



PODER JUDICIÁRIO
SEÇÃO JUDICIÁRIA DO DISTRITO FEDERAL

DECISÃO 2012

PROCESSO : 35062-04.2012.4.01.3400

REQUERENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

REQUERIDO : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT

DECISÃO

Trata-se de ação cautelar ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF contra a AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, na qual postula a concessão da liminar para ***“sustar os atos de outorga e assinatura do contrato decorrentes do Edital ANTT nº 001/2011, nos termos do art. 804, do Código de Processo Civil”***.

O Requerente relata que a ANTT lançou o Edital de Concessão nº 001/2011-BR-101/ES/BA, destinado à concessão dos serviços de operação, recuperação, manutenção, conservação, implantação de melhorias e ampliação da capacidade do trecho da rodovia BR-101 compreendido entre o entroncamento com a rodovia BA-698 (Mucuri/BA) e a divisa do Espírito Santo com o Rio de Janeiro.

Insurge-se contra o resultado do processo licitatório, ao argumento de que foi homologado com afronta às disposições do edital (item 15.3), ao princípio da isonomia e aos preceitos estabelecidos no art. 15, § 3º, da Lei nº 8.987/1995 e no art. 48 da Lei nº 8.666/1993.

Alega que a primeira colocada deixou de apresentar todas as informações e os documentos obrigatórios requeridos pelo edital na abertura das propostas, o que ensejaria a imediata desclassificação, ressalvada a necessidade de diligências para esclarecimento de dúvidas, como faculta o art. 43, § º, da Lei nº 8.666/93.

Contudo, a comissão avaliadora atestou a regularidade do resultado, após ter irregularmente promovido duas diligências, não para meros esclarecimentos, mas para o suprimento dos documentos e informações faltantes, relativamente à ausência de previsão dos valores globais para 35 itens, à discrepância observada entre o plano de negócios e o edital e à falta de previsão de implantação de faixas adicionais condicionadas ao volume de tráfego, entre outras questões.

Assinala que, submetida a questão ao TCU, por meio da representação nº 010.594/2012-4, a homologação do certame foi inicialmente suspensa, mas a medida cautelar acabou por ser revogada, de forma inadequada.

Sustenta que a outorga do objeto da licitação à vencedora, de forma irregular, implicará "**imenso risco de prejuízo pecuniário**" ao poder público; na medida em que envolve a disputa da vultosa quantia de R\$ 6.864.662.991,33 (seis bilhões oitocentos e sessenta e quatro milhões seiscentos e sessenta e dois mil novecentos e noventa e um reais e trinta e três centavos).

Instruíram a inicial os documentos de fls. 32/159.

Manifestou-se a ANTT, às fls. 162/177.

Às fls. 162/177, o CONSÓRCIO RODOVIA DA VITÓRIA requereu o ingresso no feito, na qualidade de licitante vencedora, pugnando em sua manifestação pelo indeferimento da liminar, tendo em vista a inexistência dos vícios apontados.

Às fls. 179/180, apresentou o MPF pedido subsidiário para que, se indeferida a liminar, seja determinado à ANTT o encaminhamento à PR/DF da documentação restante do processo 50500.07437/2011-80, bem como a versão final do contrato de concessão e anexos.

Pleiteia, ainda, o prazo de 20 dias para análise e oitiva dos agentes públicos envolvidos.

É o relatório. Decido.

A questão controvertida diz respeito à adequação do Plano de Negócios apresentado pelo Consórcio vencedor da licitação ao edital.

Para sua análise, seguem os itens do edital pertinentes ao caso:

9 Propostas econômicas escritas

9.1.2 A Proposta Econômica Escrita deverá ser incondicional e refletir a Tarifa Básica de Pedágio constante do Plano de Negócios.

11 Plano de Negócios

11.1 A proponente deverá apresentar o Plano de Negócios, que deverá ser elaborado de acordo com as orientações constantes do Anexo 16, incluindo os seguintes documentos e informações:

(i) todos os investimentos, tributos, custos e despesas, incluindo, mas não se limitando às financeiras, necessários para a exploração da Concessão;

15. Análise dos Documentos de Qualificação e do Plano de Negócios

333

15.3 Será desclassificada a **Proponente** cujo **Plano de Negócios** apresentado não seja o constante do **Anexo 16** e/ou não atenda a quaisquer das exigências estabelecidas neste **Edital** e, ainda:

(i) deixar de apresentar ou não preencher corretamente qualquer das informações exigidas nos Quadros constantes no **Anexo 16**;

(ii) deixar de apresentar nos Quadros constantes no **Anexo 16**, o valor global de qualquer das obras e serviços descritos no **Anexo 2 da Minuta do Contrato**;

(iii) apresentar nos Quadros constantes no **Anexo 16**, cronograma de obras e serviços em desacordo com o descrito no **Anexo 2 da Minuta do Contrato**;

A transcrição dos itens acima evidencia que o Plano de Negócios reflete o valor da proposta e deve ser apresentado em conformidade com o modelo do Anexo 16, inclusive quanto à necessidade de preenchimento das informações, dos valores globais das obras e serviços descritos no Anexo 2 da Minuta do Contrato, correspondente ao Programa de Exploração Rodoviária – PER, e do cronograma também previsto pelo PER.

Demonstra, ainda, que a apresentação do Plano de Negócios em desconformidade com o Anexo 16 importa a desclassificação da proponente.

Veja-se que os anexos do edital devem ser interpretados em consonância com o disposto nas normas gerais, por isso que qualquer previsão de flexibilidade do Plano de Negócios há de ser harmonizada com os dispositivos acima, que exigem que ele contemple todos os itens e o cronograma do Anexo 16 do edital e do anexo 2 da minuta do contrato - PER.

Vale visitar os seguintes itens do Anexo 16 do edital, de molde a se elucidar a natureza do Plano de Negócios e se as planilhas por ele veiculadas deveriam ser inteiramente preenchidas:

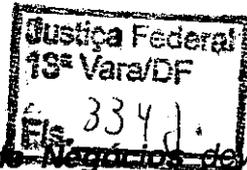
1.1 Este **Termo de Referência** tem por objetivo orientar as **Proponentes** na elaboração de seus **Planos de Negócios**, conforme definido no **Edital**, de modo a padronizar sua elaboração e apresentação quanto a:

a) avaliação da consistência do plano econômico-financeiro, de forma a permitir que se proceda à análise de coerência entre as diferentes previsões feitas quanto ao montante e ao calendário de investimentos, custos operacionais, tráfego, receitas e financiamentos necessários;

b) verificação da razoabilidade das estimativas realizadas pela **Proponente**, principalmente sobre os seguintes aspectos:

- custos previstos para os investimentos e despesas correntes,
- projeções de tráfego e sua justificativa,
- tarifa, arrecadação e sua justificativa

3.3. Instruções para a Apresentação do Plano de Negócios



3.3.1. Os quadros que compõem o **Plano de Negócios** deverão obedecer ao padrão estabelecido neste **Anexo**, sendo as vias impressas cópias fiéis dos contidos nos CD-ROMs a serem apresentados conforme aqui solicitado.

3.6. Premissas Básicas do Plano de Negócios

3.6.1. Neste item, a **Proponente** deverá apresentar de forma sucinta as premissas adotadas para a apuração do tráfego, investimentos, depreciação, custos operacionais, seguros, garantia de execução contratual e financiamentos, sendo que para os quatro primeiros serão apresentados em detalhe todos os procedimentos e justificativas pertinentes.

3.6.3. O ano de conclusão das obras condicionadas ao volume de tráfego deverá estar evidente no **Plano de Negócios** e coerente ao período de atingimento do VMD previsto para o respectivo subtrecho.

3.7. Instruções para Preenchimento do Plano de Negócios

3.7.4. A planilha está protegida. Apenas os campos que devem ser obrigatoriamente preenchidos estão destravados.

3.8.5. Quadro 5 – Cronograma do PER

l) A **Proponente** decidirá de que forma alocará e distribuirá no Quadro 5 as obras e serviços constantes do **PER**.

3.10. Critérios de Aceitabilidade do Plano de Negócios

3.10.1. O **Plano de Negócios** da **Proponente** vencedora será verificado quanto à sua consistência com o Fluxo de Caixa apresentado, e será desclassificada caso não atenda a qualquer das exigências estabelecidas no **Edital**.

3.10.2. Para tanto, os Planos de Negócios deverão retratar:

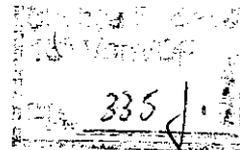
a) consistência interna, de forma a permitir que se proceda a análise de coerência entre as diferentes previsões feitas quanto ao montante e calendário de investimentos e despesas operacionais e as receitas, financiamento necessário e fontes de financiamentos;

b) razoabilidade das estimativas realizadas, de modo que possam ser analisadas a tarifa proposta e sua exequibilidade, a consequente receita proveniente do pedágio e as justificativas pertinentes, a participação do endividamento no financiamento dos investimentos e a exequibilidade econômico-financeira do empreendimento.

O plano de negócios é instrumento de que se vale a administração para aferir a adequação da proposta dos licitantes ao objeto do certame, inclusive a seus prazos.

Logo, é indubitoso que as licitantes devem cotar todas as obras e todos os serviços cuja execução será objeto do contrato, bem assim indicar os prazos necessários à sua consecução, observado o cronograma do certame.

O Anexo 16 foi explícito quanto à necessidade de indicação desses dados ao exigir o preenchimento obrigatório dos campos destravados da planilha e expressamente afirmar a necessidade de se evidenciar o ano de conclusão das obras condicionadas ao volume de tráfego.



A previsão do subitem 3.8.5, alínea 'l', de que a proponente decidirá de que forma alocará e distribuirá no quadro 5 as obras e serviços constantes do PER deve ser interpretada em sintonia com os demais itens do edital e do próprio anexo.

O quadro 5 destinava-se a permitir que a proponente indicasse o cronograma de cumprimento do PER, de modo que só se pode entender que às licitantes foi outorgada certa margem de liberdade quanto o momento de cumprimento dos serviços e obras que não foi vinculado no PER.

Não se facultou aos licitantes indicar ou não o valor global de cada item de obra e de serviço, mesmo porque o ponto é essencial para que a administração afira a adequação e a exequibilidade da proposta.

A licitante vencedora do certame, o Consórcio Rodovia da Vitória, não apresentou o valor global de 35 (trinta e cinco) itens do quadro 5 do PER e, embora haja previsto que o número máximo de carros deflagrador da obrigação de construir a terceira faixa – “gatilho” - no subtrecho D da rodovia seria atingido no 24º ano da concessão, não atrelou nenhum investimento à obra.

A comissão licitante valeu-se dos itens do edital que se seguem para, por duas vezes, pleitear que o consórcio vencedor prestasse informações:

12. Comissão de Outorga

12.2 Além das prerrogativas que decorrem implicitamente da sua função legal, a Comissão de Outorga poderá:

12.2.1 solicitar às Proponentes, a qualquer momento, esclarecimentos sobre os documentos por elas apresentados;

12.2.2 adotar critérios de saneamento de falhas de caráter formal e complementação de insuficiências no curso do leilão;

12.2.3 promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do Leilão, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originalmente nos documentos apresentados pela Proponente, observando o disposto no item 9.1.3.

O consórcio esclareceu que não deixou de apresentar valores para 35 (trinta e cinco) itens do quadro 5, senão que os agrupou em outros itens, e que não previu explicitamente recursos para a construção da terceira faixa porque sua terraplanagem seria efetuada no terceiro ou no quarto anos da concessão, junto com a terraplanagem da segunda pista, e apenas a pavimentação seria efetuada no ano em que o “gatilho” fosse atingido.

A comissão licitante aceitou as justificativas embasada na informação da Superintendência de Exploração da Infraestrutura Rodoviária – SUINF da Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT nº 001/2012.

Transcrevo as passagens da informação que relevam ao caso:

“16. Da análise da resposta da proponente, a Comissão de Outorga e a área técnica consideraram procedente o argumento apresentado, principalmente pelo fato de que caberá à futura concessionária dimensionar suas atividades para cumprir os parâmetros de desempenho estabelecidos no Programa de Exploração Rodoviária – PER, sendo certo, ainda, que todos os riscos de quantitativos são de sua responsabilidade.

17. Soma-se ainda que o objetivo do questionamento foi verificar se os valores haviam sido previstos e de que maneira haviam sido agrupados, com o objetivo de entender se havia mácula ao processo do leilão e se traria algum problema para a futura gestão do contrato.

18. O agrupamento de itens/linhas é prática comum, inclusive já ocorrido em leilões anteriores da ANTT, vide leilões da 2ª Etapa de Concessões fase I e II, sem gerar qualquer problema de desclassificação. O agrupamento se trata de uma questão gerencial e de planejamento de despesas, cabendo à Comissão de Outorga obter os esclarecimentos necessários ao correto entendimento do Plano de Negócios.

19. Não se pode deixar de mencionar que caberá à ANTT, como Agência Reguladora, a gestão e fiscalização do Contrato de Concessão a ser firmado junto ao futuro concessionário. Nesta linha, esta SUINF entende que do agrupamento apresentado pela proponente em relação aos itens questionados: 1.7, 1.9, 1.10, 2.8, 2.9, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.9, 3.10, 5.4, 5.5, 6.1, 6.2, 6.4, 6.5, 6.7, 6.8, 7.1, 7.2, 7.3, 7.4, 7.5, 8.1.1, 8.1.2, 8.8.2.3, 8.8.3.3, 8.13 e 8.14 do Quadro 5 – Cronograma do PER, não há nenhuma inconsistência.

20. Importante atentar que este é um contrato de concessão no qual o risco dos quantitativos e dos valores apresentados são de responsabilidade do concessionário, conforme explanado na cláusula 19 da minuta do contrato de concessão:

(...)

32. Da análise inicial do Plano de Negócios foi observado pela equipe técnica que no subtrecho D havia sido previsto para o 24º ano da concessão um VDMA de 30.367 veículos, e portanto, conforme a regra contratual deveria se prever a execução de faixa adicional a este trecho já duplicado. Porém, aparentemente não estava previsto no Plano de Negócios a execução da faixa adicional no subtrecho D

(...)

37. Com base nos argumentos apresentados a esta equipe técnica e à Comissão de Outorga, entendeu-se que a terceira faixa para subtrecho D foi prevista no Plano de Negócios. A execução da obra, ainda que parcial, será antecipada para o 3º e o 4º anos, fato este que se mostra benéfico ao usuário. Do ponto de vista técnico é altamente razoável que o futuro concessionário quando já estiver com a equipe mobilizada para executar a duplicação do subtrecho D, já faça toda a infraestrutura para implantação da terceira faixa. Destaca-se que este procedimento pode ser entendido como estratégia do proponente quando da elaboração do Plano

de Negócios, principalmente de ordem técnica, considerando, mais uma vez, os riscos que este assume com relação à concessão.

(...)

51. No plano normativo também há o reconhecimento da necessidade de saneamento de falhas formais, de forma a conferir maior razoabilidade na análise da documentação apresentada em licitações. Merece destaque, neste ponto, a Lei Federal 11.079/2004, a qual institui normas gerais para as parcerias público-privadas. Ela estabelece que 'o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório' (art. 12, IV).

52. Na mesma linha, o Edital de Concessão nº 001/2011 também confere à Comissão de Outorga a prerrogativa de solicitar a correção de falhas na documentação constatadas no curso do certame. Nos termos de seu item 12.2.2, a Comissão de Outorga poderá adotar critérios de saneamento de falhas de caráter formal e complementação de insuficiências no curso do Leilão.

53. Portanto, suposto preenchimento equivocado de algumas linhas do Plano de Negócios apresentado pela licitante vencedora não enseja a sua desclassificação. As solicitações de esclarecimentos realizadas pela Comissão de Outorga, no curso do processo, e as prontas respostas da proponente, sanaram tal fato, permitindo a análise dos dados ali apresentados.

54. Há que destacar, ainda, que a empresa vencedora contemplou, na documentação apresentada, todos os itens exigidos no Plano de Negócios. O fez em local, quando muito, não recomendado, mas não impositivo para a elaboração de todo e qualquer plano de negócios e de forma a tornar impossível a análise de sua exequibilidade. Assim, a rigor, não há vício na proposta apresentada, sequer de natureza formal."

A 1ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação – 1ª Diretoria/SEFID do Tribunal de Contas da União, no processo nº 010.594/2012-4, também acatou as justificativas da empresa e sugeriu, em relação ao agrupamento de itens, que na próxima licitação a ANTT preveja tal faculdade no edital e, no que toca à antecipação da construção da terceira pista no subtrecho D, que o contrato seja alterado para prever tal obrigação.

Colaciono alguns trechos da análise e das proposições da auditora responsável, datadas do dia 10.07.2012 e juntadas aos autos pelo consórcio vencedor:

"35. De acordo com os termos do item 1.1 do Anexo 16 do Edital de Concessão, o Termo de Referência tem por objetivo orientar as Proponentes de modo a padronizar a elaboração e apresentação de seu Plano de Negócio.

36. As diretrizes para o preenchimento do Quadro 5 – Cronograma PER consta do item 3.8.5 do Anexo 16 o qual registra no item 'I': 'a

Proponente decidirá de que forma alocará a distribuirá no Quadro 5 as obras e serviços constantes do PER.'

37. Entende-se, com isso, que as Proponentes possuem certo grau de liberdade quando do preenchimento do Quadro 5 – Cronograma PER. Contudo, esse dispositivo não é claro quanto à possibilidade das proponentes fazerem a junção de valores de serviços e obras em uma única célula da planilha.

38. Ademais, o item 15.3 do Edital de Concessão estabelece que será desclassificada a Proponente que não atenda, dentre outras, as seguintes exigências:

(i) deixar de apresentar ou não preencher corretamente qualquer das informações exigidas nos Quadros constantes no Anexo 16;

(ii) deixar de apresentar nos Quadros constantes no Anexo 16, o valor global de qualquer das obras e serviços descritos no Anexo 2 da Minuta do Contrato;

(iii) apresentar nos Quadros constantes no Anexo 16, cronograma de obras e serviços em desacordo com o descrito no Anexo 2 da Minuta do Contrato;

39. Não há previsão no Edital 001/2011-BR-101/ES/BA e em seus anexos no sentido de a proponente informar originariamente que agregou valores de serviços e obras ao preencher as planilhas em Excel ao Plano de Negócios. Em vista disso, para uma maior clareza e facilidade de análise do Plano de Negócios por parte da Comissão de Outorga, com vistas a verificar sua adequabilidade com os termos do Edital e dar total cumprimento ao princípio do julgamento por critérios objetivos, previsto no art. 14 da Lei nº 8.987/1995, seria importante que as Proponentes informassem previamente se houve ou não agregação de valores nos itens obrigatórios constantes do PER e indicassem em quais itens ocorreu essa agregação.

40. Essa informação, para tanto, poderia ocorrer quando da entrega da proposta, nos envelopes lacrados, evitando, assim, gerar celeumas de virtude de solicitação de esclarecimentos por parte da Comissão de Outorga caracterizar inclusão de novas informações. Se assim não for, pode ocorrer que quaisquer divergências de valores apontados pela Comissão de Outorga dê margem as proponentes de informarem que os valores referentes a investimentos foram agregados em qualquer período de concessão, mesmo se não tiverem sido. Cabe lembrar que a ANTT informou que a agregação de valores de serviços e obras é 'prática comum' (peça 35, p. 5).

(...)

42. Ante o exposto, cabe **determinação à ANTT, com fulcro nos arts. 3º, 41 e 43, §3º, da Lei 8.666/93, para que, nas futuras concessões, inclua cláusula no edital que faculte à proponente agregar valores de serviços e obras obrigatórios constantes do PER ao preencher as planilhas em Excel do Plano de Negócios, e, caso adote essa prática, a proponente é obrigada a informar originariamente nos documentos que constituem o Plano de Negócios que a adotou e indicar quais os itens contêm valores agregados, sob o risco de desclassificação.**

(...)

48. O Anexo 16 do Edital é claro quando registra em seu item 3.6.3 que a conclusão das obras condicionadas ao volume de tráfego deverá estar evidente no Plano de Negócios e coerente ao período de atingimento do VMD previsto para o respectivo subtrecho

49. Porém, a alínea 'I' d item 3.8.5 do Anexo 16 registra: 'a Proponente decidirá de que forma alocará e distribuirá no Quadro 5 as obras e serviços constantes do PER.

50. Com isso, após o esclarecimento solicitado pela Comissão de Outorga (peça 3, p. 303-309) a primeira colocada informou que estava previsto na Proposta, porém de forma antecipada (peça 3, p. 304-305). É certo que se o Edital de uma licitação fixa determinado requisito, deve-se considerar importante tal exigência. Esse rigor, contudo, não pode ser aplicado de forma a prejudicar a própria administração ou as finalidades buscadas pela licitação"

(...)

56. No caso em tela, apesar de a previsão de investimento condicionada ao volume de tráfego, constante no Plano de Negócios da primeira colocada no Leilão, não estar evidente, como solicitado no item 3.6.3 do Edital de Concessão, não há razão para desclassificação. Isso se deve porque a resposta da primeira colocada à diligência realizada pela Comissão de Outorga esclareceu as condições em que foi registrada a previsão desse investimento no Plano de Negócios. Outrossim, a alínea 'I' do item 3.8.5 do Anexo 16 do Edital permite à proponente alocar investimentos de acordo com sua estratégia de negócios.

57. A resposta da primeira colocada, contudo, de que antecipará parcialmente a obra para implantação da faixa adicional para o subtrecho homogêneo correspondente (D) no 3º e 4º anos da concessão, deve estar expressa no contrato, tendo em vista o disposto no art. 35 da Lei 10.233/2001 no sentido de que 'o contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora.'

62. Ante o exposto, cabe **determinar à ANTT que faça constar expressamente no Contrato de Concessão decorrente do Edital 001/2011-BR-101/ES/BA a obrigação de o concessionário realizar a infraestrutura (exceto o pavimento) das terceiras faixas do subtrecho homogêneo D juntamente com a sua duplicação, sendo a execução da pavimentação do referido subtrecho condicionada ao atingimento do gatilho definido na Tabela 3.2 do Anexo 2 da minuta de contrato (PER), conforme registrado em seu Plano de Negócios e confirmado em resposta à diligência promovida pela Comissão de Outorga."**

As propostas da auditora foram acolhidas pela SEFID em despacho proferido despacho no dia e também juntado aos autos pela licitante vencedora.

Esta julgadora consignou no início da decisão que o edital da licitação determinava o preenchimento de todos os itens do Quadro 5 do Anexo 16, sob pena de desclassificação.

A esse despeito, no exame de cognição rarefeita própria ao caso, tenho que são legítimas a diligência empreendida pela comissão licitante, que os esclarecimentos prestados pelo consórcio vencedor não são documentos ou informações novas e que o Plano de Negócios não desbordou do edital ao agrupar itens do Cronograma do PER.

Am

De fato, as formas de que o direito se vale não são um fim em si mesmas, senão que visam a assegurar e a tutelar outros princípios e outros interesses, da administração e do administrado.

O dever de preencher o Plano de Negócios conforme o Anexo 16 do edital da licitação tem o intuito de padronizar sua apresentação e, de conseguinte, facilitar o exame de sua aceitabilidade pela administração, a teor dos subitens 1.1 e 3.10 do aludido Anexo.

A administração, ao constatar a lacuna no preenchimento de alguns itens, questionou o consórcio vencedor, que esclareceu que esses itens já estavam no Plano de Negócios, só que agrupados em outros itens, e procedeu ao desmembramento, inclusive dos valores pertinentes, respeitando o valor global antes apresentado.

A ANTT reputou o Plano de Negócios correto no ponto, amparada nos argumentos de que o agrupamento do valor de obras e serviços é prática comum, que o agrupamento feito pelo consórcio vencedor contemplou itens compatíveis e que o Plano nesses moldes apresentado evidencia a exequibilidade e a adequação da proposta.

Como a pertinência da distribuição dos itens inicialmente faltantes no Plano de Negócios e a adequação da proposta são questões técnicas, a análise da ANTT deve por ora prevalecer, mesmo porque foi respaldada pela área técnica do TCU.

Não posso deixar de anotar que o agrupamento, quando não previsto no edital, dá margem para que os licitantes deixem de prever itens obrigatórios e, quando indagados, aloquem-nos em outros itens e "salvem" sua proposta, mesmo que na prática ela seja inexecutável, em prejuízo da administração, dos demais licitantes e dos administrados.

A prática deve ser sustada ou, quando muito, expressamente prevista no edital, como determinou a área técnica do TCU.

Diversa é a conclusão quanto à ausência de previsão de recursos para a construção da terceira faixa no subtrecho D.

O subitem 3.6.3 do Anexo 16 do edital do certame exigiu que o ano de conclusão das obras condicionadas ao volume de tráfego estivesse evidente e fosse coerente com o atingimento do gatilho previsto para cada subtrecho.

A

O consórcio vencedor previu que o gatilho do subitem B seria atingido no 24º ano do contrato, mas nada dispôs sobre o ano de conclusão das obras condicionadas ao atingimento desse gatilho.

Inquirido pela comissão licitante, elucidou que a infraestrutura da faixa seria feita no momento da duplicação da rodovia e que a pavimentação teria lugar quando a obrigação de construir essa faixa for devida.

A justificativa é razoável, já que pode ser mais interessante para a empresa aproveitar os recursos já deslocados para a duplicação e logo efetuar a "triplicação", mantendo a faixa preparada para a futura pavimentação.

Contudo, ainda que se aplique ao caso o princípio do formalismo moderado, de que a ANTT valeu-se para cancelar a licitação, o certame não pode prosseguir por ora.

Explico. O PER não previu a execução do contrato dessa maneira, senão que alocou os custos da "triplicação" para o final do pacto.

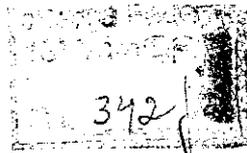
Não há prova cabal de que a alteração, no Plano de Negócios, do cronograma do PER, não permitiu que o consórcio vencedor haja apresentado proposta mais competitiva, em detrimento das demais licitantes e em conflito com o princípio da isonomia.

Em outras palavras, se as outras licitantes soubessem que poderiam prever que parte das obras condicionadas ao volume de tráfego poderia ser executada antes do "gatilho", será que elas poderiam ter apresentado proposta melhor e eventualmente ter vencido a licitação?

Ainda, não há prova cabal de que execução nesses moldes mantém a identidade do objeto licitado e do contrato cuja minuta foi acostada ao edital, tanto que o TCU determinou que haja alteração na minuta para se estatuir o dever do consórcio vencedor de fazer a infraestrutura da terceira faixa junto com a duplicação e pavimentar a via quando o "gatilho" for atingido.

É certo que o contrato deve adequar-se às condições da proposta vencedora. Contudo, não menos certo é que ele não pode desbordar do edital, sob pena de se macular o princípio da isonomia ao permitir a vitória de um licitante justamente por apresentar proposta em desconformidade com o edital.

Assim, a adequação à proposta vencedora limita-se os itens cujo preenchimento dependia da apuração do resultado, observadas as balizas do edital.



No caso em exame, a necessidade de alteração da minuta de contrato além dos campos em que o preenchimento já era previsto em princípio indica que se criou uma obrigação extra, não prevista no edital.

Por fim, não há prova cabal de que essa obrigação nova - a antecipação da execução da infraestrutura da terceira faixa do subtrecho 'D' - não traz prejuízos para a administração ou para os usuários, que arcariam com eventual aumento do pedágio caso futuramente o consórcio vencedor afirme que a infraestrutura antecipada não resistiu até o momento da pavimentação.

Os pontos merecem ser mais bem esclarecido, inclusive quanto à durabilidade da terraplanagem até o momento da "triplicação" do trecho.

Por isso, mais prudente é sustar a assinatura do contrato até segunda ordem, o que traz menos danos ao Estado do que a anulação de um contrato com a execução já iniciada.

Não ignoro que a sustação da assinatura tem efeitos para além do adiamento da execução do contrato.

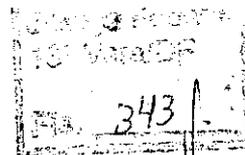
A licitação objeto do feito foi a primeira lançada pela ANTT para desestatizar as rodovias federais, foi modulada para ser imune a paralisações e, em tempos de estagnação econômica e de carência de infraestrutura do Brasil, sua conclusão seria ânimo novo e triunfo para o Governo Federal, a demonstrar que ele não está assistindo o arrefecer da economia.

A paralisação temporária, portanto, é verdadeiro "balde de água fria" nesse símbolo de ação em infraestrutura, além de corroborar a existência do chamado "custo Brasil", expressão que se refere aos custos não palpáveis de empreendimentos e que dificultam seu curso e desmotivam investidores, a exemplo da corrupção e das decisões judiciais que engessam a administração.

Por reconhecer que a paralisação tem efeitos que desbordam o simples adiamento da execução do contrato é que sei que a presente medida deve durar o mínimo possível, só até que se esclareçam os pontos sobre os quais ainda pendem dúvidas.

Não será uma sustação permanente, senão que uma harmonização temporária entre o risco da execução de um contrato que pode trazer danos irreversíveis para os licitantes, para a administração ou para os usuários, de um lado, e o impacto que a paralisação causa ao desenvolvimento do País.

A handwritten signature or mark in the bottom right corner of the page.



A solução pende por ora para a paralisação da licitação, ao menos até que os pontos que geraram dúvidas sejam elucidados.

O pedido do Consórcio vencedor de ingressar no feito, na condição de litisconsorte necessário, é pertinente, já que o resultado da licitação foi homologado e seu objeto, a ele outorgado, por isso que a eventual anulação do certame influi em sua esfera jurídica.

Com essas considerações, **defiro o pedido liminar para determinar que a Ré abstenha-se de assinar o contrato decorrente do Edital ANTT nº 001/2011.**

Defiro o pedido de ingresso do CONSÓRCIO RODOVIA DA VITÓRIA no feito, na qualidade de litisconsorte passivo. Anote-se.

Publique-se. Intimem-se. Cite-se.

Brasília, 27 de julho de 2012.


MARIA CECÍLIA DE MARCO ROCHA
Juíza Federal Substituta da 6ª Vara/DF
Na titularidade da 13ª Vara/DF