A ADMISSÃO DE ATESTADOS DE SUBCONTRATADA NOMEADA NAS LICITAÇÕES PARA CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO*

A questão à luz do regime das licitações — A licitação para concessões de serviço público

É sempre complexa a busca do adequado equilíbrio entre as garantias de qualificação dos candidatos nas licitações para concessão e a necessidade de busca de proposta mais vantajosa para a Administração. Nem pode ela dispensar exigências, nem torná-los elemento de restrição do número de potenciais interessados. Nesse contexto coloca-se como uma medida aconselhável a inclusão, nos editais de licitação para concessão de serviço público, de dispositivo admitindo que parte das exigências de comprovação de capacidade técnico operacional seja feita pela apresentação de atestados não em nome de empresa licitante ou integrante de consórcio licitante, mas de atestados em nome de empresa especialista, indicada como subcontratada nomeada, e que assumiu com o licitante o compromisso firme pelo qual se obriga a fornecer os bens ou realizar os serviços específicos objeto da contratação.

Meu posicionamento acerca da possibilidade de demonstração de qualificação técnica em serviços específicos, mediante atestados de subcontratado nomeado, será exposto à luz de dois planos normativos: *(i)* do regramento geral das licitações (Lei nº 8.666/93) e *(ii)* das leis de regência das concessões, pressupondo que aquele é geral e este específico ao campo de interesse aventado no presente estudo.

A questão à luz do regime das licitações

1. Não me parece necessário muito discorrer para reafirmar que o instituto da subcontratação (ou, como é mais conhecida, dada a verdadeira hegemonia do regime

* Advogado; Doutor em Direito Público pela USP; Professor de Direito Administrativo da Universidade de São Paulo.

de empreitada nas contratações públicas, a subempreitada) é plenamente admitido no nosso ordenamento. Isso decorre de expressa disposição legal (artigo 72, Lei nº 8.666/93), em prescrição normativa que, a meu ver, não deixa margem a dúvidas hermenêuticas. Parcela do escopo contratual, diz a Lei, pode ser objeto de subcontratação, mantida a responsabilidade daquele pela Administração originalmente contratado. E a lei, neste sentido, regrou o óbvio. Não há a possibilidade de uma empresa executar, por si e pelos seus empregados, todas as etapas do processo produtivo demandadas para execução de um complexo objeto contratual.

Fosse inadmitida a subcontratação e o empreiteiro de obras teria que fabricar o aço, produzir cimento, pedra, possuir fábrica de caminhões e tratores e até, quem sabe, possuir poços de petróleo para deles extrair o combustível para tais máquinas. Ou seja, todo contrato administrativo envolve, em maior ou menor grau, alguma subcontratação. Quanto mais complexo e diversificado o seu objeto, mais imprescindível se torna a contratação de terceiros.

1.1. Ademais, como bem lembra Marçal Justem Filho, "*[a] Administração pretende receber a prestação a que se obrigou o particular. A execução da prestação pelo próprio contratado não se impõe como exigência meramente subjetiva da Administração. (...) A identidade do executante da prestação até pode ser irrelevante, desde que o contratado se responsabilize pela perfeição do adimplemento*". (Cf. "*Comentários à Lei de Licitações e Contatos Administrativos*", 10ª edição, página 547).

1.2. Não há na lei nada que cooneste linha de entendimento doutrinário, já um tanto vetusta, que professa um caráter personalíssimo no contrato administrativo. O caráter pessoal deste tipo de ajuste decorre não da imprescindibilidade da prestação ser executada pelo contratado pessoalmente, mas pelo fato de que o processo que antecedeu à contratação (licitação ou procedimento de dispensa ou inexigibilidade) levou em conta as características do contratado. Para nisso não mais me alongar, apenas peço vênia para fazer remissão a estudo anterior onde desenvolvo estas linhas (Cf. meu *Contratos Administrativos: a Possibilidade Jurídica da Cessão de Titularidade Contratual à Luz do Interesse Público*; Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, Editora Revista dos Tribunais, ano 4, nº 13, outubro a dezembro de 1995, páginas 191 a 213).

2. A questão posta aqui, porém, não é a da admissibilidade da subcontratação (embora com ela tangencie). A questão está em saber se um edital de licitação pode admitir, como forma de comprovação da capacidade técnico-operacional (da empresa e não do seu pessoal), a apresentação de atestados por parte de empresa não licitante nem integrante de consórcio, que na condição de subcontratado especialista assuma compromisso com a execução do empreendimento sob a responsabilidade do licitante, na hipótese de sagrar-se ele vencedor da disputa. Mais do que admissível, tal prescrição me parece ser absolutamente recomendável à luz do regime público das licitações.

3. Já por disposição constitucional, temos nas licitações um regime de exigências habilitatórias absolutamente cingido pelo princípio da proporcionalidade (nas suas

três dimensões: necessidade, adequação e sopesamento). O texto da Constituição de 88 (artigo 37, XXI) não deixa dúvidas: só se admite as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. Sendo possível à Administração garantir-se de que as prestações contratadas serão bem executadas, deve ela buscar ampliar o universo dos potenciais interessados, homenageando a isonomia (que interdita discriminações desnecessárias ao estrito cumprimento do interesse público e da finalidade legal) e a economicidade (traduzida na busca da melhor proposta facilitada pela maior concorrência entre interessados).

3.1. Esta sujeição das exigências de qualificação ao princípio da proporcionalidade se apresenta na Lei de Licitações de duas maneiras: como critério de validade das exigências editalícias, ao prescrever a inadmissibilidade de exigências desnecessárias (Cf. artigo 3°, § 1°, I, e artigo 30, § 5°). E como pauta prospectiva, no sentido de propelir a Administração a ser absolutamente moderada ao formular estas exigências, facilitando a maior participação sem comprometimento da higidez e capacidade mínimas do interessado, como quando impele à aceitação de demonstração de experiência em atividade *pertinente e compatível* (artigo 30, II), portanto não idêntica àquela licitada, quando propugna pela admissão de prova de execução de obras e serviços *similares* ou *de complexidade equivalente* (artigo 30, § 3°) ainda quando permite que a demonstração de *disponibilidade de instalações e equipamentos seja feita por meio de compromisso com terceiros* (o que deflui do artigo 30, § 6°).

3.2. O que pode e deve a Administração exigir nos editais é que os interessados (empresas escoteiras ou consórcios) dêem prova de que, se vencedores, conseguirão bem desempenhar suas obrigações, já que possuem experiência específica ou se associaram a quem a tenha (além de deter habilitação jurídica, regularidade fiscal e capacidade econômica). Se há uma maneira de assegurar à Administração, de dar-lhe certeza de boa execução do empreendimento (nos termos da Constituição, garantias de bem executar suas obrigações), deve ela ser admitida pelo edital. Caso contrário, a restrição se oporá ao texto constitucional (artigo 37, XXI) e legal (artigo 3°, § 1°, I), já que se erigirá como "*circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato*". Não fosse a contrariedade direta a regras constitucionais e legais,tal postura contrariaria o princípio da proporcionalidade, com assento legal no ordenamento pátrio (Cf. artigo 2° da Lei de Processo Administrativo Federal).

4. Como afirmei, a subcontratação de terceiros para execução de parcelas específicas é expressamente admitida em lei e como tal prescinde de estar expressamente prevista no edital e no contrato (salvo, obviamente, se neles estiver vedada o que envolverá uma discussão quanto à legalidade da vedação). Mais ainda, a subcontratação, mormente aquelas atinentes a serviços ou fornecimentos especializados, é necessária e contumaz.

Ora, se é admitido e costumeiro que o contratado se sirva de terceiros para executar o empreendimento contratado e se assim proceder, não deixa de ser responsável perante a Administração, quer me parecer inexistir na lei qualquer vedação a que o próprio edital admita esta possibilidade. Tanto melhor será que o licitante,

já desde a fase licitatória, exponha e submeta ao crivo da Administração os terceiros de quem se socorrerá para executar parcelas específicas do empreendimento.

4.1. Ora, se i) se admite o concurso de terceiros para execução do objeto; se ii) a responsabilidade global pela qualidade e fidelidade da execução remanesce com o contratado por expressa disposição legal e se iii) a lei veda que a capacidade do executor seja distinta da capacidade do executante (artigo 55, XIII), não haveria razão para se obstar que os editais aceitassem a demonstração de capacidade técnico operacional específica mediante atestados detidos por empresa especialista, compromissada com o licitante a ser sua subcontratada nomeada para realizar esta parcela do escopo.

4.2. Muito ao contrário, o princípio da competitividade (nos dizeres de Carlos Ari Sundfeld, *"segundo o qual a estrutura do procedimento há de estar montada e funcionar de modo a efetivamente ensejar a disputa, o confronto entre os licitantes"* — Cf. *Licitação e Contato Administrativo*, página 21) praticamente obriga que, sempre que possível, tal prescrição seja incorporada aos editais. E isso será tanto mais relevante quando estivermos diante de objetos que envolvam serviços especializados, não muito comuns, de domínio restrito ou natureza especializada.

5. Note-se que a subcontratada especialista indicada pelo licitante para executar parcela especializada do escopo não há de ser submetida às exigências integrais de habilitação como se licitante fosse. Se bem é verdade que será aferida sua capacidade técnica específica (na parcela de escopo para qual sua *expertise* é utilizada), nos demais itens tal qualificação será dispensável pois i) ela — subcontratada —- não manterá relação direta com a Administração e ii) quem responderá pela integralidade das obrigações será o contratado principal (Cf. artigo 72 da Lei nº 8.666/93).

Ensinou Hely Lopes Meirelles, doutrinador de muito acato em épocas passadas, que *"a desqualificação ... com base na 'desclassificação' de seus subcontratados não encontra apoio na lei nem no edital. De fato, a recusa destes subcontratados resultou apenas de desconhecimento, por parte da Comissão, do verdadeiro sentido da habilitação e das normas legais, regulamentares e do edital, como vimos no corpo deste parecer .Mas, mesmo que assim não fosse, a decisão continuaria ilegítima, porque o Consulente, que, nos termos do edital, deverá ser o único responsável pela execução do contrato, demonstrou possuir a necessária qualificação jurídica e financeira, para o objeto da concorrência."* (Cf. *Estudos e Pareceres de Direito Público*, volume III, página 157).

6. A admissão de comprovação de capacidade técnico operacional por meio de atestados detidos por subcontratadas nomeadas não é, entre nós, uma novidade absoluta. A Administração Pública, ciente do seu dever de facilitar a maior competição nos certames que promove, ora e vez tem incluído tais cláusulas em editais mais complexos. Bons exemplos neste caminhar têm sido encontrados no âmbito da Secretaria de Transportes Metropolitanos no Estado de São Paulo.

6.1. Em licitação para contratação das obras da *Ligação Barra Funda — Roosevelt — LK8* (Edital Concorrência Internacional nº 84660), a Companhia Pau-

lista de Trens Metropolitanos — CPTM, expressamente consagrou essa forma de habilitação parcial inserindo no edital a seguinte Cláusula:

> 2. Critérios de Qualificação
> 2.1. A qualificação será baseada no preenchimento de todos os critérios mínimos de aprovação / não aprovação seguintes, referentes à experiência específica do Licitante, capacidade dos recursos humanos e posição financeira, conforme demonstrado pelas informações do Licitante, nos formulários anexados à Proposta (critérios específicos para consórcios são indicados no parágrafo 2.7 abaixo). A experiência e os recursos de subcontratados não serão levados em consideração na determinação do atendimento pelo Proponente quanto aos critérios de qualificação. Exceções poderão ser feitas para os seguintes itens de fornecimento relevantes, cuja experiência *pode ser atendida pela experiência de um Subcontratado Nominado Exclusivo.* Subcontratados Exclusivos não poderão ser utilizados por mais de um Proponente.
> *a)* Bloqueios eletrônicos
> *b)* Bloqueios mecânicos
> *c)* Caixa de extremidade e cancelas
> *d)* Equipamento Concentrador de Sinais

5.2. Mais recentemente, na licitação para as obras de implantação da Linha 4 do Metrô (Concorrência nº 41301212), a Cia. do Metropolitano de São Paulo foi na mesma toada, admitindo que alguns serviços especializados fossem objeto de comprovação de capacidade técnico operacional por meio de subcontratada indicada. Fê-lo assim:

> *(a3)*
> A Proponente, diretamente ou através da indicação de uma ou mais subcontratadas especialistas claramente identificadas, nos termos do item 4.4. do GITA, deverá comprovar que executou satisfatoriamente projeto de obras civis, projeto de sistemas e implantação de via permanente, conforme segue: Empresas projetistas brasileiras quer como membros, quer como subcontratadas devem comprovar suas experiências em projeto através de atestados emitidos em nome do profissional (como técnico responsável) que pertença ao quadro de pessoal da Proponente ou subcontratada em data anterior à data da primeira publicação deste Edital de Pré-qualificação.

6. Tenho certo, portanto, que a legislação de regência não impede que as exigências de comprovação de capacidade técnico-operacional de alguns dos escopos de uma licitação seja obtida mediante o concurso de uma empresa indicada como subcontratada, portanto não licitante isolada ou membro de consórcio. O requisito para tal desiderato (além é claro de possuir atestados aptos a comprovar a experiência exigida pelo edital) é que o licitante apresente compromisso firme da subcontratada detentora da expertise de que, caso logre vencer o certame, ela se incumbirá de

executar, dentro da melhor técnica, essa parcela das obrigações. Mantida sempre a integral responsabilidade do contratado principal.

A licitação para concessões de serviço público

7. Referindo-se a questão a uma licitação, em tese, para outorga de concessão, poder-se-ia argumentar que as regras aplicáveis ao geral das licitações e dos contratos administrativos não teriam serventia em sede da delegação da prestação de serviço público pelo particular. Talvez esse raciocínio fosse, também ele, legatário de certa e antiga doutrina que, muito influenciada pelo direito civil francês, vê caráter personalíssimo em tudo. Porém, não vejo como esposar este entendimento.

7.1. A afastar o raciocínio que interditaria a possibilidade de, numa licitação para concessão, se admitir a comprovação de capacidade técnico operacional para parcela específica e especializada do escopo mediante aporte da expertise de subcontratado nomeado há argumentos de ordem doutrinária e legal.

7.2. Tenho resistido a uma tendência — um verdadeiro desvio que leva à aproximação do direito pátrio do sistema jurídico islâmico onde os aiatolás (tal como nossos sábios e acatados doutrinadores) dizem o Direito — de imaginar que a doutrina é fonte prevalecente de direito, sobrepondo-se até mesmo ao direito positivo. Porém, ainda que para firmar posição sobre a questão posta bastasse a lei, ouso entrar no tema por meio de breve incursão doutrinária.

8. Há um quase consenso de que concessão — como contrato administrativo em geral e como espécie particular desse gênero ainda mais — é um contrato *intuitu personae*. Como já referi acima, todo ajuste antecedido de procedimento de escolha que considera aspectos subjetivos do contratante, guarda o contrato administrativo um vínculo pessoal com este. Porém, tal afirmação virou entre nós quase um *mantra* que, repetido exaustivamente, oblitera o raciocínio jurídico. Felizmente, nos últimos tempos, luzes têm sido postas sobre a questão. Marçal Justem Filho já assevera, nas últimas edições do seu *Comentários* que o regime das licitações é incompatível com o caráter *intuitu personae* do contrato. "*O regime jurídico que disciplina a Administração Pública, no Brasil, elimina a possibilidade de contratações intuitu personae — ou, mais precisamente, contratações desta ordem são absolutamente excepcionais, recaindo no âmbito da inexigibilidade de licitação*". O caráter pessoal não pode significar um traço personalíssimo, tal como se fosse condição do contrato sua execução exclusivamente pelo originalmente contratado.

9. Ora, por força constitucional (artigo 175), não se admite concessão outorgada mediante contratação direta. A delegação, diz a Carta, deverá ser sempre precedida de certame licitatório. Disso decorre que, se aplicado o raciocínio defendido por Marçal, chegaríamos a concluir que não se aplica, às concessões, o caráter pessoal que a doutrina mais tradicional procurava imprimir aos contratos de concessão. Recorro novamente às suas palavras "*Não há algum tipo de vínculo psicológico entre o poder concedente e o concessionário, do qual se pudesse extrair a necessidade imperiosa de execução de tarefas pessoal e diretamente por ele.*" (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*", página 521).

10. Vê-se pois que, mesmo na doutrina, o caráter pétreo da pessoalidade estrita da concessão vem sendo revisto e admite temperos. Porém, para bem resolver a questão se há que analisá-la à luz da legislação. Comecemos pela Lei Federal nº 8.987/95.

10.1. Em nenhum momento o regime de concessões ali previsto dá indicações de que a concessão teria caráter inarredavelmente pessoal. Muito ao revés. Tanto que a Lei federal de Concessões prevê, expressamente, i) a possibilidade de subconcessão (artigo 26) que é a subdelegação da prestação e exploração integral da própria prestação do serviço; e ii) a possibilidade de transferência da concessão (artigo 27), ou seja, o trespasse da própria delegação. No primeiro caso, exige-se meramente a autorização do poder concedente. No segundo, a prévia anuência.

10.2. Não fosse por isso, e teríamos o afastamento total da concepção personalíssima do contrato de concessão ditada pelo artigo 20 da Lei Federal nº 8.987/95 que faculta ao poder concedente prever no edital a exigência de que o licitante vencedor constitua empresa de propósito específico para celebrar o contrato. Vale dizer: admite que a concessionária seja pessoa jurídica distinta daquela(s) que se sagraram vencedoras do certame.

11. Naquilo que aqui importa, é também expressa a previsão legal no sentido de que o concessionário poderá transferir a terceiros a execução de atividades que integram o rol de escopos da concessão (ou seja, atividades necessárias para implementar e prestar os serviços concedidos). A clareza da prescrição legal não me parece admitir dúvidas sérias quanto a esta possibilidade. Diz o artigo 25, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/95:

> *"§ 1º. Sem prejuízo da responsabilidade a que se refere este artigo, a concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados."*

Ora, nos limites de minha capacidade de cognição não consigo ver possibilidade de se sustentar que, no regime da Lei Federal nº 8.987/95, não possa o concessionário contar com terceiros (portanto sem vínculo com o licitante vencedor ou com os controladores da concessionária) para executar parcelas integrantes do rol de atividades que integram a concessão (lembremos o texto legal: *atividades inerentes ao serviço concedido).* Se a lei faculta esta possibilidade (e ela não se refere apenas a parcelas ancilares ao escopo principal), não poderá o edital ou o contrato interditar essa possibilidade ao concessionário.

12. Poder-se-ia alegar que o regime de concessões no Estado de São Paulo é um pouco distinto do regime federal. É verdade que sendo a lei paulista (Lei Estadual nº 7.835/92) anterior à Lei federal e versando esta sobre regras gerais de contratação (Cf. artigo 22, XXVII) esta teria ab-rogado as disposições daquela no que colidentes. Porém, mesmo que assim não fosse, verifico que, apesar de mais restrito, o artigo 9º, § 2º, contempla a possibilidade de subcontratação pelo concessionário *"desde que isso não implique transferência da prestação do serviço público concedido,*

oneração de seu custo ou detrimento de sua qualidade". Portanto, também por aqui não resultaria interdição àquilo de que se cogita.

13. Admitida que é a contratação de terceiros para realizar parcela das obrigações cometidas no bojo da concessão — sem que o concessionário se desonere pela integralidade de suas obrigações perante o poder concedente — e possível esta ainda que não prevista no edital, tenho comigo que muito mais possível é prever e regrar tal possibilidade no próprio ato convocatório. Vou além. Se o concessionário pode se servir de terceiros para realizar parcelas inerentes ao objeto da concessão, mais coadunado com o regime licitatório será permitir que a comprovação de capacidade técnica do licitante (potencial futuro concessionário) já leve em conta a qualificação técnica daquele que — sob responsabilidade do delegatário — efetivamente se incumbirá desta parcela do objeto concedido.

14. Pode haver ainda quem, num arroubo argumentativo, sustentasse que a hipótese em cogitação (possibilidade de demonstração de qualificação técnica em serviços específicos mediante atestados de subcontratado nomeado) colidiria com a definição de concessão constante do artigo 2°, II, da Lei Federal n° 8.987/95. Isso porque lá vemos explicitado que o serviço público será delegado "*à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho*". Daí que alguém mais criativo ou cioso das definições legais poderia dizer que nas licitações para concessão o licitante (empresa ou consórcio) é que deverá atender, sozinho, às exigências do edital. Embora interessante, esta hermenêutica não resiste a um singelo lampejo de interpretação sistemática ou teleológica.

14.1. A interpretação sistemática afasta tal tese porque, conforme vimos ao comentar o artigo 20, em regra quem "*desempenhará*" a concessão não será o consórcio licitante, mas, nos dizeres da lei "*empresa constituída antes da celebração do contrato*". Portanto, não são as integrantes do consórcio que prestarão os serviços concedidos. Sempre haverá uma relação de suporte, de transferência de *expertise*, de modo a assegurar que a pessoa jurídica prestadora do serviço tenha capacidade e qualificação (fornecidas por seus controladores ou por terceiros, pouco importa) para bem se desincumbir da prestação.

Ora, se há já no artigo 20 o pressuposto de experiência transferida na cadeia de controle da concessionária, não haveria porque dizer que colide com a definição do artigo 2°, II, regra editalícia que simplesmente faculte a utilização de experiência de outrem, pela concessionária, mediante contrato já expressamente autorizado pela mesma lei (artigo 25, § 2°).

14.2. Já a interpretação teleológica (finalística) tampouco permite sustentar a tese em testilhas. Já disse e repito. Pela Constituição as exigências de demonstração de capacidade e qualificação só são prestantes para assegurar à Administração que o objeto contratual (execução de obra, prestação de serviço público) será bem executado. Ora, quando um licitante individual ou um consórcio apresentam (a) um compromisso firme e irretratável de uma empresa de executar parcela do escopo contratual em regime de subcontratação; (b) comprovação de que essa subcontratada indicada possui capacidade técnico operacional compatível com a exigida pelo edital para este escopo específico e (c) compromisso do licitante assumindo a responsabi-

lidade pela integral execução do objeto, incluindo a parcela que será subcontratada, resta plenamente atingida a finalidade das exigências de qualificação.

De resto, a partir do momento em que o consórcio licitante detém compromisso de fornecimento de bens ou prestação de serviços por subcontratado especialista e qualificado, a relação jurídica obrigacional (compromisso do fornecedor ou prestador de serviços específicos) passa a integrar o seu acervo de direitos e obrigações (o que define, sabemos, o plexo obrigacional — empresa). Portanto, passa esse consórcio a deter a capacidade para bem executar o objeto.

Dá-se o mesmo que ocorre quando um licitante comprova a disponibilidade de um equipamento essencial à execução do contrato mediante não prova de deter o maquinário, mas compromisso firme do fabricante de disponibilizar-lhe tal bem.

Ou seja, é possível, perfeitamente possível, no regime vigente de licitações, que a prova de "*capacidade para seu desempenho*" dê-se através de compromissos firmados com terceiros, desde que estes sejam firmes e o terceiro seja qualificado.

15. Também no caso das concessões há exemplos práticos de emprego, nas licitações, de cláusula editalícia contemplando a possibilidade de demonstração de qualificação técnica em serviços específicos mediante atestados de subcontratado nomeado.

15.1. Nas licitações promovidas pela Agência Nacional de Energia Elétrica — ANEEL, ora em andamento, para concessão de linhas de transmissão de energia, vemos essa possibilidade expressamente prevista no edital. Assim, as exigências de qualificação técnica devem ser demonstradas assim:

> "7.10.1. Pré-qualificação técnica:
> a) comprovante de registro e regularidade do(s) responsável(eis) técnico(s), da PROPONENTE ou da CONTRATADA, para efeito de comprovação da qualificação profissional, requerida na alínea "c", a seguir, no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia — CREA;
> *b) comprovação, através de atestados emitidos pelo ONS — OPERADOR NACIONAL DO SISTEMA ELÉTRICO ou organizações estrangeiras com atribuição similar, declarando que a PROPONENTE, ou a CONTRATADA, opera linhas de transmissão e subestações em tensões iguais ou superiores a 220kV."*

E CONTRATADA, para o edital, é nada mais nada menos do que o subcontratado de que venha a se utilizar a Concessionária para implementar parcelas inerentes à concessão (especialmente as obras de implantação das linhas de transmissão). Essa é a definição do edital:

> 2. Definições
> *XI. CONTRATADA: empresa com a qual a PROPONENTE tenha celebrado contrato ou termo de compromisso para prestação de serviços de construção, montagem, operação e manutenção para atendimento da capacitação técnica visando o cumprimento do objeto deste LEILÃO.*

15.2. Alguém poderia dizer que essa *permissividade* não granjeia pelas paragens bandeirantes. Nada mais falso. Nos editais para concessão da exploração de rodovias no Estado de São Paulo, encontraremos disposição exatamente no mesmo sentido:

> "Edital nº 008/CIC/97 (o dispositivo se repetiu em vários outros do Programa)
> 7.2.4.Documentos de qualificação técnico-operacional constituídos de:
> 7.2.4.2. Se o preferir, poderá o LICITANTE atender à exigência disposta no inciso I deste item, mediante apresentação de compromisso de empresa que atenda aos requisitos do item 7.2.5.1. para formalização dos contratos de assistência técnica, que ocorrerá até 2 (dois) dias úteis antes da assinatura do CONTRATO.
> 7.2.4.2.2. O contrato de assistência técnica de que trata o item anterior deverá ter prazo de vigência que abranja, no mínimo, 2 (dois) anos consecutivos, contados da data do início da CONCESSÃO."

16. Portanto, quer à luz da melhor doutrina, quer à luz da lei, quer ainda pela praxe mais recentes das concessões no Brasil e em São Paulo, nada há que impeça ou desaconselhe a admissão, em editais de licitação para concessão de serviços públicos, que a capacidade técnico operacional para parcelas especializadas do escopo seja atendida mediante apresentação de acervo técnico detido por empresa com a qual o licitante tenha ajustado compromisso firme de subcontratação.

Isso mesmo que esta empresa, por óbvio, não seja integrante do consórcio licitante e, portanto, não se submeta às demais exigências habilitatórias, uma vez que não estabelecerá relação contratual direta coma Administração (poder concedente).