

NOTA TÉCNICA JURÍDICA SEPAR Nº 21/2022

Porto Alegre, 08 de setembro de 2022.

Assunto: CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 0005/2022 – CONCESSÃO ADMINISTRATIVA DO PRESÍDIO DE ERECHIM – IMPUGNAÇÃO AO EDITAL.

À Comissão Permanente de licitação,

Esta Unidade de Concessões e PPPs apresenta a análise sobre a impugnação ao Edital:

1. DO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

A Impugnante encaminhou no dia 25 de agosto de 2022 pedido de impugnação ao Edital de Concorrência Pública Internacional nº 0005/2022 (“Edital”), instaurado pelo Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do item 4 do referido ato convocatório.

A Impugnante informou estar interessada em participar do processo licitatório, motivo pelo qual esta resposta é tempestiva, nos termos do item 4.4., combinado com o item 4.4.1 do Edital.

Em síntese, a Impugnante alega ser necessário maior detalhamento de aspectos relevantes para composição do preço e para efetiva prestação dos serviços contratados, em especial os relativos à: (i) mão de obra – médico psiquiatra; (ii) mão de obra – terapeuta ocupacional; (iii) mão de obra – farmacêutico; (iv) mão de obra – adicional de periculosidade; (v) modelo do negócio – dimensionamento do quantitativo do efetivo dos servidores do Poder Concedente; (vi) opex – alimentação valores inexequíveis; (vii) mão de obra – plano odontológico e assistência médica e exames admissionais; (viii) preço de referência do medicamento; (ix) ausência do custo do vale transporte na composição do preço do edital.

2. DO PROJETO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: DA NATUREZA REFERENCIAL DOS ESTUDOS TÉCNICOS

Inicialmente, cumpre esclarecer à impugnante que os projetos de concessão e de parcerias público-privadas (“PPPs”) se diferenciam do modelo tradicional de contratação pública, regidos pela Lei nº 8.666/93 ou pela Lei nº 14.133/21.

Na estruturação de projetos de concessões e PPPs, as informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos disponibilizados pelo Poder Público possuem caráter meramente indicativo, sendo utilizados para fins exclusivos de precificação

da concessão. Tais dados, incluindo o modelo financeiro e os estudos de engenharia e arquitetônicos são meramente referenciais e não vinculam os potenciais licitantes.

Com efeito, o §4º, do artigo 10 da Lei n.11.079/2004, é bastante claro ao dispor que:

“os estudos de engenharia para definição do valor do investimento da parceria público-privada deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica”.

Não cabe alegar, todavia, que os estudos preliminares aqui citados são irrelevantes ao processo. Pelo contrário, como será demonstrado a seguir tais estudos são essenciais para a tomada de diversas decisões ao longo do processo de estruturação da concessão, permitindo que o certame licitatório maximize a concorrência. Apesar disso, há que se situar qual o seu devido papel para não haver a interpretação equivocada da finalidade de tais estudos.

Isso se dá por conta de características peculiares das PPPs, que, diferentemente da modalidade tradicional de contratação de obra pública, costumam abranger, em seu escopo, não apenas a construção (ou significativa reforma) de ativos de infraestrutura, mas também a manutenção de tais bens e a prestação de serviços correlatos, por um longo prazo (não inferior a cinco anos, nem superior a 35 anos).

Assim, o que se espera do concessionário não é apenas a construção da infraestrutura, mas também a prestação de serviços aos apenados, aos agentes públicos e à sociedade em níveis de qualidade pré-especificados, em termos de segurança, disponibilidade e continuidade. Logo, a fim de maximizar a eficiência do contrato, os estudos e projetos que embasaram a construção dos documentos editalícios devem ser meramente indicativos, não vinculando o parceiro privado, que poderá aperfeiçoar os estudos e modelos disponibilizados pelo poder concedente, sem qualquer custo para este.

Com isto, o Poder Concedente espera que o licitante agregue sua experiência e ofereça soluções técnicas para a implementação da infraestrutura e prestação dos serviços, proporcionando eficiência e ganhos de escala que se traduzem em propostas mais vantajosas para o Poder Público.

Além do mais, a alocação de riscos em um instrumento de concessão administrativa difere de forma relevante de uma obra pública, principalmente pelos contratos serem de longo prazo (30 anos, no caso concreto). Deve-se ter em vista que a minuta de contrato de concessão atribui ao parceiro

privado uma significativa responsabilidade pela gestão e pelos riscos ao longo da vigência contratual. Portanto, flexibilidade contratual, com ferramentas adequadas de gestão, são essenciais para manter a resiliência do contrato ao longo do período da concessão, tornando-o mais eficiente.

Nesse sentido, o Acórdão nº 939/2011, do Tribunal de Contas da União, ilustra com clareza a visão acima apresentada, quando analisa caso de concessão de serviços públicos, *in verbis*:

“47. Não se pode, contudo, exigir o mesmo nível de detalhamento inerente a um certame por meio do qual a administração tenciona contratar uma obra pública em sentido estrito, pois no EVTEA de uma concessão, além de o concessionário não estar vinculado à solução construtiva vislumbrada pelo poder concedente, ele estará exposto a riscos maiores do que o de empresas contratadas diretamente para execução de obras por meio da Lei nº 8.666/1993, como se pode extrair facilmente da matriz de repartição de riscos da concessão.” (grifo nosso)

Outra questão a se considerar é que os modelos geralmente utilizados nas concessões comuns e administrativas são determinísticos, ou seja, dão conta de um cenário específico, com base em dezenas (muitas vezes centenas) de variáveis. Portanto, é natural se pensar em outros cenários possíveis. Daí a importância da alocação dos principais riscos de negócio ao concessionário, que geralmente tem melhor capacidade de gerenciar tais eventos de risco, podendo exigir um prêmio de risco menor que o custo provável que o Poder Público teria na hipótese de não transferir tais riscos, bem como de não se vincular a um modelo teórico, tampouco a uma Taxa Interna de Retorno (TIR) pré-determinada.

A boa prática na estruturação de projetos de concessão sugere que, na definição de modelos financeiros, há que se observar, como premissas, o conservadorismo e a prudência na elaboração de projeções contábeis e financeiras. Principalmente, no caso em questão, em que o processo passará por um processo concorrencial licitatório, onde os licitantes competirão por meio da oferta da menor contraprestação pública, permitindo a seleção da proposta mais eficiente e, portanto, mais vantajosa para a administração pública.

As mesmas observações valem para os projetos referenciais de arquitetura que são um dos principais *inputs* dos modelos financeiros. Caso fossem vinculativos, como nas obras públicas, o risco de projeto seria alocado ao Poder Concedente, com os problemas que isso implica e já conhecidos na administração pública brasileira.

Portanto, os estudos referenciais – inclusive os custos projetados de opex atacados na presente impugnação – atendem aos objetivos deste tipo de levantamento, de fornecer linhas gerais do projeto

que sirvam de ponto de partida para os licitantes na elaboração de seus próprios projetos, com a liberdade que legislação lhes franqueia.

Ademais, o projeto foi objeto de consulta pública e de avaliação do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. Portanto, os estudos referenciais foram objeto de escrutínio pela sociedade civil na oportunidade da consulta, tendo sido incorporadas as contribuições enviadas pelos interessados e ajustes solicitados pela Corte de Contas tanto em relação ao Capex como ao Opex.

A partir das contribuições obtidas, houve atualização dos estudos referenciais de Capex e Opex, que resultou no acréscimo de 4,5% no valor vaga dia (VVG DIA) passando de R\$197,64 (cento e noventa e sete reais e sessenta e quatro centavos), valor indicado na consulta pública, para R\$206,45 (duzentos e seis reais e quarenta e cinco centavos), valor indicado no edital de licitação. Da mesma forma, atualizou-se o valor da contraprestação máxima, inicialmente estipulada em R\$7.213.677,50 (sete milhões, duzentos e treze mil, seiscentos e setenta e sete reais e cinquenta centavos) para R\$ 7.535.425,00 (sete milhões, quinhentos e trinta e cinco mil, quatrocentos e vinte e cinco reais), valor indicado no edital de licitação.

Oportuno registrar também que esta comissão de licitação tem respondido prontamente aos pedidos de esclarecimento para sanar quaisquer dúvidas acerca do ato convocatório. A consulta às respostas está disponível por meio do endereço eletrônico <http://www.celic.rs.gov.br/index.php?menu=editaldetalhe&id=13117&link=Y29kdD0mY29kbT0mY29kcz0mb3Jncz0mZHRhaT0mZHRhZj0mcGVzcT0wMDUmcHJvY2Vzc289Jm9iamV0bz0mb3JkPQ==>.

Feitas estas considerações preliminares, esclarece-se ao impugnante que as projeções econômico-financeiras e a proposta deverão ser elaboradas por cada licitante à luz das diretrizes vinculativas indicadas no Caderno de Encargos, bem como nas obrigações definidas contratualmente e expostas na matriz de risco do contrato de concessão e na legislação aplicável. São estes documentos que descrevem quais são as obrigações que estarão a cargo da futura concessionária, quer em relação ao Capex, quer em relação ao Opex.

Com efeito, cumpre aos licitantes avaliar pormenorizadamente estes documentos e elaborar proposta a ser oferecida ao Poder Concedente – solução esta que não deverá reproduzir ou se ater aos estudos referenciais ofertados pelo Estado. Cada licitante tem ampla margem de discricionariedade para precificar sua proposta, pois entende-se que esta variará conforme a solução técnica adotada para cumprir as obrigações contratuais e legais impostas à concessionária.

Em síntese, tendo por base o caráter unicamente referencial dos estudos elaborados pelo Estado, reiteramos que é de responsabilidade da licitante elaborar seu próprio estudo e suas próprias

projeções econômico-financeiras a fim de formular sua proposta, observando-se sempre as obrigações definidas na matriz de risco, no caderno de encargos e na legislação aplicável.

3. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, sugerimos o não acolhimento da impugnação ora analisada mantendo-se inalterados os documentos licitatórios referentes à Concorrência Pública Internacional nº 0005/2022.

Assim, submetemos à deliberação dessa Comissão Permanente de Licitações.

Gabriel Sperotto Anawate
Analista Jurídico – UCPPP

Luana Breidenbach
Analista Jurídica – UCPPP

Carlos Eduardo da Silveira
Assessor Especial – UCPPP

Cesar Kasper de Marsillac,
Procurador do Estado – Coordenador Setorial do
Programa Estadual de Concessões e PPPs