

JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

CONCORRÊNCIA PÚBLICA – SEMOP N.º 001/2018

PROCESSO SEMOP – 2246/2015

OBJETO: PARCERIA PÚBLICO PRIVADA (PPP) NA MODALIDADE DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA MODERNIZAÇÃO, OTIMIZAÇÃO, EXPANSÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO E CONTROLE REMOTO E EM TEMPO REAL DA INFRAESTRUTURA E EFICIÊNCIA ENERGÉTICA E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL, DA REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE SALVADOR.

Impugnante: GHIA ENGENHARIA LTDA

Trata-se o presente parecer da análise de impugnação ao instrumento convocatório CONCORRÊNCIA PÚBLICA nº 001/2018, pela empresa interessada GHIA ENGENHARIA LTDA, pessoa jurídica de direito privado, CNPJ nº 07.533.074/0001-32, com sede na Rua Rubem Berta, nº 134, Edifício Empresarial Itaipara, Sala 301, Salvador-Bahia, Cep nº 41.815-135.

I. DOS FATOS

Insurge-se a Impugnante **GHIA ENGENHARIA LTDA**, contra o ato convocatório da presente licitação, ao argumento de padecer de vícios de ilegalidade, quais sejam:

- da ilegalidade de exigência de demonstração de realização de investimentos, para fins de qualificação técnica;
- da ilegalidade da limitação de atestação técnica apenas por empresas que detenham, no mínimo, 10% de participação no consórcio;
- da impossibilidade de orçamentação em virtude de omissões do edital;
- da incompatibilidade dos prazos com os respectivos encargos;
- da impossibilidade de atendimento à exigência de economia de energia. Da imposição de riscos desproporcionais à concessionária;
- da abusividade dos índices de desempenho;
- da parcela fixa da contraprestação mensal efetiva.



PRELIMINAR: TEMPESTIVIDADE DA IMPUGNAÇÃO

Antes de adentrar no mérito das razões, deve-se perquirir acerca da tempestividade da impugnação, cuja normatização encontra-se disposta no art. 41 § 2º da Lei Federal 8.666/1993, e nos subitens 2.5 e 2.6 do edital, estes últimos *in verbis*:

2.5 Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o presente edital, caso apresente irregularidades prevista em Lei, devendo protocolar o pedido até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos ENVELOPES de habilitação, devendo a CML julgar e responder à impugnação em até 03 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do artigo 103 da Lei nº 8.666/93.

2.6 Decairá do direito de impugnar os termos do presente Edital perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a data da sessão pública descrita no item XIII, alínea "c"-Preâmbulo do Edital.

Nesse caso, o recebimento das propostas ocorrerá no dia 24 de Maio de 2018, consoante divulgado na imprensa oficial, jornal de grande circulação e internet, atendendo ao princípio da publicidade dos atos administrativos, na forma da lei. A presente impugnação foi recebida pelo Presidente da Cemil - Comissão Especial Mista de Licitação na data de 21/05/2018, conforme pode se verificar dos registros deste. Desta forma, deve ser considerada tempestiva a presente impugnação, e por assim ser a Comissão Especial Mista de Licitação parte para o julgamento do mérito das razões apresentadas.

DO JULGAMENTO DO MÉRITO

A modalidade de licitação Concorrência Pública é regida pelo disposto na Lei n.º 8.666/1993, Lei Municipal n.º 4.484/1992, regulamentada pelo Decreto Municipal n.º 10.267/1993.

Convém destacar que a licitação é conceituada como um procedimento administrativo formal, em regra obrigatório, pelo qual a Administração Pública, garantindo a oportunidade de acesso e igualdade de tratamento a todos os que pretendam competir em condições de igualdade, seleciona a proposta mais vantajosa para a Administração. Como genuíno procedimento administrativo, está adstrito ao atendimento dos princípios basilares da legalidade, moralidade administrativa, publicidade dos atos processuais, ampliação da competitividade no certame, atendimento à finalidade pública, dentre outros princípios correlatos do Direito Administrativo.

Segundo a boa doutrina, o edital de licitação é o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelecendo os requisitos técnicos mínimos exigidos para a contratação. Desse modo, cumpre salientar ser o edital a lei interna da licitação, devendo o instrumento convocatório estar em perfeita harmonia com o conteúdo da legislação vigente, além de atender plenamente aos regulamentos dos

diversos entes públicos. Destarte, ilícita é a exigência do edital, cujo conteúdo é defeso em lei ou que ignora a regulamentação da norma jurídica.

No caso especial das licitações destinadas as concessões públicas na modalidade de Parceria Público Privada, o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, devendo ser observado o disposto nas leis nºs 8.987/95, 11.079/04 e nas normas gerais da legislação própria sobre licitações, conforme preceitua o artigo 18, da Lei n. 8.666, de 1993.

Assim, passamos para análise do mérito propriamente dita:

I- Quanto à alegação de ilegalidade da exigência de demonstração de realização de investimentos, para fins de qualificação técnica

Segundo entendimento do Grupo Técnico, repassado à CEMIL, não cabe razão a alegação da impugnante. A exigência do atestado de investimento, constante do item 14.11.4 do edital, se justifica porque a comprovação de experiência técnico operacional através da apresentação de atestados de investimentos em infraestrutura é imprescindível para que o Município possa verificar a capacidade da futura contratada na realização de investimentos em empreendimentos com infraestrutura de grande porte.

No caso da PPP de Iluminação Pública, o êxito da concessão inclui operações estruturadas de significativo trabalho relacionados a realização de uma eficiente engenharia financeira, uma vez que busca uma estruturação contratual financeira que sustente os diversos tipos de riscos envolvidos conforme dispõe a Lei 11.079/2004. Assim, os critérios de comprovação de que a futura concessionária possui experiência nos mecanismos contratuais e operacionais financeiros, se justificam, no que diz respeito a investimentos bem definidos e ajustados às características de risco do negócio proposto.

Desse modo, a administração ao fazer tal exigência tem por finalidade a garantia de que a futura contratada possui experiência em realizar investimentos de grande porte, mitigando assim, o risco de que esta possa vir a não honrar com o compromisso acordado com o poder municipal, visto que, a pretensa concessão envolve a obrigação de se fazer a modernização do parque de iluminação logo no primeiro ano da contratação, o que equivalerá a aproximadamente 50% (cinquenta por centos) do total dos investimentos previstos para todo período da PPP.

Diante do exposto, verifica-se que tal exigência tem se tornado prática comum sendo utilizada nos mais diversos editais dos certames relativos a PPPs (municipais, estaduais e Federal), tendo em vista aferir a comprovação da competência das Licitantes em estruturar financiamentos na modalidade de *Project Finance*, como forma de mitigar o insucesso das concessões em função da falta de capacidade do privado de captar os recursos necessários para a execução dos projetos.

Nesse sentido, a qualificação técnica abrange tanto a experiência técnico operacional empresarial, quanto a experiência dos profissionais que executarão o serviço. A primeira a capacidade técnico-operacional empresarial, abrange atributos próprios da empresa desenvolvidos a partir do desempenho da atividade empresarial com a conjugação de diferentes fatores, inclusive, os econômicos.

baurne

Por fim, conclui-se, que a exigência do atestado de que a licitante tenha participado de empreendimento de grande porte em infraestrutura, mostra-se razoável e dentro dos critérios técnicos operacionais.

Pelas razões acima dispostas, entende-se que a exigência disposta no instrumento convocatório é pertinente, assim devendo permanecendo como está.

II- Quanto à alegação da ilegalidade da limitação de atestação técnica apenas por empresas que detenham, no mínimo, 10% de participação no consórcio

Segundo entendimento do Grupo Técnico, repassado à CEMIL, a alegação da impugnante de que o edital contraria o disposto no artigo 33, III, da Lei nº 8.666/93 não pode prosperar, na medida em que não foi vedado o somatório dos quantitativos de cada consorciado, apenas havendo restrição quanto ao percentual de participação para fins de pontuação, na medida a aferir a efetiva participação das empresas consorciadas nas ações a serem desenvolvidas na futura contratação.

Vale ressaltar, que tal entendimento, balizou-se em licitações semelhantes em que se buscou a contratação de concessões públicas, tendo, inclusive, à época da consulta pública, ficado evidenciado que tais exigências evitariam que “empresas com participações pouco representativas pudessem emprestar sua atestação para viabilizar a habilitação de consórcio controlado e gerido por terceiros”.

III- Impossibilidade de orçamentação em virtude de omissões do edital

Segundo entendimento do Grupo Técnico, repassado à CEMIL, quanto à alegação da impossibilidade de orçamentação em virtude de omissões no edital, notadamente em face da alegada inexistência de parâmetros técnicos do item de festividades e da não realização do detalhamento necessário à elaboração do orçamento para a implantação do Centro de Controle Operacional-CCO, esta não procede, conforme segue:

O item 1.9, do anexo X, do Plano de Negócio Referencial prevê valores financeiros para as diversas festividades e ainda regulamenta as condições de reequilíbrio econômico-financeiro.

O Edital disponibiliza, para os licitantes, informações que apresentam espectro suficiente para dimensionar os seus custos, conforme item 3.1.1.6 do anexo 2 Caderno de Encargos.

Ademais, segundo o grupo técnico, está claro no Plano de Negócios do edital que a implantação do Centro de Controle Operacional (CCO) é de responsabilidade do concessionário, estando facultado ao impugnante adquirir ou locar imóvel para implantação do CCO.

Quanto ao prazo para a implantação do CCO o Poder Concedente entende que este é razoável, tendo em vista a baixa complexidade para a sua implantação. Assim sendo, ainda que o concessionário seja desta localidade, este também deverá providenciar um espaço

para implantação do CCO, deste modo, não se vislumbra qualquer vantagem que possa estar existindo em relação as empresas já sediadas no município de Salvador.

Pelas razões acima dispostas, entende-se que o instrumento convocatório está de acordo com as determinações legais devendo permanecer como está.

IV- Da incompatibilidade dos prazos com os respectivos encargos

Segundo entendimento do Grupo Técnico, repassado à CEMIL, quanto a incompatibilidade dos prazos com os respectivos encargos não há procedência da alegação. A contratação do Agente Fiduciário prevista na cláusula 11.2 da Minuta do Contrato é condição que subordina os efeitos do contrato. Desse modo, o prazo para a implementação dos serviços de manutenção, somente se iniciará após a contratação do Agente Fiduciário e constituição da Conta Garantia. Assim, a concessionária terá tempo suficiente e razoável para a adoção das providências necessárias à assunção das obrigações contratuais.

Quanto ao prazo para o cadastramento do parque, esta alegação não procede. O Poder Concedente entende que o prazo de 90(noventa) dias, item 2, anexo 2 caderno de encargos, da minuta contrato, do anexo XVI do edital, é razoável, tendo em vista o nível de complexidade para a sua resolução. Ademais, quando do início do cadastramento serão realizadas apenas atividades de manutenção, permitindo que a concessionária concentre esforços nesta atividade.

Quanto as alegações a respeito do Plano de Modernização, esta não procede. Este deverá ser elaborado considerando o cadastro atual, visto que este deverá estar incluso na Proposta Técnica. De modo que este encargo possui prazo para execução razoável.

Quanto ao prazo para a implantação do CCO o Poder Concedente entende que este é razoável, tendo em vista o baixo nível de complexidade para a sua implantação. Assim sendo, ainda que o concessionário seja desta localidade, este também deverá providenciar um espaço para implantação do CCO, deste modo, não se vislumbra qualquer vantagem que possa estar existindo em relação as empresas já sediadas no município de Salvador.

Pelas razões acima dispostas, entende-se que o instrumento convocatório está de acordo com as determinações legais devendo permanecer como está.

V- Da impossibilidade de atendimento à exigência de economia de energia. Da imposição de riscos desproporcionais à concessionária

Segundo entendimento do Grupo Técnico, repassado à CEMIL, não há classificação incorreta das vias, visto que o dimensionamento proposto pelo Poder Concedente, visa a atender as características próprias do Município de Salvador, ou seja, busca-se atender as condições atuais do sistema de iluminação Pública do Município de Salvador.

Quanto a alegação sobre a impossibilidade de atender a economia de energia de 50%, esta não procede. Os estudos da PMI, que originaram este Edital, apontaram uma redução de energia superior a 50%, tendo a administração sido conservadora ao fixar a meta de 50%. Estes resultados foram apresentados nas formas de Consulta e Audiência Pública. Todo este histórico está registrado nos autos do processo administrativo.

Dessa forma, fica mantido o indicador de 50% para redução de energia.

VI- Da abusividade dos índices de desempenho

Segundo entendimento do Grupo Técnico, repassado à CEMIL, a alegação a respeito da abusividade dos índices de desempenho não procede. Em análises realizadas pela Diretoria de Serviços de Iluminação Pública – DSIP, órgão da prefeitura municipal de Salvador/BA, constatou-se que a taxa de falha atual do parque de iluminação pública gira em torno de 1% (um por cento) a 3% (três por cento), a depender, principalmente, das mudanças climáticas ao longo do período analisado. Espera-se que com a modernização do parque para tecnologia LED esta taxa de falhas caia para abaixo de 1% (um por cento), garantindo ao concessionário a possibilidade de alcançar a nota máxima para os índices IM – Índice de Modernização, IQMN – Índice de Qualidade Mensal Noturno e IQMD – Índice de Qualidade Mensal Noturna. Ressalte-se que a operação contará com uma carência de seis meses para a aplicação dos índices, conforme item 2 do anexo 2 – caderno de encargos, da minuta do contrato, anexo XVI do edital.

VII- Da parcela fixa da contraprestação mensal efetiva

Segundo entendimento do Grupo Técnico, repassado à CEMIL, quanto ao questionamento da parcela fixa da contraprestação mensal efetiva, o poder concedente entende ser bastante razoável a fórmula apresentada item 2, anexo 4- mecanismo de pagamento, da minuta contrato, anexo XVI do edital, tendo em vista a qualidade esperada nos serviços a serem prestados pela futura concessionária, em uma licitação cujo valor global do contrato é da magnitude de R\$1,5 bilhão, envolvendo mais de 170.000 pontos de iluminação, terceira maior capital do país. A metodologia escolhida para elaboração do mecanismo de pagamento visa construir um modelo novo e mais moderno para um melhor atendimento a índices de manutenção e eficiência energética, o que trará necessariamente resultados muito mais vantajosos para os munícipes. Além disso, conforme apresentado no Anexo 3 do Contrato - Sistema de Mensuração de Desempenho, principalmente em seu item "4 ÍNDICE DE ECONOMIA DE ENERGIA – IEE", a partir do cumprimento ao 5º MARCO do Cronograma de Modernização e Eficientização, o valor do IEE permanecerá igual ao valor aferido na conclusão do referido marco durante o tempo restante da CONCESSÃO, para fins de cálculo da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL EFETIVA, ou seja, o IEE passará a compor a parcela fixa da contraprestação, de modo que a parcela total fixa passará a ser de 70% da contraprestação mensal efetiva. Como forma de incentivo, a administração previu ainda uma bonificação na contraprestação mensal efetiva (BÔNUS SOBRE A CONTA DE ENERGIA – BCE) caso a concessionária atinja um desempenho superior ao mínimo exigido pelo poder concedente, a saber, economia de 50% de economia na energia.

Assim, não se vislumbrando a possibilidade de modificação do instrumento convocatório, permanecendo inalteradas as condições estabelecidas inicialmente na peça editalícia por estarem em perfeita consonância com os dispositivos legislativos vigentes.

DA DECISÃO



Face ao exposto, a Comissão Especial Mista de Licitação - CEMIL, fundamentada na melhor doutrina e nos dispositivos da Lei 8.666/1993, resolve conhecer da impugnação do Edital apresentada pela empresa **GHIA ENGENHARIA LTDA**, para no mérito julgá-la **IMPROCEDENTE**, com base no disposto do julgamento acima.

É o parecer, SMJ.

Salvador, 23 de maio de 2018.


PLELIANE ESPINHARA DE ALMEIDA
Presidente



CAMILA ANDRÁDE GUIMARÃES
Membro

MÁRCIA CORREIA THOMÉ
Membro

LIGIA NUNES SANTOS
Membro Suplente


MARIA DAS GRAÇAS MENDES FREIRE
D'AGUIAR
Membro


LARISSA MARIA MERCÊS AMADO
Membro Suplente


BERNARDO XAVIER DA SILVA
Presidente do Grupo Técnico