em que o menor valor apresentado corresponde a um deságio de 56% ao valor estimado da contratação, enquanto as outras atingiram 44%, 16% e 13%, considera-se que, no caso concreto, a eventual repetição das fases já incorridas poderia representar prejuízo maior à Administração que a continuidade do certame. Assim, será proposto dar ciência à EPL de que a limitação temporal de atestados para comprovação de qualificação técnica visando à realização de estudos de viabilidade restringe o caráter competitivo da licitação, afrontando o art. 31 da Lei 13.303/2016.

72. Em relação aos últimos dois pontos, observou-se que as explicações fornecidas e os documentos apresentados pela EPL sanaram os indícios de irregularidades. Assim, restou comprovada a razoabilidade na licitação em tela da vedação ao somatório de atestados para comprovação da capacidade técnica das empresas, na medida em que os desafios e a complexidade do objeto do certame necessitam que o contratado tenha porte e experiência minimamente adequados para a empreitada.

73. Verificou-se também a adequação dos critérios que definiram os quantitativos mínimos a serem exigidos tanto da empresa quanto dos profissionais, baseados em 50% dos respectivos dados do Porto de Itajaí/SC, o que se mostra condizente com a jurisprudência desta Corte, em especial o Acórdão 2.924/2019-TCU-Plenário (relator Ministro Benjamin Zymler) e a Súmula-TCU 263.

74. Acerca dos critérios de comprovação de capacidade técnica dos profissionais, acrescente-se que a exigência de quantitativos mínimos visou assegurar que a experiência dos recursos humanos a serem utilizados possui porte compatível à execução do contrato, e entende-se que não configuram, no caso concreto, subterfúgios ao desenho do objeto ou eventual direcionamento da licitação.

75. Dessa forma, será proposta a revogação da medida cautelar, adotada no Despacho de 24/6/2020 (peça 13) e referendada pelo Acórdão 1.699/2020-TCU-Plenário, Relator Ministro Vital do Rêgo, no sentido de autorizar o prosseguimento do procedimento licitatório referente ao Edital 7/2020, bem como considerar parcialmente procedente a presente representação.

76. Como benefícios do controle, pode-se citar que o exame da licitação pela Unidade Técnica deu ciência à EPL para que não utilize critério temporal na análise de atestados de comprovação de capacidade técnica, o que apresenta potencial para aumentar o nível de competitividade das licitações promovidas pelo órgão.

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

77. Ante todo o exposto, submetem-se os autos à consideração superior, propondo:

a) conhecer da presente representação, satisfeitos os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal c/c o art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 e no art. 103, § 1º, da Resolução-TCU 259/2014, para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

b) revogar a medida cautelar, adotada em 24/6/2020 e referendada pelo Acórdão 1.699/2020-TCU-Plenário, no sentido de autorizar o prosseguimento do procedimento licitatório referente ao Edital 7/2020, publicado pela Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), que visa à contratação de empresa especializada na prestação de serviços necessários à realização de estudos para subsidiar a desestatização do porto organizado de Itajaí/SC;

c) dar ciência à EPL, nos termos do art. 9º, inciso I, da Resolução-TCU 315/2020, de que a limitação temporal de atestados para comprovação de qualificação técnica visando à realização de estudos de viabilidade restringe o caráter competitivo da licitação, afrontando art. 31 da Lei 13.303/2016;

d) encaminhar cópia do acórdão que vier a ser proferido à EPL e ao representante, informando-os que o relatório e o voto que o fundamentam podem ser obtidos por meio do endereço eletrônico

www.tcu.gov.br/acordaos e que, caso tenham interesse, o Tribunal pode encaminhar-lhes cópia desses documentos sem quaisquer custos; e

e) arquivar os presentes autos, nos termos do art. 237, parágrafo único c/c o art. 250, inciso I, do Regimento Interno/TCU.

É o relatório.

VOTO

Atuo nos presentes autos com fundamento no art. 27-A da Resolução-TCU 175/2005, tendo em vista haver sido designado, por meio da Portaria-TCU 11, de 4/8/2020, substituto do eminente Ministro Vital do Rêgo.

2. Em exame, representação formulada pela empresa DTA Engenharia Ltda., a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na condução do RCE 1/2020 (Edital 7/2020), no âmbito da Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), para contratação de empresa especializada para realização de estudos para subsidiar a desestatização do porto organizado de Itajaí /SC.

3. A representante sustenta que o referido edital apresenta potencial para restringir a competitividade do certame em razão da previsão de limite temporal dos atestados de capacidade técnica, vedação ao somatório de atestados e exigência de quantitativos mínimos para comprovação da qualificação técnica dos profissionais da empresa.

4. Em 24/6/2020, por meio do despacho à peça 13, concedi a medida cautelar pleiteada pela interessada e determinei à EPL que suspendesse o processo licitatório. Tal decisão cautelar foi referendada pelo Plenário do Tribunal, mediante Acórdão 1.699/2020-TCU-Plenário (peça 17).

5. Ao se debruçar nessa etapa processual sobre o mérito da representação, endosso o desfecho proposto pela SeinfraPortoFerrovia no sentido da procedência parcial da representação, adotando sua análise como minhas razões de decidir, da qual destaco os argumentos a seguir.

6. A EPL apresentou razões suficientes para afastar as irregularidades apontadas no que toca à vedação ao somatório de atestados e à exigência de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnica dos profissionais da empresa.

7. Em relação à vedação ao somatório de atestados, a SeinfraPortoFerrovia ressaltou que este Tribunal entende aceitável a vedação do somatório de atestados para fins de comprovação de capacidade técnica desde que vise garantir a execução do contrato, a segurança e perfeição da obra ou do serviço, a regularidade do fornecimento ou o atendimento de qualquer outro interesse público (Acórdãos 1.636/2007-TCU-Plenário e 849/2014-TCU-Segunda Câmara).

8. Nesse contexto, entendeu a medida razoável pois, em vista da complexidade e do ineditismo dos estudos a serem exigidos do vencedor da licitação, a soma da execução de vários pequenos serviços, de baixa complexidade e valores, não comprovaria que o licitante possui a experiência necessária para bem cumprir o objeto da licitação.

9. Quanto a motivação para a definição dos quantitativos mínimos exigidos, ressaltou que o percentual de 50% exigidos está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal, em especial o Acórdão 2.924/2019-TCU-Plenário e a Súmula-TCU 263, no sentido de que é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado.

10. De fato, o mínimo exigido (262.000 TEUs) de movimentação anual do terminal é razoável por se referir a quantitativo equivalente ao de um terminal de pequeno porte. Observo que o Porto de Itajaí, só no primeiro semestre de 2020, movimentou 258.476 TEUs. Também adequado o mínimo exigido de funcionários (80) na organização em que foi prestado serviço de elaboração de plano de demissão, pois balizado a partir do número total de quadro de funcionários do porto de Itajaí (161 funcionários). E, por fim, igualmente razoável, para o produto “*due diligence* jurídico” em serviços prestados em processos de fusão e aquisição (R\$ 352 milhões), pois se refere a 50% do ativo total declarado pela Superintendência do Porto de Itajaí à Antaq, em dezembro de 2018 (a correta estimativa de passivos decorre, fundamentalmente, do tamanho dos respectivos ativos administrados

pela companhia).

11. O mesmo entendimento pode ser estendido, no caso, à exigência de quantitativos mínimos para comprovação de capacidade técnica dos profissionais da empresa, cujas exigências são semelhantes às exigidas da empresa (experiência em modelagem econômico-financeira de EVTEA e em atividades de avaliação ambiental referentes a instalações portuárias com movimentação anual de, no mínimo, 262.000 TEUs, bem assim em serviço de *due diligence* jurídico em processos de fusões e aquisições no setor de infraestrutura, com ativo mínimo de R\$ 352 milhões).
12. A EPL asseverou que, na licitação em tela, a qualidade técnica dos trabalhos é imprescindível para o correto diagnóstico das condições do Porto. Menciona, como exemplo, que o Relatório de Transações objetiva diagnosticar a condição de competitividade do Porto de Itajaí frente a outros *players* presentes em sua área de influência e que, caso esse relatório seja executado de maneira tecnicamente equivocada, o processo de desestatização poderia sofrer com retrabalhos, a fim de corrigir os erros técnicos, ou mesmo levar a cenário onde toda a modelagem restasse prejudicada. Nesse contexto, os quantitativos mínimos a serem exigidos dos profissionais serviriam para resguardar a qualidade técnica dos trabalhos, a partir de parâmetros mínimos e razoáveis.
13. Como concluiu a unidade técnica, tais exigências visaram assegurar que a experiência dos recursos humanos a serem utilizados possui porte compatível à execução do contrato, não se configurando, no caso concreto, eventual direcionamento da licitação. Frisou que esta Corte possui precedentes no sentido de que, ao se exigir quantitativos mínimos para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes, a Administração deve apresentar a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação (Acórdãos 492/2006, 1.124/2013, 3.070/2013, 534/2016, todos do Plenário).
14. É compatível com o interesse público contratar profissionais com experiência comprovada para a execução dos serviços contratados. Todavia, deve-se primar pela razoabilidade dos parâmetros estipulados. No presente caso, foi demonstrado pelos estudos que balizaram a exigência e os quantitativos exigidos, que as exigências feitas, para habilitação técnico-profissional, de experiência em torno de 50%, estão no patamar entendido como razoável por esta Corte de Contas.
15. Com efeito, o único fato cujas justificativas não foram aceitas pela unidade técnica é aquele referente à restrição temporal para os atestados de comprovação técnica, daí a procedência parcial da presente representação. Porém, a unidade técnica asseverou que o fato não maculou o certame em exame ante a competitividade observada (comparecimento de cinco empresas e quatro propostas válidas, com valores abaixo do estimado) e os deságios significativos obtidos ao valor estimado da contratação (menor valor com 56% deságio, seguido de 44%, 16% e 13%). Em comparação, quando da contratação dos estudos para a desestatização do Porto de Santos, maior porto organizado do Brasil, e do Porto de São Sebastião, realizada pelo BNDES, foram obtidas sete propostas de consórcio de empresas distintas, o que evidencia o caráter competitivo na licitação do Porto de Itajaí, quando consideradas as dimensões de cada um.
16. A SecexPortoFerrovia ressaltou que, embora a situação fática não permita concluir que nenhuma outra empresa deixou de participar do certame em função da cláusula restritiva, a repetição da convocação e da abertura das propostas pode levar a mais prejuízos que benefícios ao poder público, no caso concreto. Não apenas pelo lado econômico, mas principalmente pelo atraso no cronograma do certame que não apresentou outros indícios de direcionamento ou de falta de competição, especialmente eventual descompasso entre o processo de desestatização e a data de encerramento do atual convênio de delegação do porto (1/1/2023), celebrado entre o Minfra e o município de Itajaí.
17. Por fim, registro que, uma vez afastados os pressupostos que fundamentaram a adoção da

cautelar destinada a suspender o prosseguimento do certame licitatório ora examinado, em 31/7/2020, mediante despacho de peça 49, revoguei os efeitos da cautelar em questão, medida que submeto ao referendo deste Pleno nos termos regimentais.

Ante o exposto, acompanho a proposta da SeinfraPortoFerrovia no sentido da procedência parcial desta representação e VOTO para que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que submeto a este Colegiado.

TCU, Sala das Sessões Ministro Luciano Brandão Alves de Souza, em 5 de agosto de 2020.

MARCOS BEMQUERER COSTA
Ministro-Substituto

ACÓRDÃO Nº 2032/2020 – TCU – Plenário

1. Processo TC 022.728/2020-1.
2. Grupo I – Classe de Assunto: VII – Representação.
3. Interessada: DTA Engenharia Ltda. (02.385.674/0001-87).
4. Entidade: Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL).
5. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa em substituição ao Ministro Vital do Rêgo.
6. Representante do Ministério Público: não atuou.
7. Unidade Técnica: Secretaria de Fiscalização de Infraestrutura Portuária e Ferroviária (SeinfraPor).
8. Representação legal: Anéia Viana da Silva (OAB/SP 314.766), Renan Beloto dos Santos (OAB/SP 352.652), Jansen Reche Fernandes (OAB/SP 439.846) e Cyntia Póvoa de Aragão (OAB/DF 22.298).

9. Acórdão:

VISTOS, relatados e discutidos estes autos que tratam de representação formulada pela empresa DTA Engenharia Ltda., a respeito de possíveis irregularidades ocorridas na Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL), quanto às condições e especificações constantes do Edital 7/2020;

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão de Plenário, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. conhecer, com fulcro no art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 c/c os arts. 235 e 237, inciso VII, do Regimento Interno deste Tribunal, da representação para, no mérito, considerá-la parcialmente procedente;

9.2. referendar a revogação da medida cautelar de que trata o Acórdão 1.699/2020-TCU-Plenário), ante a descaracterização dos indícios de irregularidades atinentes ao Edital 7/2020 da EPL;

9.3. dar ciência à EPL de que a limitação temporal de atestados para comprovação de qualificação técnica restringe o caráter competitivo da licitação, com afronta ao art. 31 da Lei 13.303/2016;

9.4. dar ciência desta deliberação à representante e à Empresa de Planejamento e Logística S.A. (EPL); e

9.5. arquivar os presentes autos.

10. Ata nº 29/2020 – Plenário.

11. Data da Sessão: 5/8/2020 – Telepresencial.

12. Código eletrônico para localização na página do TCU na Internet: AC-2032-29/20-P.

13. Especificação do quórum:

13.1. Ministros presentes: José Mucio Monteiro (Presidente), Walton Alencar Rodrigues, Benjamin Zymler, Raimundo Carreiro, Ana Arraes e Bruno Dantas.

13.2. Ministros-Substitutos convocados: Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa (Relator).

13.3. Ministros-Substitutos presentes: André Luís de Carvalho e Weder de Oliveira.

(Assinado Eletronicamente)
JOSÉ MUCIO MONTEIRO
Presidente

(Assinado Eletronicamente)
MARCOS BEMQUERER COSTA
Relator

Fui presente:

(Assinado Eletronicamente)
CRISTINA MACHADO DA COSTA E SILVA
Procuradora-Geral