

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

ILUSTRÍSSIMO SENHOR CONSELHEIRO PEDRO HENRIQUE LINO DE SOUZA, DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA BAHIA, RELATOR DO PROCESSO TCE/000809/2021 (eletrônico)

ASSUNTO: Notificação nº 001572/2021

PROCESSO: TCE/000809/2021 (eletrônico)

RELATOR: CONS. PEDRO HENRIQUE LINO DE SOUZA

NATUREZA: AUDITORIA DE ESCOPO ESPECÍFICO

ORIGEM: COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA - BAHAGÁS

RESPONSÁVEL/NOTIFICADA: COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA - BAHAGÁS

CNPJ: 34.432.153/0001-20

ENDEREÇO: AV. PROFESSOR MAGALHÃES NETO 1838, ED. CIVIL BUSINESS, PITUBA - CEP: 41.810-012, SALVADOR-BA

COMPANHIA DE GÁS DA BAHIA - BAHAGÁS, acima qualificada, neste ato representada pelo seu Diretor-Presidente, conforme previsão no Estatuto Social que segue em anexo (**ANEXO 01**) vem, à presença de Vossa Excelência, com súpero acatamento, apresentar

DEFESA

Em alusão à **Notificação nº 001572/2021**, referente ao **Processo TCE/000809/2021** supra descrito, cumpre-nos prestar os esclarecimentos que seguem acerca do **Relatório** (Ref. 2557790-1), elaborado pela 1ª Coordenadoria de Controle Externo - Gerência 1A, no qual são atribuídas irregularidades nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital de Licitação nº 0082/2020, organizado pela BAHAGÁS, relacionadas à suposta impossibilidade de se “*estabelecer correlação entre o volume de serviços a serem prestados em processos à qualquer título, com capacidade do futuro licitante de atender à demanda técnica especializada requerida pela Administração, na medida em que, como bem acentuado pela licitante, as matérias jurídicas e legais a serem discernidas pelo futuro contratado são diversas e variadas, pelo que a justificativa técnica por parte da Administração deve ser o mais precisa e objetiva possível para motivação da adoção de tal quociente a ser exigido*”. Por este motivo,

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

o relatório indica que os itens supracitados não mais deverão fazer parte de instrumentos convocatórios em licitações futuras organizadas pela BAHIAGÁS.

Com base no Princípio Constitucional da Ampla Defesa em sede Administrativa (art. 5º, inciso LV da Constituição Federal), bem como nas disposições da Lei Orgânica e do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, vimos, ao final, requerer que seja julgado improcedente o achado e a determinação de não utilização da exigência de comprovação de capacidade técnica presente nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital de Licitação nº 0082/2020 em outros certames (Ref.2557790-6), em decorrência dos esclarecimentos adicionais que comprovarão a retidão dos atos realizados.

1. DA TEMPESTIVIDADE DA INTERPOSIÇÃO DA DEFESA PELA RESPONSÁVEL / NOTIFICADA

No que diz respeito à tempestividade, a **Notificação nº001572/2021** estabeleceu o prazo de 30 (trinta) dias contados a partir da data em que for recebida, conforme Aviso de Recebimento respectivo (AR). Considerando que a citada Notificação foi registrada no Protocolo da BAHIAGÁS no dia **23 de julho de 2021 (sexta-feira)**, o prazo para atendimento à Notificação começou a correr no primeiro dia útil subsequente à data do Protocolo, dia 26 de agosto de 2021 (segunda-feira), tendo como prazo fatal o dia 24 de agosto de 2021 (terça-feira).

Resta comprovada, portanto, a tempestividade da presente resposta.

2. SÍNTESE DA DEMANDA E OBJETO DA NOTIFICAÇÃO

Trata-se, a presente defesa administrativa, do exercício do contraditório e da ampla defesa da Companhia de Gás da Bahia – BAHIAGÁS no processo TCE/000809/2021 (eletrônico), relatado pelo Ilmo. Conselheiro Pedro Henrique Lino de Souza, o qual possui natureza de Auditoria de Escopo Específico.

O procedimento teve origem na manifestação do Escritório de Advocacia BEZERRA & DUARTE ADVOCACIA E CONSULTORIA perante a Ouvidoria do Tribunal de Contas do Estado da Bahia, em 12 de fevereiro de 2021, oportunidade em que se

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

questionou a legalidade dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital de Licitação nº 0082/2020, publicado pela BAHIAGÁS, os quais estão abaixo transcritos:

“8.3.2.1.2 – Comprovação de atuação do escritório de advocacia, nas áreas trabalhistas e previdenciárias - com atuação consultiva e/ou atuação contenciosa – em carteira de processos com, ao menos, 50% (cinquenta) do volume de processos a serem substabelecidos, tanto em empresas estatais como em entes prestadores de serviço público.

8.3.2.1.2.1 – A comprovação deverá ser feita mediante a apresentação de atestado(s) emitido(s) por pessoa jurídica, de direito público ou privado, em nome do escritório de advocacia, compatível(is) em características, quantidades e prazos com o objeto do contrato. Poderão ser utilizados até 04 (quatro) atestados diferentes para esse objetivo”.

Ato contínuo, a 1ª Coordenadoria de Controle Externo solicitou à defendente *“esclarecimentos quanto ao andamento do expediente, assim como cópia do Edital de Licitação nº 0082/2020, e de todo o processo administrativo interno, em mídia eletrônica, no intuito de instruir expediente que já está iniciado para análise e emissão de entendimento auditorial”*, no prazo de 05 (cinco) dias úteis.

De modo tempestivo, a BAHIAGÁS apresentou todos os documentos solicitados, acompanhando de nota técnica onde esclarece, de forma exaustiva, os fundamentos, a imprescindibilidade e a pertinência da inclusão dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, enquanto condições de habilitação técnica para os licitantes, correlacionando-os com diversas passagens do Edital e seus anexos. Do mesmo modo, a defendente comprovou que tal condição não gerou perda de competitividade ou direcionamento do certame.

Ocorre que, no Relatório (Ref. 2557790-1), a 1ª Coordenadoria de Controle Externo entendeu que:

“(…) não se pode estabelecer correlação entre o volume de serviços a serem prestados em processos à qualquer título, com capacidade do futuro licitante de atender à demanda técnica especializada requerida pela Administração, na medida em que, como bem acentuado pela licitante, as matérias jurídicas e legais a serem discernidas pelo futuro contratado são diversas e variadas, pelo que a justificativa técnica por parte da Administração deve ser o mais precisa e objetiva possível para motivação da adoção de tal quociente a ser exigido. Assim, a Administração tem o dever de preordenar melhor para alcançar seus objetivos em atender o

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

interesse público, não sendo feliz na especificação que fez nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital nº 0082/2020. Isto tudo posto, para esta Auditoria, os itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital nº 0082/2020, em futuras licitações do mesmo jaez, devem ser objeto de melhor equacionamento para sua exigência, permitindo que a Administração não enfrente novas impugnações e alcance seu desiderato maior, que é atender o interesse público com um maior número de ofertantes a nível estadual e nacional com preços que efetivamente demonstrem uma vantajosidade na contratação”.

Após analisar a fundamentação do Relatório (Ref. 2557790-1), a BAHAGÁS acredita, humildemente, que a 1ª Coordenadoria de Controle Externo exarou seu posicionamento a partir de premissas equivocadas, tendo se limitado a verificar o quanto exposto na nota técnica, sem correlaciona-la com os demais documentos do processo de contratação, e chegado a sua conclusão após uma interpretação que, num ponto, foi retirada de contexto e, noutro, estava desconectada com o procedimento de licitação do Edital de Licitação nº 0082/2020.

Isto porque a BAHAGÁS fundamentou, de forma bastante ampla, a pertinência e indispensabilidade dos requisitos de comprovação de capacidade técnica que foram exigidos no Edital de Licitação nº 0082/2020, em especial os itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1, atestando que todos eles foram exigidos de forma fundamentada, correlacionados ao objeto da contratação.

Além disso, o termo “*ínfimos*”, utilizado pela 1ª Coordenadoria de Controle Externo para indicar suposta contradição entre os argumentos apresentados pela BAHAGÁS em sua nota técnica e sustentar a tese principal de ausência de “*correlação entre o volume de serviços a serem prestados em processos à qualquer título, com capacidade do futuro licitante de atender à demanda técnica especializada requerida pela Administração*”, foi retirado de contexto, de modo que houve uma má compreensão, quando da elaboração do Relatório (Ref. 2557790-1), acerca das justificativas para a inclusão dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020.

Do mesmo modo, os itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020 jamais serviram “*para restringir e permitir a existência da manifestação impugnante*

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

ora em análise, quando deveria melhor dimensionar a sua exigência de qualificação técnica e operacional de forma a permitir que um maior número dos que acorreram ao certame tivessem êxito em alcançar a fase seguinte, ofertando suas propostas de preços”, uma vez que os editais de licitação da BAHIAGÁS, incluso o Edital de Licitação nº 0082/2020, preveem que a fase de apresentação de preços é anterior à fase de habilitação, de modo que, em atenção ao princípio da eficiência, a BAHIAGÁS se limita a verificar os documentos de habilitação dos melhores classificados, seguindo a ordem de classificação, até que um deles se mostre capaz de atender todos os requisitos do instrumento convocatório.

Assim, consoante será demonstrado nas linhas que seguem, a BAHIAGÁS acredita que o resultado final deste opinativo não poderá ser mantido, porquanto não esteja alinhado com a realidade dos fatos.

Para melhor compreensão da demanda, convém novamente defender a legalidade da exigência contida nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, utilizando a mesma linha de raciocínio e os argumentos apresentados na nota técnica anteriormente encaminhada.

3. DA LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA CONTIDA NOS ITENS 8.3.2.1.2 E 8.3.2.1.2.1 NO EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 0082/2020 – REQUISITO DE CAPACIDADE TÉCNICA DEVIDAMENTE JUSTIFICADO, PERTINENTE E IMPRESCINDÍVEL PARA A CONTRATAÇÃO

O relatório elaborado pela 1ª Coordenadoria de Controle Externo concluiu pela ilegalidade dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020 apontando que *“volume de serviço, quer em número, quer em percentual, exigem um atendimento aos requisitos acima mencionados que não deixem a menor margem de dúvida, na medida em que capacidade técnica jamais se coaduna com volume numérico, mesmo porquanto a BAHIAGÁS denotou em sua Nota Técnica que deve o licitante, a ser contratado, detentor de um vasto conhecimento de normas jurídicas e de situações processuais variadas”*.

Além disso, pontuou que *“o volume numérico ou o percentual de processos já patrocinados por qualquer que seja o licitante não tem o condão, sem um estudo*

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

pormenorizado ou uma análise das teses lá defendidas e do reconhecimento judicial, extrajudicial ou administrativo para quem foram expostos, de permitir à Administração reconhecer uma habilidade técnica variada e segura para atender os seus interesses e público. Ressalte-se, revelado pela própria Administração, que o número de processos seria ínfimo”.

Assim, entende o Relatório (Ref. 2557790-1) que, no certame em comento, os requisitos de qualificação técnica não podem ser atrelados volumes ou percentuais; ou, caso sejam atrelados, necessariamente precisam ser embasados por meio de estudo pormenorizado. De igual modo, para o caso concreto, a 1ª Coordenadoria de Controle Externo considerou que as exigências para comprovação da capacidade técnica-operacional seriam despiciendas, na forma como apresentadas, uma vez que já estariam presentes outros requisitos de ordem técnico-profissional.

De forma respeitosa, a BAHIA GÁS discorda dos argumentos apresentados no Relatório (Ref. 2557790-1), por compreender que todos os requisitos de habilitação técnica exigidos no Edital de Licitação nº 0082/2020 possuem a devida justificativa, pertinência e condição de imprescindibilidade para a seleção do prestador de serviços mais adequado, além de estarem em perfeita consonância com a legislação e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Explica-se.

Acerca do tema da (i)legalidade das cláusulas restritivas presentes em editais, vale destacar que sempre haverá motivos ou justificativas “legítimos”, “fundados no interesse público” e “desprovidos de interesses pessoais” para impugnar requisitos de capacidade técnica, jurídica ou financeira de editais de licitação. Em todas as oportunidades, eles são deduzidos por aqueles que não são capazes de cumpri-los.

Isto porque todo requisito de capacidade técnica, jurídica ou financeira representa, de algum modo, uma restrição à competitividade. Ao se estabelecer um requisito, se limita a participação, de forma geral, de inúmeros potenciais concorrentes, uma vez que a própria característica do livre mercado implica na existência de variados potenciais fornecedores, constituídos nas mais diversas formas e capazes de executar os mais diversos serviços.

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

Neste panorama de prestadores de serviços diversos, é obrigação da Administração Pública, em atenção ao princípio da eficiência, ser capaz de delimitar o objeto do serviço que deseja com a máxima precisão possível e, a partir daí, ser capaz de estabelecer critérios objetivos de seleção daqueles que possam, com excelência, realizar os serviços a serem contratados.

Somente com a delimitação prévia dos potenciais prestadores de serviço capazes de executar o objeto a ser contratado, por meio dos requisitos mínimos de capacidade técnica, jurídica e econômico-financeira, a Administração Pública será capaz de encontrar a proposta financeiramente mais vantajosa, uma vez que a competição pelo menor preço se resumirá, como deve ser, àqueles que efetivamente serão capazes de executar o objeto do contrato.

Uma proposta financeiramente mais vantajosa apresentada por prestador de serviços que é incapaz de executar o objeto do contrato nos padrões de qualidade que a Administração Pública necessita não atende ao princípio da eficiência administrativa e prejudica, de sobremaneira, a prestação do serviço público com excelência.

É dever da Administração Pública buscar a proposta mais vantajosa dentre os prestadores de serviço que comprovadamente podem executar o objeto a ser contratado, respeitando sempre parâmetros objetivos, sem limitação de concorrência ou direcionamento; e não dentre aqueles que acham que podem.

O artigo 37, inciso XXI, da CF estabelece que, em matéria de licitação, somente poderão ser exigidas qualificações técnica e econômica indispensáveis ao cumprimento das obrigações, de modo que as exigências que venham a restringir a competição no certame licitatório devem ser prévia e devidamente justificadas, e pertinentes ao objeto. Devem, ainda, ater-se ao que permite a lei, face ao princípio da legalidade em sentido estrito, também indicado na Constituição Federal, em seu art. 37, caput:

*Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos **princípios de** legalidade,*

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

*impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte:*

(...)

*XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.***

Este também é o posicionamento do Tribunal de Contas da União, o qual estabelece que as condições de capacidade técnica devem “*tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais*” e “*ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado*”:

“As exigências relativas à capacidade técnica guardam amparo constitucional e não constituem, por si só, restrição indevida ao caráter competitivo de licitações conduzidas pelo Poder Público. Tais exigências, sejam elas de caráter técnico-profissional ou técnico-operacional, não podem ser desarrazoadas a ponto de comprometer o caráter competitivo do certame, devendo tão-somente constituir garantia mínima suficiente de que o futuro contratado detém capacidade de cumprir com as obrigações contratuais. Tais exigências devem ser sempre devidamente fundamentadas, de forma que fiquem demonstradas inequivocamente sua imprescindibilidade e pertinência em relação ao objeto licitado.” (TCU, TC 005.316/2018-9, Plenário).

Observa-se, então, a existência de três requisitos para que uma exigência possa ser considerada como garantia mínima de que o futuro contratado detém a capacidade de cumprir as obrigações contratuais, quais sejam: **(i)** estar devidamente fundamentada; **(ii)** ser pertinente ao objeto licitado; **(iii)** e ser imprescindível.

Dentre as possíveis exigências, estão os requisitos de capacidade técnica, comumente divididos em capacidade técnica profissional e capacidade técnica intelectual (ou técnico-profissional e técnico-operacional). No primeiro caso (capacitação técnico-operacional), a experiência a ser verificada é a da pessoa

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

licitante, devendo comprovar, enquanto organização empresarial, sua aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Quanto à capacitação técnico-profissional, o foco da exigência é a demonstração da experiência do profissional indicado pelo licitante para atuar como seu responsável técnico.

Tais capacidades podem ser exigidas em conjunto ou separado, a critério da Administração Pública, desde que devidamente fundamentadas no processo de contratação. Deverão ser restritas às parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório.

Acerca do tema, o Regulamento de Licitações e Contratos da BAHAGÁS, em seu Anexo II – Manual de Licitações, indica que a demonstração de capacidade técnica poderá estar presente em licitações realizadas pela BAHAGÁS, bem como permite que sejam utilizados critérios de comprovação de capacidade técnica tanto de natureza profissional, como de natureza operacional. Senão, vejamos:

“Art. 49. A habilitação, a critério da BAHAGÁS, poderá compreender os seguintes parâmetros:

(...)

I. Capacidade técnica para assunção do objeto pretendido, restrita a parcelas do objeto técnica ou economicamente relevantes, de acordo com parâmetros estabelecidos de forma expressa no instrumento convocatório;

(...)

§ 3º. Para a habilitação prevista no inciso II deste artigo - Capacidade técnica -pode a BAHAGÁS exigir, sem prejuízo de outros, os seguintes documentos:

I. registro ou inscrição na entidade profissional competente;

II. comprovação de capacidade técnica intelectual, que demonstre já ter realizado atividade pertinente e compatível, em características, quantidades e prazos, com o objeto da licitação;

III. comprovação de capacidade técnica operacional, que demonstre dispor de instalações, aparelhamento e pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação”.

É perceptível, neste ponto, que o Regulamento de Licitações e Contratos da BAHAGÁS não veda a presença, de forma conjunta, de exigências de comprovação de capacidade técnico-profissional e técnico-operacional num mesmo instrumento

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

convocatório. Em outras legislações que tratam de licitação ou na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, também não há vedação neste sentido.

Além disso, a reiterada jurisprudência do Tribunal de Contas da União admite a utilização de quantitativos mínimos para qualificações técnicas operacional e profissional, mesmo para a contratação de serviços, desde que tais quantitativos representem condições essenciais para a avaliação e escolha do prestador de serviços mais adequado à execução do objeto a ser contrato e, mais uma vez, sejam precedidos de decisão fundamentada, com a comprovação de pertinência e imprescindibilidade no que diz respeito ao objeto da licitação:

“(...) 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” (Súmula 263 do TCU).

“(...) 2. Não afronta o art. 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/1993 a exigência de atestados com quantitativo mínimo, para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional, quando este quantitativo reflita características intrínsecas a cada contrato mencionado nos atestados e quando o objeto licitado for de natureza predominantemente intelectual, dificultando, por conseguinte, a aferição dessa capacitação” (Tribunal de Contas da União - TC 019.452/2005-4).

“(...) 72. O grupo de estudos fez constar de seu relatório entendimento do STJ nessa mesma linha (REsp 466.286/SP, Relator Ministro João Otávio Noronha, Segunda Turma, DJ de 20/10/2003): ‘a melhor inteligência da norma ínsita no art. 30, § 1º, inc. I (parte final) da Lei de Licitações orienta-se no sentido de permitir a inserção no edital de exigências de quantidades mínimas ou de prazos máximos quando, vinculadas ao objeto do contrato, estiverem assentadas em critérios razoáveis” (Tribunal de Contas da União - Acórdão nº 3.070/2013 – Plenário).

“(...) para admitir ser possível – e até mesmo imprescindível à garantia do cumprimento da obrigação – delimitar as características que devem estar presentes na experiência anterior do licitante quanto à capacidade técnico-operacional e técnico-profissional (...) é compatível com o interesse público contratar empresas e profissionais com experiência comprovada na execução da obra que se irá executar. A questão não é a exigência da comprovação de experiência

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

anterior, mas a razoabilidade dos parâmetros estipulados”
(Tribunal de Contas da União - Acórdão nº 534/2016 – Plenário).

No Edital de Licitação nº 0082/2020, a BAHIA GÁS acredita que estejam presentes todos os pressupostos acima indicados, de modo que os requisitos por ela exigidos como condições de habilitação representam exatamente a garantia mínima de capacidade para cumprimento do objeto, sendo imprescindíveis e compatíveis com ele, estando devidamente justificados no processo.

Sendo este o objeto desta Auditoria de Escopo Específico, esta defesa administrativa apresentará as irrefutáveis condições de legalidade a ele inerentes nas linhas a seguir:

A começar pela necessidade de justificativa, é possível verificar que não apenas os itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, como todos os demais itens que representam requisitos mínimos de capacidade técnica para os licitantes, estão em perfeito alinhamento com o quanto descrito nos itens do Memorial Descritivo da contratação, em especial os itens “3. Justificativa” do Memorial Descritivo (p. 41-44, Edital de Licitação nº 0082/2020), “4. Caracterização do objeto” (p. 45-46, Edital de Licitação nº 0082/2020), “8. Execução do objeto” (p. 51-53, Edital de Licitação nº 0082/2020), “9. Requisitos mínimos de especialização e experiência para o certame” (p. 53-55, Edital de Licitação nº 0082/2020) e “10. Obrigações da CONTRATADA” (p. 55-59, Edital de Licitação nº 0082/2020).

No Edital de Licitação nº 0082/2020, a BAHIA GÁS dedicou o item “3. Justificativa” do Memorial Descritivo, exclusivamente para apresentar as nuances de sua atuação, suas particularidades enquanto sociedade de economia mista concessionária de serviço público de natureza essencial, e seus desafios diante de um novo momento no mercado em que atua.

Após, nos itens “4. Caracterização do objeto” e “10. Obrigações da CONTRATADA”, destacou o nível de exigência que se busca na execução do contrato, ao passo que, no item “8. Execução do objeto”, indicou as áreas principais de atual e o volume da carteira de processos a serem substabelecidos ao futuro contratado.

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

Todas essas questões, em conjunto, além da experiência e vivência da Administração Pública na condução dos seus processos, remetem especificamente às condições mínimas para a execução do objeto, que estão no item “9. Requisitos mínimos de especialização e experiência para o certame”.

Todo esse zelo na exposição exaustiva das justificativas da contratação, dos seus objetivos, das características da BAHIAGÁS e dos serviços a serem executados, dos requisitos a serem exigidos para os concorrentes e das obrigações da futura contratada, justifica-se exatamente pela busca da BAHIAGÁS em evitar ou minimizar qualquer impugnação ou questionamento do seu certame, tanto por licitantes como por órgãos de controle externo. Buscou-se, ao máximo, a melhor fundamentação para o ato administrativo em comento.

Por conta da sua natureza jurídica de empresa estatal, concessionária de serviços públicos em ambiente regulado e atuante em mercado concorrencial, a BAHIAGÁS possui uma dinâmica completamente diferenciada com relação às empresas privadas sem a participação do Estado, à Administração Direta, às empresas que não atuam em ambiente regulado, às que prestam serviços públicos e às que não atuam em regime concorrencial.

A necessidade de compreensão prévia desta condição por prestadores de serviços contratados, inclusive escritórios de advocacia, impacta diretamente na defesa dos interesses da Companhia em juízo e fora dele, já que uma das maiores dificuldades identificadas pela gestão histórica de contratos de serviços advocatícios da empresa foi essa compreensão, pelos escritórios contratados, da exata natureza jurídica desta Companhia e do regramento legal ao qual ela está sujeita.

A título de exemplo, a impugnação que ensejou esta Auditoria de Escopo Específico possui como fundamento jurídico o quanto prescreve o 41, §2º, da Lei Federal nº 8.666/1993, o qual não se aplica a BAHIAGÁS desde o longínquo ano de 2005, quando foi editada a Lei Estadual nº 9.433/2005 (Lei de Licitações do Estado da Bahia). Esta, por sua vez, foi substituída pela Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) e, hoje, o principal diploma legal a ser seguido acerca da matéria é o Regulamento de Licitações e Contratos da BAHIAGÁS.

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

Não apenas esta impugnação, como outras de mesma natureza, recursos administrativos, pedidos de reconsideração, todos formulados em procedimentos licitatórios realizados pela BAHAGÁS, apresentam como fundamento de validade, até hoje, legislações que não são aplicáveis a esta Companhia, com preceitos e princípios que, diante da natureza jurídica de empresa privada com derrogações ao direito público, não são mais aplicáveis à BAHAGÁS.

Além disso, essa condição multifacetada da Companhia gera uma quantidade incalculável de interações sucessivas e ininterruptas com diversos órgãos e entes, públicos e privados, a saber: sócios, empregados, fornecedores e prestadores de serviço (de microempreendedores individuais a empresas multinacionais), clientes (de pessoas físicas a empresas multinacionais), agentes reguladores do mercado (AGERBA, ANP, etc.), órgãos de controle e fiscalização (MPE, TCE, MPT, MPF, PROCON, IBAMA, INEMA, Delegacias do Consumidor, Delegacias de Fiscalização do Trabalho ligadas ao MTE, etc.), órgãos do Poder Executivo das três esferas, órgãos do Poder Judiciário.

Isto faz com que exista demanda sucessiva, diversa e ininterrupta em todas as áreas do Direito, de modo que não bastam aos prestadores de serviço o conhecimento técnico e o conhecimento acerca da natureza jurídica desta empresa, também sendo absolutamente relevante a comprovação de que possuem a capacidade de gerir essa demanda sucessiva, diversa e ininterrupta em suas áreas de atuação.

Pelos motivos aqui sintetizados, mas vastamente explanados no Memorial Descritivo do Edital de Licitação nº 0082/2020, a BAHAGÁS exigiu como uma das condições de habilitação que os licitantes comprovassem, por meio de atestados, que já haviam prestado serviços (ou estivessem prestando) tanto a empresas estatais como a entes/órgãos prestadores de serviços públicos (permissionários, concessionários, etc.), em carteira de processos simultâneos com, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) do número de processos que seriam substabelecidos por ocasião da contratação, conforme itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, de modo a manter o mínimo de eficiência da prestação dos serviços a ser contratada.

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

Deste modo, ainda que não exista concordância por parte do impugnante ou da 1ª Coordenadoria de Controle Externo, é fato que estão presentes as justificativas para todos os requisitos apresentados, inclusive o requisito que foi impugnado.

A pertinência das exigências para com objeto contratado também é visível, no entender da BAHIAGÁS. Diante da necessidade de contratação de escritório de advocacia especializado em matérias trabalhistas e previdenciárias, foram exigidas comprovações de atuação específicas nas áreas para a execução do objeto contratual.

Com isso, buscou-se a contratação de sociedades de advogados com histórico e estrutura para a execução dos serviços a capacidade para executá-los, já que as necessidades da BAHIAGÁS, como visto acima, determinavam esse grau de exigência vinculado às áreas do Direito sobre as quais versam os processos a serem substabelecidos. E assim foi feito.

Especificamente quanto ao requisito dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, a pertinência é relevante, uma vez que de nada adiantaria a comprovação, pelos licitantes, da prestação de serviços para estatais e entes/órgãos prestadores de serviços público em carteira de processos que não englobassem processos de natureza trabalhista, já que o objetivo da BAHIAGÁS, amplamente divulgado, é a contratação de prestador de serviços que possua comprovada capacidade de executar os serviços considerando o dinamismo e as nuances da área do Direito para o qual será contratado.

A comprovação da gestão de processos simultâneos em áreas diversas da área trabalhista não se mostra adequada ou suficiente para a execução do objeto do Edital de Licitação nº 0082/2020 por diversos motivos, dentre os quais podemos destacar: (i) o processo trabalhista é um rito mais célere do que o processo civil, por exemplo, possuindo prazos mais curtos, concentração de vários atos em um único momento, e número inferior de recursos e de matérias aptas a desafiar pretensão recursal; (ii) a gestão de processo e pessoas envolvendo o Direito do Trabalho representa interação com órgão e entes diversos das demais áreas do Direito, sendo ela uma justiça especializada (a exemplo da Justiça Eleitoral), tais como o Ministério

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

Público do Trabalho, as Delegacias de Fiscalização do Trabalho ligadas ao MTE, os órgãos da Justiça do Trabalho, os empregados da BAHIAGÁS, etc.

De nada adiantaria, portanto, que a comprovação de capacidade técnica não fosse vinculada a processos de natureza trabalhista e previdenciária, já que a sua gestão é bastante diferente dos processos das demais áreas do Direito.

Assim, é possível comprovar que o requisito em questão foi efetivamente cumprido pela BAHIAGÁS no Edital de Licitação nº 0082/2020.

Quanto ao requisito da imprescindibilidade, a BAHIAGÁS acredita que sua comprovação está bastante vinculada à justificativa da necessidade de contratação e de escolha dos requisitos técnicos, ambas apresentadas no documento Memorial Descritivo, já citado anteriormente.

Nos itens 9.3.1.1 e 9.3.1.2 do Memorial Descritivo, abaixo transcritos, estão as justificativas para a utilização do requisito dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, ora debatidos:

“9.3.1.1. De modo a obter a condição mais vantajosa para a CONTRATANTE, relevante princípio do direito administrativo, busca-se a contratação de escritórios de advocacia que possuam experiência comprovada nas áreas do conhecimento essenciais pela empresa, considerando principalmente a sua atuação perante empresas estatais e entidades ou órgãos prestadores de serviço público.

9.3.1.2. É indispensável que os escritórios contratados possuam experiência não apenas na atuação pontual em processos (judiciais e/ou administrativos) ou consultas específicos, mas experiência na gestão de carteira de processos e consultivo com determinado volume de demanda, onde se comprova a capacidade de gerir, de modo simultâneo, demandas com diversidades de prazos, matérias e importância para o cliente”.

Como informado anteriormente, o item “3. Justificativa” do Memorial Descritivo (p. 41-44, Edital de Licitação nº 0082/2020), apresenta uma robusta argumentação acerca das nuances da atuação da BAHIAGÁS, das suas particularidades enquanto sociedade de economia mista concessionária de serviço público de natureza essencial, e seus desafios diante de um novo momento em seu mercado.

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

Por consequência, seria absolutamente ineficiente uma contratação de prestador de serviços advocatícios que não pudesse comprovar que possui experiência com atuação tanto na defesa de empresas estatais, como na defesa de entes ou órgãos prestadores de serviços públicos, porquanto cada uma dessas condições possui especificidades diversas, demandando atuações também diversas.

Era imprescindível que o futuro contratado conhecesse, de perto, as características das empresas estatais, enquanto entes que seguem regime jurídico peculiar, regidos tanto pelo Direito Público como pelo Direito Privado; assim como conhecesse as características de entes/órgãos prestadores de serviço público, em especial sua condição universal. Essa justificativa está, portanto, em linha com o quanto indicado no item 9.3.1.1. do Memorial Descritivo.

Por sua vez, a mera execução de serviços advocatícios pontuais para estatais e prestadores de serviço públicos não é suficiente para garantir a adequada contratação. Como a BAHAGÁS, por meio do Edital de Licitação nº 0082/2020, objetiva contratar prestador de serviços e a ele repassar a gestão simultânea de, aproximadamente, 102 (cento e dois) processos, os quais contém um rol de matérias, prazos e relevância absolutamente diverso, não é adequado compreender que aqueles que prestaram serviços pontuais a estatais e prestadores de serviço públicos, ou que possuam com elas a gestão de número de processos ínfimo, sejam habilitáveis para participar do certame.

Foi o que levou à BAHAGÁS a estabelecer um número mínimo de processos conduzidos simultaneamente, de modo a exigir a comprovação de *“atuação consultiva e/ou atuação contenciosa, em carteira de processos com ao menos 50% do volume de processos a serem substabelecidos”*; o que, no caso do Edital de Licitação nº 0082/2020, corresponde a ínfimos 51 (cinquenta) e um processos.

Aqui, um parêntese importante: a utilização do vocábulo *“ínfimo(s)”* nos dois parágrafos anteriores (em especial no parágrafo imediatamente anterior) foi um dos principais argumentos utilizados pela 1ª Coordenadoria de Controle Externo para chegar à conclusão adotada no seu relatório, por entender que a pretensa contradição *“por si só, desqualifica a exigência numérica na medida em que está qualificado o número de processos como ínfimos”*, sendo *“despicienda a exigência*

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

de percentual, na medida em a qualificação técnica, e não operacional, de um número ínfimo de processos é o que melhor atenderia o interesse público”.

Ocorre que os termos foram empregados em frases e contextos diferentes, com objetivos também diversos, sendo que nenhum deles se revela apto a desqualificar a exigência dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020.

No primeiro dos parágrafos supracitados, ao indicar que objetivava impedir que *“aqueles que prestaram serviços pontuais a estatais e prestadores de serviço públicos, ou que possuam com elas a gestão de número de processos ínfimo, sejam habilitáveis para participar do certame”*, a BAHAGÁS buscou estabelecer a indispensabilidade da comprovação de capacidade técnica na gestão de carteira de processos, com as nuances do dinamismo e da gestão simultânea de quantitativo de processos e demandas que isso representa, de modo a tornar claro que o futuro contratado precisa possuir a capacidade técnica para gerir os 102 (cento e dois) processos, com rol de matérias, prazos e relevância absolutamente diversos, além da atividade consultiva, que serão substabelecidos pela BAHAGÁS.

A gestão de um, cinco, dez ou quinze processos simultâneos em nada se aproxima da gestão do número de processos e do volume de consultoria que é objeto desta demanda, representando um percentual bastante baixo do volume de processos a ser substabelecidos, de modo que o termo “ínfimo” se mostra adequado neste contexto.

Por sua vez, ao indicar que a exigência dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020 corresponde a *“ínfimos”* 51 (cinquenta e um) processos, a BAHAGÁS não buscou descaracterizar os itens em questão ou mesmo a própria exigência, mas adjetivar o volume de processos cuja comprovação é exigida em comparação ao que corriqueiramente se executa em contratos de prestação de serviços de mesma espécie.

Os 51 (cinquenta e um) processos exigidos por meio dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020 representam, sim, uma carteira de processos com cuja gestão se configura suficiente para comprovar o dinamismo e da atuação simultânea em quantitativo de processos com rol de matérias, prazos e relevância,

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

além da atividade consultiva, que a BAHAGÁS entende como necessários para o objeto da prestação dos serviços que pretende contratar.

De igual modo, considerando o formato dessa prestação de serviços no mercado, uma carteira com 51 (cinquenta e um) processos é considerada pequena, porquanto aqueles que possuem contratos dessa natureza recebem quantidade muito maior de processos do que a exigida.

É dizer, para os prestadores de serviço que são capazes de comprovar a condição de capacidade técnica supracitada, o volume de processos exigido é, realmente, mínimo, ínfimo. Caracteriza-se, pois, como um requisito mínimo, como exigido pela legislação, já que todos os que efetivamente já atuaram em prestação de serviços similares fatalmente gerenciaram carteira de processos muito maior.

Por esta razão, não há como considerar a exigência como desnecessária ou limitadora da concorrência, uma vez aqueles que efetivamente possuem a capacidade técnica de cumpri-la o farão com facilidade. E assim o fizeram.

Dos licitantes que participaram da fase de competição do Edital de Licitação nº 0082/2020 e tiveram seus documentos de habilitação analisados, todos aqueles que cumpriram o requisito dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020 foram capazes de apresentar atestados que superaram bastante o volume mínimo de processos exigido (PAULA GAMA - SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, NOLASCO SOCIEDADE DE ADVOGADOS e ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA BARACHISIO LISBOA). De igual modo, aqueles que não se mostraram capazes de cumprir o item foram desclassificados não em razão do volume de processos, mas por conta da natureza jurídica das empresas/órgãos que forneceram os atestados, já que não se configuravam como empresas estatais e/ou prestadores de serviço público (CASSIANO PIRES VILAS BOAS SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA e ESCRITORIO DE ADVOCACIA AURELIO PIRES).

Os documentos em anexo, atestados apresentados por cada um dos cinco licitantes cujos documentos de habilitação foram analisados, são capazes de comprovar as afirmações acima **(ANEXO 02)**.

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

Ao cabo, é preciso que se indique que o percentual acima indicado, de 50% (cinquenta por cento) do volume de processos a serem substabelecidos, somente foi adotado por representar o percentual máximo permitido pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Senão, vejamos:

1 - É ilícita a exigência de número mínimo de atestados de capacidade técnica, assim como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% dos quantitativos dos bens ou serviços pretendidos, a não ser que a especificidade do objeto recomende o estabelecimento de tais requisitos. Representação formulada por empresa acusou possíveis irregularidades no edital da Tomada de Preços n. 05/2011, do tipo técnica e preço, promovida pelo Conselho Regional de Corretores de Imóveis da 2ª Região – Creci/SP, que tem por objeto a contratação de serviços de elaboração de projetos de execução da obra de reforma e adaptação da sede da entidade. O relator, em consonância com a unidade técnica, considerou configurada ilicitude nos requisitos para demonstração de capacitação técnica das licitantes. O edital exigiu a apresentação de dois atestados ou declarações de capacidade técnica, devendo, cada um deles, conter “quantitativos mínimos de serviços de elaboração de projeto arquitetônico, compatíveis e pertinentes com o objeto da licitação (8.000 a 12.000 m²), com área construída não inferior a 4.000 m²”. Ressaltou que a jurisprudência do Tribunal aponta no sentido de que “a Administração Pública deve se abster de estabelecer número mínimo de atestados de capacidade técnica, 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 administrativo da licitação”. Asseverou que, no caso concreto, tal circunstância não restou evidenciada. Além disso, a citada exigência demandava a comprovação de prévia elaboração de projetos para área de cerca de 8.000 m², que é “bem superior ao limite de 50% da área construída objeto da licitação”. Também por esse motivo, ao endossar proposta do relator, decidiu o Tribunal: I) fixar prazo ao Creci/SP para que adote providências com vistas a anular a Tomada de Preços n. 05/2011; II) determinar ao Creci/SP que “abstenha-se de exigir número mínimo de atestados de capacidade técnica, bem como a fixação de quantitativo mínimo nesses atestados superior a 50% (...) dos quantitativos dos 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 administrativo da licitação”. Precedentes mencionados: Acórdãos ns. 3.157/2004, da 1ª Câmara, 124/2002, 1.937/2003, 1.341/2006, 2.143/2007, 1.557/2009, 534/2011, 1.695/2011, e 737/2012, do Plenário. Acórdão n.º 1.052/2012-

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

Plenário, TC 004.871/2012-0, rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, 2.5.2012.

Caso fosse possível exigir a comprovação de capacidade técnica em volume de processos compatível ou superior ao número que seria substabelecido, a BAHIAGÁS assim o faria, já que a exigência estaria mais próxima da realidade da prestação do serviço a ser contratado. Contudo, diante do risco de questionamentos em razão de potencial descumprimento da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a defendente optou por não se arriscar e adotar o percentual máximo permitido pela douda Corte de Contas.

Além de tudo o quanto exposto, a BAHIAGÁS possibilitou que a comprovação do requisito dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020 fosse satisfeita por meio de até 04 (quatro) atestados, admitindo-se a soma das características e quantidades dos atestados para tal comprovação, de modo que o presente requisito mínimo se tornou ainda mais fácil de ser comprovado, consoante indicado abaixo:

8.3.2.1.2.1 – A comprovação deverá ser feita mediante a apresentação de atestado(s) emitido(s) por pessoa jurídica, de direito público ou privado, em nome do escritório de advocacia, compatível(is) em características, quantidades e prazos com o objeto do contrato. Poderão ser utilizados até 04 (quatro) atestados diferentes para esse objetivo.

A toda evidência, resta cristalino que o requisito constante nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020 não representa qualquer ilegalidade. Ao revés, indica a busca, pela BAHIAGÁS, da máxima eficiência na execução das suas atividades, por meio da inclusão de requisitos de habilitação, em seus processos de contratação, com vias a garantir que o futuro contratado detenha a plena capacidade de cumprir as obrigações contratuais. Os requisitos, em especial o requisito impugnado, estão devidamente fundamentados, são imprescindíveis e pertinentes ao objeto licitado.

4. DA MANUTENÇÃO DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

Em seu relatório, a 1ª Coordenadoria de Controle Externo indicou que as razões apresentadas pela BAHIA GÁS não seriam suficientes para atestar que não houve perda de competitividade, nos seguintes termos:

“Não é o número de licitantes que participaram, que adquiriram minutas de Edital ou que se comunicaram com a Administração na busca de informações sobre o certame que caracteriza a amplitude da competitividade, mas, sim, o número de licitantes que estão habilitados e que efetivamente concorrem com suas propostas de preços para os serviços ou bens que a Administração pretende contratar, proporcionando a vantagem da contratação. Neste quesito, o item 8.3.2.1.2 do Edital nº 0082/2020, no entendimento da Auditoria, não logrou êxito.

A Administração, efetivamente, pretendeu uma melhor qualificação técnica dos participantes do certame licitatório, fez inúmeras exigências e não foi feliz em lograr êxito no seu maior objetivo, que se verifica com uma quantidade de competidores maior do que informou. A exigência contida no item 8.3.2.1.2 do Edital nº 0082/2020 mais serviu para restringir e permitir a existência da manifestação impugnante ora em análise, quando deveria melhor dimensionar a sua exigência de qualificação técnica e operacional de forma a permitir que um maior número dos que acorreram ao certame tivessem êxito em alcançar a fase seguinte, ofertando suas propostas de preços.

A Lei Federal nº 13.303/2016, que dispõe sobre o estatuto jurídico de empresas públicas e sociedades de economia mista, em âmbito Nacional, em seus arts. 31; 32, inciso II; e 42, inciso VII, letra “c”; pugnam pela vantagem competitiva das propostas e por assegurar os melhores resultados, preceitos legais estes que ficam sujeitos a um maior leque de oportunidades quando a Administração se confronta no certame com um grande número de licitantes oportunizando vantagens para a futura contratação. No caso presente, dos 24 licitantes que acorreram à licitação, somente 3 teriam cumprido as exigências dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital nº 0082/2020”.

Contudo, ultrapassadas as questões especificamente atinentes à legalidade dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, é importante destacar que o quanto exigido dos potenciais concorrentes, pela BAHIA GÁS, no Edital de Licitação nº 0082/2020, **em nenhum momento representou perda de competitividade ou direcionamento do certame**, ao contrário do que indica o Relatório (Ref. 2557790-1).

Explica-se.

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

Em decorrência da Lei 13.303/2016, as sociedades de economia mista podem, agora, estar mais voltadas para maior eficiência e produtividade. A mencionada legislação dispõe de regras flexíveis para licitações e contratações, possibilitando, desta forma, que as estatais sejam potencialmente mais ágeis. Seja na esfera Federal, Estadual ou Municipal, elas ganharam poder de competição.

A competitividade é uma exigência para que Administração Pública incentive e procure agregar à licitação o maior número possível de partes interessadas, para que, com isso, haja mais propostas, devendo escolher a que for mais vantajosa para o interesse público, procurando, sempre, igualdade entre os licitantes e eficiência durante todo o procedimento:

“Destarte, a competitividade está relacionada à legalidade, igualdade e impessoalidade, levando em consideração que, quando não são colocadas condições excessivas no edital, dirigindo ou restringindo a natureza competitiva, aumenta-se o número de partes interessadas (grifo nosso), o que estimula a disputa entre os licitantes” (PEREIRA JUNIOR et al, 2018: 241).

Em matéria de licitação e, mais especificamente, das condições ou requisitos de habitação, o que a Constituição Federal, as legislações que versam sobre licitação, os Tribunais de Contas das União e dos Estados, o Poder Judiciário e os demais órgãos de controle buscam evitar é a perda de competitividade e o direcionamento dos processos de licitação, o que a BAHIA GÁS possui plena certeza de que não ocorreu no certame.

O estabelecimento de requisitos de habilitação muitas vezes costuma, por si só, ser restritivo à competitividade, quando a sua exigência não é indispensável para assegurar a futura execução do objeto contratual, uma vez que alguns agentes de mercado conseqüentemente acabam sendo excluídos da possibilidade de contratar com a Administração. Contudo, é certo que tal exclusão é lícita quando realizada na medida do estritamente necessário - respeitando o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal - de modo a afastar aqueles que não tem condições de cumprir adequadamente o objeto a ser contratado.

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

Isto porque, consoante argumentação apresentada no tópico anterior, a proposta financeiramente mais vantajosa apresentada por prestador de serviços que é incapaz de executar o objeto do contrato nos padrões de qualidade que a Administração Pública necessita não atende ao princípio da eficiência administrativa e prejudica, de sobremaneira, a prestação do serviço público com excelência.

É dever da Administração Pública buscar a proposta mais vantajosa dentre os prestadores de serviço que comprovadamente podem executar o objeto a ser contratado, respeitando sempre parâmetros objetivos, sem limitação de concorrência ou direcionamento; e não dentre aqueles que acham que podem.

Com efeito, será aceita a restrição de competição - que é inerente a qualquer estipulação de critérios de habilitação, sejam eles técnicos, jurídicos ou econômico-financeiros - quando ela significar a maximização da eficiência da Administração Pública, mas sempre respeitando os princípios da impessoalidade e da competitividade nos procedimentos licitatórios.

No que diz respeito ao Edital de Licitação nº 0082/2020 e o seu processo de contratação, diversos foram são fatores que apontam para um certame amplamente competitivo, não se configurando a condição de habilitação presente nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, já comprovadamente legal, como a restrição irregular da competitividade.

A começar, durante a fase de cotação de preços e avaliação de mercado, foram recebidas 17 (dezesete) propostas para a execução do objeto contratual no formato como ele foi licitado, de escritórios de advocacia com sede no Estado da Bahia e fora dele. Tais escritórios apresentaram suas propostas já considerando todas as condições de habilitação técnica, jurídica e econômico-financeira que seriam exigidas na fase competitiva, de modo que já na fase preliminar da licitação não havia qualquer indício de que, de algum modo, a competitividade estava ameaçada ou o processo de escolha estivesse direcionado.

Após, optou-se por realizar a licitação em meio eletrônico, por meio do portal Licitações-e (www.licitacoes-e.com.br). Um dos motivos da escolha desse portal pela BAHIAGÁS é, justamente, sua grande abrangência nacional, que possibilita

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

ampla competitividade, já que esse é um dos portais de licitação mais utilizados e reconhecidos tanto pelos órgãos públicos, como pelos licitantes em âmbito nacional.

No dia 12 de fevereiro de 2021, o Promotor de Licitações procedeu a abertura das propostas de preços, registradas no sítio www.licitacoes-e.com.br, oportunidade em que se verificou a existência de 24 (vinte e quatro) licitantes proponentes e seus respectivos valores, correspondentes ao percentual de desconto ofertado. Segue, abaixo, a lista de participantes e seus respectivos descontos:

LICITANTES	DESC.	CLASS
PAULA GAMA - SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA	93,00%	1
NOLASCO SOCIEDADE DE ADVOGADOS	92,65%	2
CASSIANO PIRES VILAS BOAS SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA	85,00%	3
BARBOSA E LOLI SOCIEDADE DE ADVOGADOS	80,00%	4
ESCRITORIO DE ADVOCACIA AURELIO PIRES	80,00%	5
ESCRITORIO DE ADVOCACIA BARACHISIO LISBOA	80,00%	6
MACIEL ADVOGADOS	79,98%	7
RAMON CALDAS BARBOSA SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOC	77,11%	8
FERIANE, FACCIM & AZEVEDO ADVOCACIA	76,00%	9
TOSTES & DE PAULA ADVOCACIA EMPRESARIAL	69,99%	10
ADVOCACIA BARRETO DOLABELLA E FIEL	65,00%	11
MARTIGNONI E TINOCO ADVOGADOS ASSOCIADOS	62,00%	12
CARLOS ANDRADE ADVOGADOS ASSOCIADOS	60,00%	13
BARCELOS & JANSSEN ADVOGADOS ASSOCIADOS.	60,00%	14
AUDREY MAGALHAES ADVOGADOS ASSOCIADOS	55,01%	15
LASSERRE E LASSERRE ADVOCACIA E CONSULTORIA JURIDI	54,11%	16
FERREIRA E CHAGAS ADVOGADOS	50,00%	17
LAPA GOES E GOES ADVOGADOS	47,00%	18
SAAVEDRA SANDY SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA	45,00%	19
MENEZES COSTA ADVOGADOS ASSOCIADOS	40,00%	20

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

ROSI RAJAO SOCIEDADE DE ADVOGADOS	40,00%	21
DECIO FREIRE SOCIEDADE DE ADVOGADOS	31,00%	22
VERNALHA GUIMARAES & PEREIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS	20,13%	23
LIMA SOUZA SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA	3,00%	24

Dos 24 (vinte e quatro) licitantes acima elencados, 8 (oito) participantes eram do Estado da Bahia (33% do total de participantes), 7 (sete) participantes do Estado de Minas Gerais (29% do total de participantes), 2 (dois) participantes do Estado de São Paulo e mais 2 (dois) do Estado do Rio Grande do Sul (8% do total de participantes para cada Estado), além de representantes dos Estados do Espírito Santo, Goiás, Piauí, Ceará e Paraná (4% do total de participantes para cada Estado). Houve, portanto, a representação de 9 (nove) diferentes estados da federação, o que reforça a tese de que houve ampla competitividade nesse processo licitatório.

Após a fase de classificação das propostas, o Promotor de Licitações promoveu a análise sequencial, respeitando a ordem de classificação, dos documentos de habilitação dos licitantes melhores classificados, respeitando o quanto estipulado tanto no Edital de Licitação nº 0082/2020, como no Anexo II – Manual de Licitações do Regulamento de Licitações e Contratos da BAHIAGÁS:

Anexo II – Manual de Licitações do Regulamento de Licitações e Contratos da BAHIAGÁS

“Art. 47 - Após definido o valor final na negociação, o Promotor ou Comitê de Licitações promoverá a análise e avaliação dos documentos e condições de habilitação.

(...)

§ 2º. No caso de licitação que exija remessa de documentos de habilitação pelo meio eletrônico, o licitante melhor classificado será convocado a apresentar a documentação de habilitação, nos termos e no prazo previsto no instrumento convocatório ou, na falta de definição, conforme seja definido pelo Promotor ou Comitê de Licitações.”

Edital de Licitação nº 0082/2020

“10.2 O Comitê de Licitação convocará o Licitante melhor classificado para encaminhar os documentos de habilitação elencados no presente Edital, em meio eletrônico, e sua versão física para o endereço ...”

(...)

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

10.3.1 - Na hipótese de inabilitação do Licitante classificado em primeiro lugar, será adotado o mesmo procedimento estabelecido no item 9.7 deste Edital.

10.3.1.1 - Neste caso, o Comitê de Licitação examinará os documentos dos demais Licitantes, observando a ordem de classificação das propostas, até a apuração de um Licitante que atenda as condições de habilitação”.

Verifica-se, portanto, que o Regulamento de Licitações e Contratos da BAHIAGÁS e, por consequência, o Edital de Licitação nº 0082/2020, estipula como regra o que se convencionou chamar de “inversão de fases” do processo licitatório, ao realizar a fase de lances em momento anterior à fase de habilitação, de modo contrário ao que, historicamente, prevê a Lei nº 8.666/1993.

Em verdade, no Estado da Bahia, a inversão de fases já estava prevista para todos os tipos de licitação desde a reforma da Lei 9.433/2005, de modo que a BAHIAGÁS se utiliza deste expediente desde 2005, assim como todos os demais entes da Administração Pública local.

Por conta disso, foram analisados os documentos de habilitação de 05 (cinco) dos (06) seis licitantes melhores colocados acima listados, uma vez que, por motivos diversos, os cinco primeiros melhores colocados foram desclassificados, por não atenderem a um ou mais requisitos de habilitação.

O sexto licitante melhor classificado, ESCRITORIO DE ADVOCACIA BARACHISIO LISBOA, atendeu a todos os requisitos de habilitação e se sagrou vencedor do certame, tendo celebrado o contrato dele decorrente no dia 18 de maio de 2021, cuja cópia segue em anexo contendo os dados cadastrais do contratado conforme solicitado pelo TCE **(ANEXO 03)**.

Quanto à pretensa restrição de competitividade dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, é importante destacar que, dos 05 (cinco) licitantes que apresentaram os documentos de habilitação - o licitante BARBOSA E LOLI SOCIEDADE DE ADVOGADOS não apresentou documentos neste processo de licitação -, 03 (três) deles cumpriram o quanto exigido (PAULA GAMA - SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, NOLASCO SOCIEDADE DE ADVOGADOS e ESCRITÓRIO DE ADVOCACIA BARACHISIO LISBOA), e 02 (dois) apresentaram

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

atestados de forma a cumprir parcialmente o quanto solicitado (CASSIANO PIRES VILAS BOAS SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA e ESCRITORIO DE ADVOCACIA AURELIO PIRES), talvez por incompreensão da extensão da cláusula, de modo que o cumprimento da exigência é algo bastante comum.

Apenas um deles, neste ponto, foi inabilitado exclusivamente por descumprir a regra dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, conforme comprovado por meio da Ata de Julgamento que segue em anexo **(ANEXO 04)**.

Neste ponto, é importante confrontar as indicações da 1ª Coordenadoria de Controle Externo, no sentido de que a exigência de capacidade técnica dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020 teria impedido que diversos licitantes chegassem à fase de lances ou que *“dos 24 licitantes que acorreram à licitação, somente 3 teriam cumprido as exigências dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital nº 0082/2020”*.

Como visto, por ocasião da inversão de fases, somente foram analisados documentos de habilitação dos licitantes até que se identificasse, respeitada a ordem de classificação dos lances, do financeiramente mais vantajoso para o de menor vantagem, aquele licitante que fosse capaz de cumprir todas as condições impostas pelo Edital de Licitação nº 0082/2020, fossem elas de natureza jurídica, técnica ou econômico-financeira.

Além disso, reitera-se: dos 05 (cinco) licitantes que apresentaram os documentos de habilitação, 03 (três) deles cumpriram o quanto exigido nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, e os outros 02 (dois) cumpriram o item de forma parcial.

É dizer, a maioria daqueles cujos documentos de habilitação foram analisados se mostrou capaz de cumprir o requisito específico dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, e não uma minoria, como a 1ª Coordenadoria de Controle Externo, equivocadamente, acredita ter acontecido.

Por fim, outra grande prova de que houve elevada competitividade pode ser verificada por meio do resultado final do processo de licitação. O licitante vencedor,

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

ESCRITORIO DE ADVOCACIA BARACHISIO LISBOA, ofertou desconto de 80% (oitenta por cento) sobre o valor orçado pela BAHAGÁS, de modo que o processo logrou êxito em obter a proposta mais vantajosa para a Administração.

Para além disso, os outros dois licitantes que haviam cumprido corretamente o requisito específico dos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, caso não fossem inabilitados por descumprimentos outros, teriam celebrado contratos com descontos de 93% (PAULA GAMA - SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA) e 92,65% (NOLASCO SOCIEDADE DE ADVOGADOS), o que mais uma vez comprova que a presença da citada condição de habilitação em nada prejudicou a competitividade do certame.

Logo, está mais do que evidente que, não apenas os itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 no Edital de Licitação nº 0082/2020, mas todas as suas exigências de natureza técnica, jurídica ou financeira, não representaram perda de competitividade ou direcionamento do certame, estando todas elas, em especial as exigências técnicas, devidamente justificadas no processo administrativos, sendo imprescindíveis e pertinentes ao objeto licitado.

5. DA CONCLUSÃO E DO PEDIDO

Diante da comprovada licitude e obediência aos preceitos legais demonstradas pela BAHAGÁS na condução do certame realizado por meio do Edital de Licitação nº 0082/2020, não se verifica motivos para declarar a ilegalidade da exigência de comprovação de capacidade técnica presente nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do mencionado instrumento convocatório, seja porque tal exigência está revertida de legalidade – diante da presença de justificativa, pertinência para com o objeto da licitação e imprescindibilidade -, seja porque restou comprovada também a manutenção da competitividade do certame, além da inexistência de direcionamento.

Nesse diapasão, observa-se que a presente defesa respondeu a todos os argumentos formulados pela 1ª Coordenadoria de Controle Externo desta nobre Corte de Contas e pelo impugnante Escritório de Advocacia BEZERRA & DUARTE

Processo TCE/000809/2021 (eletrônico)
Notificação nº 001572/2021

ADVOCACIA E CONSULTORIA, instruindo seus fundamentos com a pertinente documentação que respaldou os atos jurídicos realizados.

Assim é que, diante de todo o exposto, a BAHIAGÁS requer que seja julgado improcedente o achado e a determinação de não utilização da exigência de comprovação de capacidade técnica presente nos itens 8.3.2.1.2 e 8.3.2.1.2.1 do Edital de Licitação nº 0082/2020 em outros certames (Ref.2557790-6).

Protesta, por derradeiro, provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente a apresentação de documentos, sem prejuízo da oitiva dos empregados da BAHIAGÁS envolvidos no processo, caso a Corte de Contas ou o órgão julguem necessário.

Por fim, reiteramos as minhas considerações a esta Distinta Corte de Contas, colocando-me à disposição para os esclarecimentos necessários.

Nesses Termos,

Pede e espera Deferimento.

Salvador, 24 de agosto de 2021

Luiz Raimundo Barreiros Gavazza
Diretor-Presidente da BAHIAGÁS

LISTA DE ANEXOS

- ANEXO 01 – Estatuto Social da BAHIAGÁS**
- ANEXO 02 – Atestados de Capacidade Técnica dos Licitantes**
- ANEXO 03 – Contrato ESCRITORIO DE ADVOCACIA BARACHISIO LISBOA**
- ANEXO 04 – Atas de Julgamento dos documentos de Habilitação**

Quadro de Assinaturas

Este documento foi assinado eletronicamente por:

Luiz Raimundo Barreiros Gavazza
Responsável - Assinado em 24/08/2021



Sua autenticidade pode ser verificada no Portal do TCE/BA através do QRCode ou endereço <https://www.tce.ba.gov.br/autenticacaocopia>, digitando o código de autenticação: MXODQXMZMZ