

**RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL APRESENTADA POR SOPHIA
PROJETOS DE EFICIÊNCIA LTDA.**

REF.: CONCORRÊNCIA PÚBLICA INTERNACIONAL Nº 03/2018

ASSUNTO: IMPUGNAÇÃO AO EDITAL APRESENTADA EM 15/06/2018

Conforme item 5.1.2 do Edital, "**5.1.2. Pelas proponentes, até às 18h do dia 09 de Julho de 2018, nos termos do §2o do art. 41 da Lei Federal no 8.666/93.**"

O artigo 41, §2º da Lei 8.666/93 informa a seguinte redação:

§ 2º Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso.

Essa legislação se aplica nos casos de Pregão por estar evidenciado a norma subsidiária em caso de omissão na Lei 10.520/2002, senão vejamos em seu artigo 9:

Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Dessa forma, o prazo para apresentar questionamentos sobre o edital acabaria no dia 09/07//2018, segundo dia útil antes da abertura dos envelopes.

O Impugnante apresentou o recurso no dia 15/06/2018, portanto tempestivo.

Neste sentido, segue a resposta à IMPUGNAÇÃO:

1) Alega a Impugnante que as garantias prestadas no âmbito da Concorrência são insuficientes para fazer frente às obrigações pecuniárias do Poder Concedente previstas no contrato da Parceria Público-Privada.

Inicialmente, o Impugnante informa que no item 21.1 do Edital de Concorrência Pública, o valor estimado do contrato é de R\$170.000.000,00 (cento e setenta milhões de reais), com base na soma dos valores máximos previstos na contraprestação mensal.

Alega, que esse valor é devido a garantia do município em penhorar a integralidade dos recebíveis a título de Contribuição para o Custeio de Iluminação Pública, até o montante de R\$5.400.000,00 (cinco milhões e quatrocentos mil reais) ao ano.

Por fim, declara que não há comprovação de que o Poder Concedente irá cumprir com tal obrigação, já que o valor arrecadado a título da CIP (Contribuição para Custeio de Iluminação Pública), não é suficiente.

Portanto, através do questionamento apresentando pela Impugante, essa Comissão de Licitação vem expor os fatos e fundamentos a seguir.

Como contratos de grande dimensão econômico-financeira e de alta longevidade, as PPPs dependem, para conquistar uma adequada segurança jurídica à eficiente estabilização de seus efeitos, da previsão de garantias ao cumprimento das obrigações dos parceiros. Neste aspecto, um dos pontos de grande relevância na construção do regime jurídico das PPPs esteve no fortalecimento da segurança jurídica destes contratos, o que passou pela configuração de um sistema bem específico de garantias, envolvendo, inclusive, a consagração de modalidades de garantias ao parceiro privado. Dessa forma, o tamanho solicitado é da pasta Fechada. Em uma extensa pesquisa de pastas semelhantes, os tamanhos dispostos na referida Pasta sempre tratam a mesma como fechadas, por isso não há a menção à esse critério no edital.

Diferentemente, portanto, dos sistemas convencionais de garantias contratuais aplicáveis aos contratos administrativos em geral, exclusivamente vocacionadas a acautelar a Administração contra riscos de inadimplemento do contratante-particular, o sistema de garantias da PPP acolheu, também, garantias acautelatórias ao parceiro privado. No art. 8º da Lei n. 11.079/2004, previram-se as modalidades de garantia das obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada, como sendo: **I – vinculação de receitas (observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal)**; II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e VI – outros mecanismos admitidos em lei.

No caso do presente edital, foi dado a garantia da vinculação de uma receita da CIP do município para que seja cumprido a obrigação pecuniária por parte do poder público frente ao poder privado.

Dessa forma, o valor presente dos recebíveis a serem utilizados para garantia deve cobrir pelo menos o valor presente líquido das obrigações financeiras devidas pela Administração Pública concedente à concessionária ao longo de todo o contrato de PPP, utilizando como taxa para cálculo do valor presente líquido dos fluxos (das receitas e do pagamento) a SELIC.

O valor que está descrito na licitação é o cálculo máximo em que o Ente Concedente pode arcar como contraprestação pelos serviços que serão prestados, impondo numa possibilidade da proposta vencedora do certame ser menor do que está previsto na licitação. Importante frisar, que o sistema de garantia está meramente ligada a liquidez dos fundos que o Poder Concedente estará disponibilizando para a empresa licitante vencedora, conforme dispõe o artigo 8º da Lei 11.079 supramencionado.

No caso em tela, temos que o valor da contraprestação tem que ser trazido para o valor presente. Nesse diapasão, o município de Ouro Preto está arcando com o valor integral da CIP que gira em torno de R\$3.200.000,00 (três milhões e duzentos mil) por ano, mais o montante de R\$90.000,00 (noventa mil) mensais, que representa o valor que o município repassa pela utilização do serviço de iluminação. Somando os dois valores, dá o montante total de aproximadamente R\$4.100.000,00 (quatro milhões e cem mil reais) por ano, o que calculado os valores tragos a presente, serve como base de garantir que o investidor receba do parceiro público o montante pactuado.

Ademais, há um ponto a ser ressaltado, que devido a troca das lâmpadas por LED, o investidor gerará uma economia de custos para a manutenção e funcionamento do serviço de iluminação, trazendo uma margem de lucro maior com o período da concessão. Esse cálculo também deve ser levado em consideração ao fazer a proposta financeira no momento de participação da licitação, o que irá gerar a possibilidade do investidor em garantir o seu lucro com a operação pactuada, baseadas no Value for Money (VFM).

O estudo do Value for Money (VFM), dito acima, é uma análise de viabilidade quantitativa e qualitativa que auxilia o gestor público na tomada de decisão de contratação destes arranjos. Usualmente, as técnicas de avaliação apoiam-se em pressupostos de redução de gastos públicos, a maior eficiência do setor privado, e a melhoria na qualidade da prestação do serviço ao cidadão.

Destarte, foi encaminhado para a Câmara Municipal de Ouro Preto, o Projeto de Lei número, que dispõe sobre a criação de um fundo garantidor que arcará com garantias complementares e integralizado os seguintes ativos pertencentes ao município e seus valores de mercado:

1. CFEM – Compensação Financeira pela exploração de Recursos Minerais
2. Imóveis de propriedade do Município
3. Demais receitas não vinculadas

Portanto, para dar mais ênfase ao que é um Fundo Garantidor e sua legalidade, iremos tecer algumas considerações sobre o tema.

Com relação à natureza jurídica do FGP (Fundo Garantidor), o § 1º do artigo 16, da Lei 11.079/2004, é claro ao dizer que o mesmo terá natureza privada e

patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, estando sujeito ainda a direitos e obrigações próprias.

Com relação ao patrimônio que formará o FGP, o § 2º do referido artigo 16 estipula que o mesmo será formado pelo aporte de bens e direitos realizado pelos cotistas, que ocorrerá por meio da integralização das cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração. De uma leitura atenta do referido dispositivo em consonância com o caput do artigo 16, pode-se concluir que o fundo terá o seu limite global de R\$ 6.000.000.000,00, todavia, tal valor poderá ser naturalmente ultrapassado em razão dos rendimentos que resultarão da administração do fundo.

O § 3º diz ainda que caberá a uma empresa especializada avaliar os bens e direitos transferidos ao fundo pelos cotistas, apresentando laudo fundamentado com todos os critérios de avaliação dispostos. Tal medida visa dar a máxima transparência e eficiência à avaliação dos bens, objetivando fazer com que os mesmos tenham uma avaliação real, concreta e verdadeira, sem que haja qualquer tipo de sub-avaliação dos mesmos.

Por sua vez, o § 4º elenca alguns bens que poderão integralizar as cotas, que são: dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis, inclusive ações de sociedade de economia mista federal excedentes ao necessário para manutenção de seu controle pela União. Interessante ressaltar que tal rol é meramente exemplificativo, e não taxativo, haja vista a menção expressa que tal dispositivo faz a possibilidade de haver integralização com outros direitos com valor patrimonial.

De outra banda, o § 6º estipula que tal integralização dos bens se dará independentemente de licitação. Há de se dizer que tal previsão foi desnecessária, haja vista que o caso ora versado não se aplica naturalmente a nenhuma das hipóteses legais em que haja a obrigatoriedade de licitar.

Por sua vez, o § 7º vem a complementar o rol do § 4º do artigo 16, ao estatuir a possibilidade de que haja o aporte de bens de uso especial ou de uso comum para constituir o fundo, mediante a condição de que os mesmos devam ser desafetados de forma individualizada.

No que concerne às modalidades de garantias que podem ser prestadas pelos cotistas, estas serão definidas de acordo com o que for definido na assembléia dos cotistas, podendo ser de vários tipos. Visando uma exposição mais didática, tais formas serão abaixo elencadas, consoante dicção do § 1º do artigo 18 da Lei das PPPs:

a) fiança, sem que haja benefício de ordem para o fiador;

b) penhor de bens móveis ou de direitos integrantes do patrimônio do FGP, sem que haja transferência da posse da coisa empenhada antes da execução da garantia;

c) hipoteca de bens imóveis do patrimônio do FGP;

d) alienação fiduciária, permanecendo a posse direta dos bens com o FGP ou com o agente fiduciário por ele contratado antes da execução da garantia;

e) outros contratos que produzam efeitos de garantia, desde que não transfiram a titularidade ou posse direta dos bens ao parceiro privado antes da execução da garantia;

f) garantia, real ou pessoal, vinculada a um patrimônio de afetação, constituído em decorrência da separação de bens e direitos pertencentes ao FGP.

Expostas as modalidades de garantia que a lei enumera, há se de dizer que o referido rol não é taxativo, sendo meramente exemplificativo, podendo haver a concessão de outra modalidade de garantia, eis que na primeira parte do inciso V do § 1º do artigo 18, há menção a expressão "outros contratos que produzam efeito de garantia".

Portanto, com a legalidade da constituição do fundo e a garantia que os imóveis serão constituídos com base no suposto inadimplemento das obrigações por parte do Ente Concedente, não há que se falar, junto com a explanação dada alhures, de falta de garantias de cumprimento da contraprestação mensal devida ao futuro licitante ganhador.

O Fundo Municipal de Iluminação Pública de Ouro Preto dispõe de uma reserva no montante de R\$......, o que será utilizado para a garantia do pagamento das contraprestações.

Por fim, em relação a alegação da Impugnante que o valor máximo de contraprestação anual projetada para o último ano de concessão não alcançará o montante previsto de R\$12.400.000,00 (doze milhões e quatrocentos mil reais) não merece prosperar. Na calculadora oficial do Banco Central, disponível no link <https://www.bcb.gov.br/calculadora/calculadoracidadao.asp>, o valor atualizado futuro fica no montante de aproximadamente R\$12.831.432,25 (doze milhões oitocentos e trinta e um mil quatrocentos e trinta e dois reais e vinte e cinco centavos), demonstrando a liquidez dos cálculos e situações previstas no edital.

Ainda no que se refere ao novo ordenamento jurídico, foi introduzido um novo aspecto pela Lei nº 13.655/2018 que demonstrou uma preocupação muito grande com decisões que acarretem invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. Por isso, inseriu na LINDB dois dispositivos para tratar sobre o tema: o parágrafo único do art. 20 e o art. 21.

O art. 20, parágrafo único:

Art. 20. (...)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

e Confira agora o caput do art. 21:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Conforme a Justificativa dos juristas que auxiliaram na elaboração do anteprojeto:

O art. 21 "exige o exercício responsável da função judicante do agente estatal. Invalidar atos, contratos, processos configura atividade altamente relevante, que importa em consequências imediatas a bens e direitos alheios. Decisões irresponsáveis que desconsiderem situações juridicamente constituídas e possíveis consequências aos envolvidos são incompatíveis com o Direito. É justamente por isso que o projeto busca garantir que o julgador (nas esferas administrativa, controladora e judicial), ao invalidar atos, contratos, processos e demais instrumentos, indique, de modo expresso, as consequências jurídicas e administrativas decorrentes de sua decisão." (<https://www.conjur.com.br/dl/parecer-juristas-rebatem-criticas.pdf>)

Conjugando os arts. 20 e 21 da LINDB, podemos concluir que a decisão que acarrete a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá...

- demonstrar a necessidade e adequação da invalidação;
- demonstrar as razões pelas quais não são cabíveis outras possíveis alternativas;
- indicar, de modo expresso, suas consequências jurídicas e administrativas.

Vale ressaltar que tais exigências são aplicáveis para as esferas administrativa, controladora ou judicial. Como nenhuma das razões citadas nas impugnações, que inclusive restaram demonstradas que foram erroneamente interpretadas, cabe a esta comissão o respeito aos prazos e atos, praticar a convalidação de partes e vícios sanáveis sem que se cause prejuízo a administração.

Diante do exposto, a Comissão de Licitação julga pela IMPROCEDÊNCIA da impugnação apresentada por **SOPHIA PROJETOS DE EFICIÊNCIA LTDA**, não havendo irregularidades no processo.

Ouro Preto, 17 de julho de 2018.