

Edital CO.IBER Nº 002/2016

ESCLARECIMENTOS Nº 05 – EDITAL DE LICITAÇÃO DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA CO.IBER Nº 002/2016

A Comissão Especial de Licitação da ITAGUAÇU DA BAHIA ENERGIAS RENOVÁVEIS S.A. – IBER – torna público os questionamentos ao Edital realizados por empresas interessadas com suas respectivas respostas:

Pergunta 1: Solicitamos esclarecer o objetivo pretendido no parágrafo 29.1 do MODELO DE CONTRATO DE FORNECIMENTO:

A) a Contratada estaria impedida de resolver o contrato (ou de interromper quaisquer atividades?) do contrato alegando o inadimplemento das Contratantes, com o pagamento atrasado por mais de 90 dias como única exceção?

B) Em combinação com juros de mora abaixo dos juros de captação prevalentes no mercado, e a sistemática de pagamento que pode levar ao prazo de 60 dias entre a conclusão do marco e o efetivo desembolso, essa condição penaliza muito a Contratada.

Resposta 1:

Letra “A” da questão: Não. O art. 78 da Lei nº 8.666/93 prevê as hipóteses que autorizam a rescisão unilateral, a resolução ou a rescisão do contrato.

Letra “B” da questão: A aplicação de juros de mora previstos no contrato observam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, em linha com precedente do Tribunal de Contas da União, expresso no Acórdão nº 1.334/2002 - Plenário, no qual se determina que se “utilize, na fixação de juros moratórios por eventuais atrasos de pagamento de obrigações contratuais, de acordo com o artigo 40, inciso XIV, da Lei no 8.666/1993, taxas que não envolvam correção monetária e que não sejam onerosas para o Erário nem inexpressivas para o particular contratado, computadas de forma simples (e não composta) e proporcional aos dias efetivos de mora”.

Pergunta 2: Solicitamos esclarecer a interpretação pretendida para o parágrafo 29.2 do MODELO DE CONTRATO DE FORNECIMENTO, que tange a suspensão do contrato pela Contratada, mas veda a aplicação sem prévia autorização judicial do inciso IX do Artigo 78 do lei 8666, que se refere exclusivamente à suspensão pela Administração.

Poderiam esclarecer em que casos o inadimplemento das Contratantes de fato daria causa a suspensão ou a rescisão pela Contratada? Acreditamos que isso não está claro no modelo

Resposta 2: O art. 78 da Lei nº 8.666/93 prevê as hipóteses que autorizam a rescisão unilateral, a resolução ou a rescisão do contrato. A Cláusula 29, item 29.2, do mencionado contrato, prevê o seguinte: “É vedada a suspensão do contrato a que se refere o art. 78, XIV, da Lei nº 8.666/93, pela Contratada, sem a prévia autorização judicial”. Assim, faz-se necessário prévia autorização judicial para a suspensão ou rescisão, em linha com o art. 79, inciso III, da Lei nº 8.666/93, caso ocorra duas hipóteses concomitantes, decorrentes de fato da administração, a saber: a) ordem escrita da Contratante; e b) prazo superior a 120 (cento e vinte) dias ininterruptos ou intercalados.

Pergunta 3: Com relação ao MODELO DE CONTRATO DE FORNECIMENTO anexo ao Edital CO.Iber.002.2016, a nossa avaliação é que o efeito prático do inciso (f) do parágrafo 33.3 efetivamente anula a proteção do Limite de Responsabilidade para a Contratada, uma vez que qualquer ato ilícito da Contratada, mesmo que sem dolo ou culpa grave, daria causa a

desconsideração do mesmo. A administração estaria disposta a rever isso? Do contrário, apenas a Contratante será protegida, o que nos parece extremamente desbalanceado.

Resposta 3: A cláusula em referência já foi objeto de revisão e não sofrerá alterações. A alínea “f” do item 33.4, da Cláusula 33 [o item 33.3 não possui alínea “f”], ao dispor sobre o *Limite de Responsabilidade para a Contratada* coaduna com o art. 54, *caput*, da Lei nº 8.666/93, pois não cabe a um contrato administrativo limitar o previsto no Código Civil em vigor. Outrossim, a alínea “f” não trata de qualquer ato ilícito, enfatizando, ainda, aqueles praticados com culpa ou dolo da Contratada.

Pergunta 4: Conforme disposto no item 2.2 do Anexo I, do Edital, a Licitante deve propor um *layout* que atenda à produção de energia ali informada. Este *layout*, então, será avaliado por empresa estranha à IBER, qual seja, a DNV-GL, que utilizará seu próprio critério de cálculo de incertezas e perdas por efeito esteira, de forma a se calcular a energia com 90% (noventa por cento) de probabilidade de ser igualada ou superada (P90). Ocorre que:

- i) Estes critérios não são de conhecimento público, podendo prejudicar ou beneficiar um ou outro proponente, razão pela qual o critério de cálculo de incertezas e perdas por efeito esteira deve ser público e apresentado desde já;
- ii) Não se sabe as razões para a escolha da DNV-GL em detrimento de outras existentes no mercado, o que deve ser esclarecido desde já;
- iii) Os critérios a serem utilizados por essa empresa não estão claros, quando já deveriam ter sido divulgados, haja vista a prevalência do princípio da publicidade.

Diante destes fatos, percebe-se que os critérios que serão utilizados para cada um dos proponentes, após a abertura dos seus envelopes, não restam claros, podendo ocorrer notória divergência, não sendo adequado fazer a presente concorrência com omissão a este critério, de natureza totalmente técnica (produção de energia por uma entidade certificadora), em uma só etapa, como se para a presente concorrência fosse relevante apenas o preço.

Assim, resta claro que a presente concorrência deveria se dar na modalidade “técnica e preço”, em respeito à sua natureza e aos preceitos da Lei nº 8.666/93 (art. 45, §1º, III).

Dessa forma, solicita-se a expressa manifestação da IBER quanto aos termos aqui lançados, devendo esta adotar a modalidade “técnica e preços” para a presente concorrência, e não apenas “preço”, como definido na cláusula 4 do Edital, sob pena de violação da lei de regência.

Resposta 4: A metodologia de cálculo da energia P90 será idêntica para todos os proponentes. Os critérios de cálculo de incertezas e perdas por efeito esteira poderão ser diferentes para cada proponente, pois dependem diretamente do layout proposto, o qual só será conhecido quando da abertura da proposta técnica-comercial de cada um. Isto posto, não concordamos com a afirmativa de que já deveriam ser conhecidos no momento de publicação do Edital. O Edital em questão foi submetido à Audiência Pública e exaustivamente discutido sob todos os aspectos técnicos, comerciais e jurídicos, com os diversos agentes do mercado, até sua publicação definitiva. As argumentações apresentadas não justificam a alteração da modalidade de licitação para “técnica e preço”, restando claro aos interessados que a proposta vencedora será aquela que apresentar o menor preço de custo de energia comercializada (R\$/MWh médios). O tipo licitatório “menor preço” ostenta preferência legal, conforme a doutrina do Subprocurador-Geral do Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas da União, Dr. Lucas Rocha Furtado (in Curso de Licitações e Contratos Administrativos: Teoria, Prática e Jurisprudência, São Paulo, Atlas, 2001, p. 126). Deste modo, segue-se o disposto no art. 45, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93. Por outro lado, a adoção do tipo

“técnica e preço” apenas se faz juridicamente possível caso preenchido os requisitos definidos no art. 46 da Lei nº 8.666/93, o que não ocorre no presente certame.

Quanto à escolha da DNV-GL, inicialmente ressaltamos que se trata de prerrogativa exclusiva da IBER. Adicionalmente informamos que os critérios que resultaram na escolha da DNV-GL levaram em conta consulta ao mercado com as 5 (cinco) grandes certificadoras, membros da MEANSNET, resultando a proposta da DNV-GL a vencedora, empresa esta reconhecida no mercado nacional e internacional e credenciada junto à ANEEL, ao BNDES e à EPE, exemplificativamente. Destacamos ainda que sua participação no processo de análise das propostas já estava definida desde a chamada para a primeira Audiência Pública, não tendo sido contestada por nenhum Licitante até o presente momento.

Relativamente aos critérios utilizados pela DNV-GL, por ser tratar de uma licitação pública, serão observados os princípios legais, em especial o da publicidade, com a divulgação de todos os atos praticados.

Pergunta 5: Por sua vez, o item 2.7 do Edital também prevê que os proponentes devem considerar em suas propostas, visando atender aos montantes de energia conforme estabelecido no Anexo I do Edital, as restrições indicadas no projeto básico/arranjo geral e no mapa, no tocante às áreas de preservação permanente, podendo, para tanto, propor arranjos alternativos.

Veja que o Anexo I do Edital determina que cada proponente deve apresentar um estudo indicando a Produção Esperada sobre a Série de Ventos de Longo Termo para as condições dadas pela IBER.

Conclui-se, daí, que o próprio Edital reconhece que o bem a ser contratado demanda toda uma técnica para que seja então respeitada a energia contratada e a potência instalada máxima.

Ora, a teor do art. 46, §2º, neste caso, é de obrigatoriedade à observância ao art. 46, §1º, I, que diz que *“serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução”*.

Mais uma vez, portanto, resta claro que a presente concorrência deveria se dar na modalidade “técnica e preço”, em respeito à sua natureza e aos preceitos da Lei nº 8.666/93 (art. 45, §1º, III). Cada proponente detém sua própria tecnologia, e os produtos oferecidos no mercado são muito distintos entre si, o que demonstra claramente que a técnica é fundamental neste certame, pois, por exemplo, a altura das máquinas, a distância entre uma e outra, o próprio número de equipamentos e a capacidade de produção de cada turbina etc., variará de proponente para proponente, razão pela qual cada um terá um estudo diferente indicando a Produção Esperada sobre a Série de Ventos de Longo Termo para as condições dadas pela IBER.

Dessa forma, solicita-se a expressa manifestação da IBER quanto aos termos aqui lançados, devendo esta adotar a modalidade “técnica e preços” para a presente concorrência, e não apenas “preço”, como definido na cláusula 4 do Edital, sob pena de violação da lei de regência.

Resposta 5: O tipo licitatório “menor preço” ostenta preferência legal, conforme a doutrina do Subprocurador-Geral do Ministério Público Junto ao Tribunal de Contas da União, Dr. Lucas Rocha Furtado (in *Curso de Licitações e Contratos Administrativos: Teoria, Prática e Jurisprudência*, São Paulo, Atlas, 2001, p. 126). Deste modo, segue-se o disposto no art. 45, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93. Por outro lado, a adoção do tipo “técnica e preço” apenas se faz juridicamente possível

caso preenchido os requisitos definidos no art. 46 da Lei nº 8.666/93, o que não ocorre no presente certame. Ressaltamos mais uma vez que estamos comprando uma solução de máquinas (*layout*) que atenda aos requisitos energéticos estabelecidos no Termo de Referência (Anexo 1) do Edital pelo menor preço. Finalmente, sobreleva frisar que não estamos classificando os *layouts*, apenas verificando aqueles que atendem ou não às condições energéticas exigidas. Esta verificação será efetuada pela DNV-GL, conforme já estabelecido no Edital e enfatizado na Resposta 1 acima, sem classificá-las. Isto posto, não concordamos com os argumentos apresentados.

Pergunta 6: Ainda em análise do Edital e de toda a documentação que o compõe, verifica-se a inexistência de apontamento dos recursos que serão utilizados pela IBER para arcar com o contrato, situação que caracteriza clara violação ao art. 7º da Lei 8.666/93.

Diante deste cenário, solicita-se o esclarecimento da IBER quanto a este ponto, devendo esta proceder à regularização do presente certame, com a alteração do Edital e a expressa indicação dos recursos que serão utilizados pela IBER para arcar com o contrato, para que seja cumprida a obrigação prevista no referido art. 7º da Lei 8.666/93, sob pena de inegável afronta as normas de regência e nulidade do próprio certame.

Resposta 6: Quanto à “indicação dos recursos que serão utilizados pela IBER para arcar com o contrato” reporta-se ao previsto no item 3, subitens 3.1 e 3.2 do Edital CO.IBER.002.2016. No mais, no que aplicável ao caso, assevere-se que art. 7º, seus incisos e parágrafos, da Lei nº 8.666/93, foram plenamente observados no presente certame.

Pergunta 7: Conforme se infere da Minuta de Contrato de Fornecimento (Anexo IX do Edital), havendo atraso em qualquer pagamento pela IBER, sob o montante não liberado indevidamente ou em atraso, incidirá multa de 1% e será acrescido juros de mora de 3% ao ano, *pro rata die* e correção monetária pela variação de IPCA no período, contados a partir do vencimento do documento de cobrança até a data do seu efetivo pagamento.

Esta penalidade é muito inferior a taxas praticadas no nosso país, permitindo que a IBER possa ter um “financiamento de curto prazo” com o proponente, a taxas abaixo de mercado, à medida que inadimplir pagamentos.

Por outro lado, prejudicará também o fluxo de caixa do proponente, que potencialmente precisará recompor seu fluxo a taxas maiores do que as que serão devidas pela IBER.

Essa situação inclusive poderia ser vista como um incentivo para que a IBER atrase efetivamente os pagamentos, obtendo no proponente um credor a juros mais atrativos.

Diante deste fato, indaga-se à IBER a improcedência desta situação e a sua nulidade, ante ao incentivo antijurídico que cria, colocando o proponente em extremo desequilíbrio contratual, violando os princípios que regem os contratos administrativos, sobretudo do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Resposta 7: O regime jurídico dos contratos administrativos autoriza a previsão a que se faz referência. Os percentuais e índices utilizados são razoáveis, proporcionais e muito comuns em contratos administrativos. Por outro lado, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato dar-se-á conforme os mecanismos legais pertinentes.

Pergunta 8: Também conforme se infere do Edital e de toda a documentação que o compõe, percebe-se que a IBER não apresenta Garantia de sua principal obrigação contratual, que é o pagamento tempestivo dos eventos.

Diante deste fato, novamente verifica-se violação ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que é fundamental para ambas as Partes, de maneira que se faz essencial que a IBER apresente garantias (através de seguros de primeira linha ou fianças) de que terá condição de honrar os pagamentos que deverão ser feitos sob o Contrato de Fornecimento, haja vista a complexidade do tema. Tal condição espelha as garantias de adiantamento solicitadas pela IBER, e tem a mesma natureza jurídica.

Diante deste cenário, solicita-se o esclarecimento da IBER quanto a este ponto, e a alteração do Edital, para que seja uma obrigação infastável da IBER a apresentação de Garantia de pagamento, sob pena de expressa violação ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Resposta 8: O regime jurídico dos contratos administrativos autoriza a previsão a que se faz referência. Por outro lado, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato dar-se-á conforme os mecanismos legais pertinentes. *In casu*, sobreleva ressaltar que o instrumento contratual prevê, inclusive, adiantamentos em percentual considerável, não se podendo levantar a tese de que a futura Contratada estará desprotegida na relação contratual em questão.

Pergunta 9: Por fim, o Edital demanda em sua Cláusula 10.4.1, b, Nota 1, ii, a publicação de balanço para empresas limitadas, o que contraria a legislação acerca desta modalidade.

Ora, ainda que a Lei 11.638/07, em seu art. 3º, imponha às sociedades limitadas de grande porte à observância da Lei 6.404/76, esta em nenhum momento exige que tais sociedades procedam à publicação de seus balanços, mas refere-se a outros aspectos da norma que rege as sociedades anônimas.

Como se sabe, a publicação dos balanços tem efeito nas sociedades anônimas, já que por sua própria natureza, não se tem o conhecimento acerca de quem são todos os seus acionistas, servindo a publicação do balanço como medida de se dar publicidade a todos eles.

Já as limitadas, ao seu turno, não vivenciam situação semelhante, uma vez que o número de sócios é pequeno e todos são conhecidos, o que torna totalmente possível buscar-se aos sócios, um a um, e dar-lhes publicidade acerca do balanço.

Os tribunais brasileiros, aliás, já assentaram este entendimento por diversas vezes, conforme se infere da recente decisão do TRF da 1ª Região, seção Judiciária do Estado de Minas Gerais, quando da análise do processo nº 0006378-91.2016.4.01.3800, em trâmite perante a sua 14ª Vara Federal.

Portanto, em vista da improcedência da presente exigência do Edital, deve a IBER proceder com a alteração do Edital, a fim de se afastar a presente exigência e a violação ao tema.

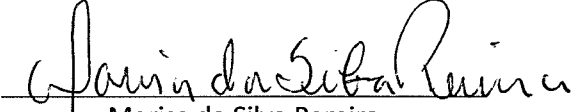
Feitas estas indagações, devidamente fundamentadas, solicita-se os esclarecimentos e a adoção das providências necessárias pela IBER, com as devidas alterações do Edital, que, aliás, e em respeito ao determinado na Lei 8.666/93, deve ser republicado para, adequando-se aos pontos aqui levantados e adotando-se a modalidade de “técnica e preço”, respeite ainda o prazo de quarenta e cinco dias entre a sua publicação e o recebimento das propostas, conforme previsto no art. 21, i, b.

Resposta 9: A documentação relativa à qualificação econômico-financeira prevista no item 10.4.1, alínea “b”, Nota 1, inciso “ii”, do Edital CO.IBER.002.2016 coaduna-se com o disposto no art. 31 da Lei nº 8.666/93. A hipótese da publicação de demonstrações financeiras por parte de uma

sociedade limitada de grande porte, na forma da Lei nº 6.404/76, modificada pela Lei nº 11.638/07, não é vedada. Ademais, de todo modo, seguir-se-á neste excepcional caso a dicção do inciso I, do art. 31, da Lei nº 8.666/93, no que se refere às documentações “exigíveis e apresentadas na forma da lei”, em prestígio aos princípios da competitividade e legalidade.

Esclarecidos todos os pontos acima, não há motivos em promover qualquer alteração no Edital, sendo mantidas, portanto, as suas disposições e cronograma.

Rio de Janeiro, 04 de janeiro de 2017.


Marisa da Silva Pereira
Presidente da Comissão de Licitação da IBER