

GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE

PEDIDO DE ESCLARECIMENTOS - 06

CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 02/2021

COMUNICADO

CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL:02/2021

PROCESSO Nº 30.679/2021

OBJETO: Concessão de Uso de Bem Público à pessoa jurídica de direito privado que se responsabilizará pelas atividades de realização de investimentos, conservação, operação, manutenção e exploração econômica dos Parques Urbanos Dr. Fernando Costa – Água Branca, Cândido Portinari e Villa-Lobos. Informamos que foi recebido pedido de esclarecimentos em relação a presente licitação:

1. Documento: Edital, Item 13.16.

Dispositivo, item ou conteúdo da minuta:

“13.16. A LICITANTE deverá comprovar, por meio do balanço patrimonial indicado no item 13.14, incisos III e IV, que, na data de encerramento do exercício social indicada no balanço patrimonial, possuía patrimônio líquido de, no mínimo, R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais), observadas as regras específicas dos itens 13.21 e 13.22 para entidades abertas ou fechadas de previdência complementar e fundos de investimento”.

Pedido de esclarecimento: O edital exige, em seu item 10.9.1. a apresentação de uma GARANTIA DE PROPOSTA, conforme temos:

10.9.1. A GARANTIA DA PROPOSTA deverá ser apresentada em sua via original e uma cópia autenticada, exceto nos casos de seguro-garantia e títulos da dívida pública emitidos digitalmente, nos quais deverá ser apresentada uma cópia impressa da via digital, observadas as regras específicas sobre aporte de títulos públicos, constantes do MANUAL DE PROCEDIMENTOS DA B3.

O comando é também disciplinado pelo item 12.1.:

12.1. Em garantia ao cumprimento da obrigação de firmar futuro instrumento contratual, bem como das demais obrigações assumidas em razão de sua participação na LICITAÇÃO, a LICITANTE deverá prestar GARANTIA DE PROPOSTA no valor correspondente a, no mínimo, R\$ 902.000,00 (novecentos e dois mil reais), com prazo de validade de 180 (cento e oitenta) dias, contados da data marcada para a SESSÃO PÚBLICA, observados os itens 12.8.1, 12.8.2 e 12.11 deste EDITAL.

O item 16.5. do Edital, de sua parte, regra os procedimentos prévios à assinatura do contrato pela empresa homologada, estabelecendo, dentre outras, a obrigação de demonstrar de forma prévia à assinatura do Contrato de Concessão:

16.5. Previamente à assinatura do CONTRATO, a ADJUDICATÁRIA deverá, em até 07 (sete) dias úteis anteriores:

II. ter integralizado o capital social da SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO, em moeda corrente nacional, no valor mínimo estabelecido no CONTRATO e no ANEXO IX;

III. ter efetuado, por intermédio próprio ou da SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO já constituída, o depósito do valor bruto da OUTORGA FIXA prevista em sua PROPOSTA DE PREÇO ou, se o caso, ao final da fase de lances, devidamente atualizada pela variação do IPC/FIPE, entre o mês anterior à data base de [-] e o mês anterior ao do efetivo pagamento, na conta bancária a ser indicada pela SECRETARIA DE ESTADO DE INFRAESTRUTURA E MEIO AMBIENTE; IV. ter contratado a GARANTIA DE EXECUÇÃO, no valor mínimo de [-], data-base de [-], devidamente atualizado por meio da aplicação da variação do IPC/FIPE ocorrida entre o mês anterior à data base da PROPOSTA e o mês anterior ao da assinatura do CONTRATO

O que se observa dos comandos do Edital é que o Poder Concedente se vê garantido por parte do licitante, durante a fase de licitação, pelo Seguro Garantia, e mesmo antes da assinatura do contrato de concessão, pela apresentação de garantia contratual e, ainda mais, pela integralização do capital social da Sociedade de Propósito Específico (para além do pagamento da outorga fixa).

Surge daí que a exigência de apresentação de um “Patrimônio Líquido” mínimo não serve a nenhum outro propósito senão o de restringir o universo de potenciais licitantes, fato este agravado pela dificuldade de se formar um Fundo de Investimento específico para esta concessão em questão (objeto da pergunta seguinte).

Para além de tudo o que se disse, ainda há o fato de que a jurisprudência pátria tem entendido que a exigência do Patrimônio Líquido é UMA das possibilidades previstas em lei, em caráter alternativo, ou seja, não admitindo cumulação.

Veja-se a redação da lei federal nº 8.666/93, em seu artigo 31:

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de

comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

Ora, ciente de que o Edital já exige a apresentação de uma Garantia de Proposta, o que se nota é que há aqui acúmulo indevido de mecanismos de segurança da Administração, exigindo-se garantia de proposta E comprovação de Patrimônio Líquido Mínimo, o que não é permitido em lei.

A redação do texto legal é clara ao indicar a faculdade da administração de exigir UMA das três modalidades, vale repetir, exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei.

Interessante artigo de Rodrigo Soares de Azevedo trata bem do tema à Luz da orientação do Egrégio Tribunal de Contas da União:

A EXIGÊNCIA CONCOMITANTE DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO E GARANTIA CONTRATUAL

334 – Não viola o art. 31, § 2º, da Lei 8.666/1993 o edital da licitação exigir comprovação de patrimônio líquido mínimo pelo licitante, para fins de qualificação econômico-financeira, concomitantemente com previsão de prestação de garantia contratual (art. 56) pelo contratado. Afronta aquele dispositivo legal a exigência simultânea de patrimônio líquido mínimo e de garantia de participação na licitação (art. 31, inciso III) como requisitos de habilitação. O TCU apreciou processo de representação a respeito de supostas irregularidades em pregão eletrônico para registro de preços promovido pela Eletrobrás, cujo objeto era a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de administração do benefício auxílio alimentação. A primeira representante alegara “que a estatal não poderia exigir, no edital de licitação, comprovação de patrimônio líquido (PL) mínimo cumulado com compromisso de futura prestação de garantia contratual, eis que: (i) essa cumulação é vedada pela legislação (inciso III c/c § 2º do art. 31 da Lei 8.666/1993); e (ii) a soma do valor do PL com o da garantia, no caso concreto, superaria o limite de 10% do valor estimado para a contratação (§ 3º do art. 31 da Lei 8.666/1990). Além disso, a exigência de PL no valor de R\$ 42 milhões implicaria, dado o vulto, em restrição ao caráter competitivo da licitação (inciso I do § 1º do art. 3º da Lei 8.666/1993)”, e pedira a concessão de medida cautelar para suspensão do certame. A segunda representante apontara supostas irregularidades na não realização da audiência pública prevista no art. 39 da Lei 8.666/1993 e no não parcelamento do objeto. Na apreciação

preliminar, decidiu o relator em expedir a cautelar em razão de suposta irregularidade no cálculo do valor estimado da contratação, que definiria o valor exigível de patrimônio líquido, o montante da garantia de execução e a obrigatoriedade ou não de audiência pública prévia. Quanto à exigência concomitante de patrimônio líquido mínimo e de garantia de execução, entendeu o relator, na ocasião, não existir irregularidade. Para ele, “a representante demonstra confusão entre os dois tipos de garantia previstos na Lei 8.666/1993: a garantia de participação e a garantia de execução. De fato, o art. 31, §2º, da citada lei veicula as possíveis exigências para qualificação econômico-financeira no certame, e que não podem ser cumuladas quais sejam: capital mínimo, patrimônio líquido mínimo ou prestação de garantias. Já os arts. 55, inciso VI, e 56 do mesmo diploma tratam da possibilidade de exigência de prestação de garantias para a execução do contrato, que nenhuma relação guarda com a apresentação de garantia de participação, mesmo porque os objetivos dessas garantias são distintos, vez que uma se destina a comprovar a capacidade financeira para adimplir a contrato futuro, e outra se destina a assegurar a entrega do que já está contratado. Note-se que a própria disciplina dessas garantias é distinta. Enquanto o art. 31, inciso III, dispõe que a garantia de participação se limita a 1% do valor estimado do objeto da contratação, o art. 56, § 2º, assevera que a garantia de execução não excederá 5% do valor do contrato. Deve-se ainda verificar que o art. 5º da Lei 10.520/2002 veda a exigência de garantia de proposta, mas nada trata sobre a garantia de execução, no que resta aplicável o disposto na Lei 8.666/1993”. Na apreciação do mérito da matéria, reafirmou o relator seu posicionamento inicial quanto à inexistência de irregularidade neste ponto, mas propôs, e o Plenário aprovou, a procedência parcial da representação e a fixação de prazo para a anulação do pregão, em razão da ausência de audiência pública previamente ao certame. Acórdão 2397/2017 Plenário, Representação, Relator Ministro Aroldo Cedraz. (in <http://licitantevencedor.com.br/jurisprudencia/a-exigencia-concomitante-de-patrimonio-liquido-minimo-e-garantia-contratual/>)

No caso presente, a exigência da Garantia de Proposta aliada às exigências precedentes a assinatura do Contrato de Concessão, especificamente a apresentação de garantia contratual E comprovação de integralização do capital social da Sociedade de Propósito Específico, representa solução mais do que suficiente para assegurar à Administração a certeza de ela está protegida em caso de desistência injustificada do licitante, e terá meios para cobrar eventuais punições financeiras.

De outro bordo, a exigência do Patrimônio Líquido, ainda que fosse legalmente possível em conjunto com a Garantia para licitar, não encontra neste particular caso nenhuma justificativa, emergindo, desta feita, como mera cláusula de barreira sem nenhum ganho para a Administração.

Particularmente, como veremos na pergunta 2, para o caso de fundos de investimento e/ou fundos de investimento imobiliário especialmente criados para participar deste certame.

Por tudo isto, entendemos que a exigência de demonstração de Patrimônio Líquido não merece ser mantida, devendo a cláusula ser removida do Edital.

Está correto nosso entendimento?

Resposta: O entendimento não está correto. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que possui competência sobre o objeto da presente concessão, tem entendimento sumulado de que é possível cumular as exigências de garantia de proposta e de capital social mínimo, nos termos da Sumula nº 27 do TCE-SP, “em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência.”

Ademais, ao contrário do que afirma o requerente em seu pedido de esclarecimento, a comprovação de patrimônio líquido mínimo, que é uma condição da fase de habilitação da licitação, tem justamente a função de exigir das licitantes demonstração de capacidade econômica para executar o objeto contratual, que abrange, inclusive, a própria obrigação, posteriormente à homologação e já na condição de adjudicatária, de integralizar a parcela mínima do capital social da Sociedade de Propósito Específico que deverá ser constituída para explorar o objeto da concessão.

2. Documento: Dispositivo, inciso IV do item 13.5. cumulado com o Item 13.16.

O Edital em seu subitem IV do item 13.5. expressamente prevê a possibilidade de participação de Fundos de Investimento no certame, como temos:

IV. se a LICITANTE for um fundo de investimento, deverá apresentar os seguintes documentos:

a. comprovante de registro do fundo de investimento na Comissão de Valores Mobiliários;

b. ato constitutivo com última alteração arquivada perante o órgão competente;

c. regulamento e alterações, se houver, devidamente registrados no Cartório de Título e Documentos ou na Comissão de Valores Mobiliários, nos termos do Ofício Circular nº 12/2019/CVM/SIN;

d. comprovante de registro do administrador e, se houver, do gestor do fundo de investimento, perante a Comissão de Valores Mobiliários;

e. prova de eleição dos representantes do administrador;

f. comprovação de que o fundo de investimento se encontra devidamente autorizado pelos seus cotistas a participar do certame, por meio de autorização específica ou decorrente da política de investimento do fundo descrita em seu regulamento, e de que o seu administrador pode representá-lo em todos os atos e para todos os efeitos da LICITAÇÃO, assumindo, em nome do fundo de investimento, todas as obrigações e direitos que dela decorrerem;

g. comprovação de que o fundo e sua administradora e/ou gestora não estão em processo de liquidação judicial ou extrajudicial, recuperação judicial, falência ou outro procedimento concursal, mediante apresentação das certidões expedidas pelo Banco Central do Brasil ou pelo(s) cartório(s) de distribuição da sua sede, conforme aplicável.

A possibilidade de participação de fundos de investimento é interessante solução dada pela Administração, pois flexibiliza as possibilidades de estruturação de captação de investimento por parte dos licitantes.

Contudo, a normativa da CVM exige – e o edital espelha tal exigência – que o Fundo de Investimento seja estruturado especificamente para atender a este Edital, tendo – inclusive – expressa autorização de seus cotistas para participar do certame.

Tal permissão não é possível de se obter em fundos tradicionais do mercado pois sua constituição – e captação de recursos – já foi feita com parâmetros originais cuja alteração é difícil senão impossível dentro dos prazos usuais de um certame público.

O mais usual e correto é que um fundo seja especificamente constituído para participar do certame, prevendo regras de captação junto ao mercado de recursos exclusivamente para atender ao objeto a ser contratado.

Todavia, em tal cenário, dificilmente – para não dizer que é impossível – terá o fundo patrimônio líquido de R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais).

E menos provavelmente ainda seria possível ter balanço já consolidado e publicado de tal cenário, pois que o fundo não seria constituído no ano de 2021 para “eventualmente” participar de um certame futuro e incerto.

Pedido de Esclarecimento: Dentro deste contexto, entendemos que, caso a resposta para o quesito número 1 seja negativa, o item 13.16. não seria aplicável para Fundos de Investimento, bastando a estes apresentar a Garantia de Proposta (e demais documentos exigíveis pelo Edital) para se habilitar.

Está correto nosso entendimento?

Resposta: O entendimento não está correto. Em primeiro lugar, não há no Edital exigência de que o fundo de investimento tenha sido constituído especificamente para participar do certame, bastando que, nos termos da alínea “f” do inciso IV do item 13.5 do Edital, o fundo comprove que se encontra devidamente autorizado pelos seus cotistas a participar do certame, autorização esta que pode ser específica, concedida na forma prevista em seu regulamento, ou já ser decorrente da política de investimentos descrita no regulamento do fundo, observados os demais requisitos do Edital.

Em segundo lugar, justamente diante das particularidades dos fundos de investimento e das regras próprias para integralização do capital definidas pela CVM, o item 13.22 do Edital permite que o patamar de mínimo de patrimônio líquido seja comprovado por mais de uma forma, incluindo a partir do total de capital subscrito do fundo de investimento, ou mesmo em função da comprovação de compromissos de investimento, caso firmados após o encaminhamento à CVM do último informe trimestral.
