

ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO
CPAC — CONSÓRCIO PÚBLICO DO AGRESTE CENTRAL SERGIPANO.

RECEBIDO EM 20/12/22


ECO TUWA CONSTRUÇÕES E MEIO AMBIENTE LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n. 21.427.139/0001-96, com sede na TV do Lago, nº 417, Igrejinha, Capanema – PA, CEP 68.700-220, por seu representante legal in fine assinado (doc. 01), vem, tempestivamente, IMPUGNAR o Edital nº 001/2022, referente à Concorrência Pública nº 001/2022, Processo nº 001/2022, pelos motivos que abaixo seguem:

I – DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

Quando da Consulta Pública feita pelo CPAC, na qual fora disponibilizado uma minuta do que viria a ser o Edital ora impugnado, a **ECO TUWA CONSTRUÇÕES E MEIO AMBIENTE LTDA** apresentou diversos pontos da referida minuta que clamavam por alteração, sob pena de ao não fazê-lo, sentenciar a presente licitação a nascer morta, pois teria seu objeto inexecutável.

Após a publicação do Edital ora vergastado, notou-se que, infelizmente, as considerações feitas pela ECO TUWA na correspondência apresentada na Consulta Pública não foram levadas em consideração, não restando alternativa à esta, senão reiterá-las, na forma de impugnação específica ao Edital.

I – DA INVIABILIDADE ECONÔMICA E FINANCEIRA DA CONCESSÃO

Conforme informado na Consulta Pública pela ora impugnante, o Contrato de Concessão é um contrato de prestação de serviços de longo prazo, que tem como objetivo viabilizar investimentos de grande vulto pela Concessionária, e em contrapartida garantir o retorno desses investimentos ao longo do prazo contratual com uma remuneração do capital atrativa a nível de mercado.

Em sentido contrário ao quanto acima discorrido, o Plano de Negócios referência do Edital ora impugnado, demonstra que a Concessão Administrativa dos Serviços Públicos de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos dos Municípios abrangidos pelo CPAC, passará a ter resultado positivo apenas no seu último ano, ou seja, no trigésimo ano de contrato.

Apesar da expectativa natural de qualquer ente licitante no sentido de que os concorrentes consigam a partir dos estudos do Edital, formular propostas competitivas que contemplem redução dos custos atrelados ao Projeto, maximização de receitas, e ganhos de eficiência, ainda assim, quando nos deparamos com as obrigações de investimentos (CAPEX) da ordem de quase quarenta milhões de reais, *vis a vis* o fluxo da contraprestação estimada no Plano de Negócios, a conclusão que se chega aponta para a inviabilidade econômica e financeira do Projeto, tendo em vista, inclusive, a necessidade de se precificar riscos da Concessionária previstos no Edital.

Dessa forma, se faz necessário uma ampla revisão das premissas econômicas e financeiras consideradas no Edital, visando endereçar e solucionar algumas questões básicas, tais como:

- a) A necessidade de viabilizar um “*pay back*” e taxa interna de retorno mais atrativos, sob pena de comprometer a sua financiabilidade e assim a sua execução;
- b) alocar à Concessionária 100% (cem por cento) das receitas acessórias, deixando para os licitantes levarem essa condição em consideração na formulação do desconto da contraprestação na sua proposta de preço a ser ofertada.

Resta, portanto, impugnado tal item.

II – DO PRAZO INEXEQUÍVEL PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

De acordo com a Cláusula 6.3 da minuta do Contrato de Concessão anexa ao presente Edital, a Concessionária terá o prazo de 12 (doze) meses contados a partir da DATA DE PUBLICAÇÃO DO CONTRATO, para iniciar a execução da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.

Nesse contexto, verifica-se no item 3.1.3 do Caderno de Encargos (Anexo XI do Edital) que a Concessionária terá o prazo de 90 (noventa) dias para executar a fase de “Pré-Implantação” do Projeto, que por sua vez, de acordo com o item 4.1.1 do Projeto Básico / Termo de Referência:

“os investimentos na pré-implantação envolvem todas as as atividades antecedentes à execução das obras de implantação. Estão envolvidos nessa categoria os custos com os estudos preliminares, dimensionamento do projeto, licenciamentos, projeto básico e executivo, estudos de demanda, aquisição de área e os estudos presentes nesse documento.”

Ocorre que, na prática, o prazo de 90 (noventa dias) para viabilizar a licença prévia e de instalação é inviável, tendo em vista a necessidade de elaboração de diversos estudos ambientais complexos exigidos por lei, o que já demandaria um prazo maior.

Não bastasse o quanto acima fundamentado, há que se chamar especial atenção para o fato de que a submissão desses estudos ao órgão licenciador competente para análise, aprovação e emissão das respectivas licenças, demanda prazo que está fora do controle da Concessionária, e, com certeza, pela experiência prática de projetos desta natureza, demandará prazo mais longo para cumprimento do licenciamento ambiental do Projeto previsto na sua fase de Pré-Implantação.

Importante destacar que o processo licitatório tem como objetivo primordial poder propiciar à Administração Pública, através de um conjunto de fatores, a melhor proposta para contratar.

Dentro desse conjunto de fatores encontram-se não apenas as garantias relacionadas à pessoa a ser contratada pela Administração Pública (idoneidade, capacidade financeira e técnica, etc), mas também as garantias relacionadas ao próprio objeto do contrato administrativo futuramente firmado.

A razão de ser dessas garantias é, justamente, dificultar que o objeto do Contrato Administrativo futuramente firmado deixe de ser cumprido pela contratada.

Visando garantir que o objeto do Contrato Administrativo seja efetivamente cumprido por quem a Administração contratar, é que a legislação permite que o Edital exija das licitantes comprovações mínimas acerca de sua capacidade para executar o serviço, bem como veda que o mesmo contenha dispositivos que impossibilite a sua execução por quem sagrar-se vencedor do certame.

Evitar a inexecuibilidade de um serviço contratado, é uma das razões de ser do processo licitatório, conforme preconiza o art. 11, III, da Lei nº 14.133/2021, senão veja-se.

“Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

- I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;
- II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;
- III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;”

Importante destacar, que a inexecuibilidade de execução de um objeto de Contrato Administrativo não está necessariamente vinculada ao preço da proposta contratada, mas sim a toda e qualquer particularidade que torne, na prática, o serviço impossível de ser realizado por quem quer que vença a licitação.

Assim sendo, tem-se que os prazos acima informados encontram-se fora do mínimo razoável, tornando-os impossível de serem cumpridos por quem quer que seja, razão pela qual restam, desde já impugnados.

III – FLUXO ONEROSO DE INTEGRALIZAÇÃO DO CAPITAL SOCIAL DA CONCESSIONÁRIA

Normalmente, o capital social da Concessionária (“*equit*”) somado aos recursos a serem captados no mercado financeiro são as fontes de financiamento de qualquer projeto de infraestrutura, tal qual o objeto da presente licitação.

Nesse contexto, é uma *praxe* de mercado considerar que até 30% (trinta por cento) de recursos necessários para a realização dos investimentos da Concessionária sejam advindos do “*equit*”, e o restante (até 70% - setenta por cento) sejam advindos através de financiamento contratado com o mercado financeiro.

Assim, visando não onerar o fluxo de financiamento do Projeto sem necessidade, é muito comum que o fluxo de integralização do capital social da Concessionária seja estabelecido levando-se em consideração a necessidade de capital para a execução do CAPEX, tendo como base a proporção acima citada.

Partindo dessas premissas, observa-se que a regra de integralização do capital social da Concessionária estabelecida na Cláusula 8.3 da minuta do Contrato de Concessão exige que o capital esteja todo integralizado no prazo de até 18 (dezoito) meses contados da data de sua vigência, enquanto que a realização da execução do CAPEX estimado para o Projeto está previsto para ocorrer durante os onze primeiros anos da Concessão.

Portanto, verifica-se que o fluxo de integralização do capital social da Concessionária considerado no Projeto está oneroso, devendo o mesmo ser diluído em maior prazo, sem que isto gere risco de inadimplemento do CAPEX previsto.

Assim sendo, resta impugnado o referido item do Edital.

IV – DO BAIXO VALOR DA GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO

O § 2º art. 56 da Lei 8.666/93 estabelece, como regra geral, o limite de até 5% (cinco por cento) do valor do contrato para exigência pelo Contratante de garantia de cumprimento de execução do contrato pelo Contratado, sendo certo que conforme previsto no § 3º do referido dispositivo legal, excepcionalmente, para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, esse limite pode ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato.

Já a parte final do inciso XV, do art. 18, da Lei 8.987/95 estabelece, como limite de garantia em contratos de concessão comum, o valor das obras, o que pode significar muito mais do que 10% (dez por cento) do valor do contrato de concessão, sendo certo que esta hipótese se aplica aos contratos de PPPs, concessões patrocinadas e administrativas, por conta do art. 3º *caput* e parágrafo único, da Lei 11.079/2004.

Analisando o item 16.3.1 do presente Edital, observa-se que a exigência de garantia de cumprimento de execução contratual é no montante equivalente a apenas 5% (cinco por cento) do valor relativo ao primeiro (dos 30 anos) de operação do Contrato.

Ora, não se está falando aqui, de 5% sobre o valor total do contrato, mas sim de 5% sobre 1/30 do valor total do Contrato, o que significa um montante bem abaixo do que o ordenamento jurídico exige para projetos complexos semelhantes ao objeto do presente Edital.

Trata-se de garantia irrisória!

Nem se venha argumentar que tal valor irrisório visa aumentar a concorrência, posto que de nada vale uma alta concorrência na licitação, se esta for formada por licitantes que oferecem um risco incalculável de não conseguir executar o objeto do contrato futuramente firmado com a Administração Pública.

Importante salientar ainda, que além da exigência de valor irrisório a título de garantia de execução da obra, o Edital ora impugnado estabeleceu em seu item 9.6.1.3, como capital social mínimo para as licitantes, apenas o valor de 1% sobre o valor total estimado do

Contrato Administrativo, lembrando que em ambos os casos (garantia e capital social mínimo) o valor pode ser formado através da soma de inúmeras empresas, tendo em vista que o Edital permite o ingresso de licitante sob a forma de Consórcio e não estabelece limite algum para a quantidade de empresas consorciadas.

Assim sendo, tem-se que a junção dos itens acima descritos formam um risco incalculável para a Administração Pública, vez que abrem a concorrência para empresas sem a mínima condição de executar o contrato administrativo que advirá da presente licitação, sem que o CPAC tenha uma garantia minimamente realista, que faça frente ao provável prejuízo.

Restam, portanto, impugnados os itens ora mencionados.

V - Ausência de Exigência de Qualificação Técnica Técnico Operacional

Surpreendentemente, verificou-se que o Edital de Licitação não exige comprovação de qualificação técnico-operacional (da empresa), se limitando, apenas, a exigir comprovação de qualificação técnico-profissional (de funcionário pertencente ao quadro da empresa quando da entrega dos envelopes de habilitação).

Ora, exigir apenas a qualificação técnico-profissional deixa margem para que qualquer licitante sem experiência anterior contratar, convenientemente, um profissional com experiência relacionada ao objeto da Concessão, e manter uma contratação simulada durante a execução do contrato.

A ausência de exigência de capacidade técnico-operacional gera risco para o Poder Concedente, posto que abre margem para este contratar empresas sem experiência técnica prévia na execução de empreendimentos com características e complexidade similares ao do objeto da Licitação.

Como forma de evitar essa situação, deve-se juntamente com a exigência de qualificação técnico-profissional, exigir atestados que comprovem que a licitante já executou obras similares em quantitativos e complexidade.

Não por acaso a Lei 8.666/93 dispõe em seu art. 30, inciso II, que: *A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: (...) II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos*”, sendo certo que este dispositivo deve ser interpretado conjuntamente com o § 3º do mesmo artigo, a saber: *“Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior”*.

De forma ainda mais expressa, foi o art. 67, II da Lei nº 14.133/2021, conforme abaixo se verifica:

“Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;”

Nesse sentido, inclusive, o tribunal de Contas da União possui posição muito clara acerca da diferença entre a capacidade técnico-profissional e capacidade técnico-operacional, senão vejamos o trecho do Acórdão 2208/2016 – Plenário, de relatoria do Min. Augusto Sherman:

“Não se admite a transferência do acervo técnico da pessoa física para a pessoa jurídica, para fins de comprovação de qualificação técnica em licitações públicas, pois a capacidade técnico-operacional (art. 30, inciso II, da Lei 8.666/93) não se confunde com a capacidade técnico-profissional (art. 30, § 1º, do inciso I, da Lei 8.666/93), uma vez que a primeira considera aspectos típicos da pessoa jurídica, com instalações, equipamentos e equipe, enquanto a segunda relaciona-se ao profissional que atua na empresa.”

Portanto, a ausência de exigência de qualificação técnico-operacional para o Projeto verificada na minuta do Edital deve ser revista, e o mesmo deve contemplar exigências desta natureza compatíveis com a complexidade da Concessão.

VI - Exigência de Visita Técnica

A exigência de visita técnica tem sido admitida pelo Tribunal de Contas da União apenas em casos excepcionais, nos quais se verifiquem a real necessidade dos licitantes conhecerem o local de execução do objeto contratual, conforme observa-se do trecho extraído do Acórdão n. 906/2012 – Plenário, no qual está Corte de Contas expediu as seguintes determinações ao órgão licitante:

“Abstenha-se de inserir em seus instrumentos convocatórios cláusulas impondo a obrigatoriedade de comparecimento ao local das obras quando, por sua limitação de tempo e em face da complexidade e extensão do objeto licitado, pouco acrescente acerca do conhecimento dos concorrentes sobre a obra/serviço, de maneira a preservar o que preconiza o art. 3º caput, e § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, sendo suficiente a declaração do licitante de que conhece as condições locais para a execução do objeto”.

No presente caso, atendendo ao quanto determinado pelo TCU, o Edital exigiu a realização de visita técnica, contudo, conforme se verifica no item 9.5.2, permite-se que as

licitantes realizem a referida visita até as 12h do dia 10/01/2023, ou seja, apenas 1 dia e meio antes da sessão da licitação.

Em verdade, o que se nota é que é impossível em apenas 1 dia e meio as licitantes que utilizarem o termo final do prazo estabelecido no item 9.5.2 chegarem a qualquer tipo de conclusão séria e fundamentada acerca do que viram.

Ora, se em apenas 1 dia e meio as licitantes conseguem elaborar laudos e estudos relativos a visita técnica a contento, não há justificativa para a existência de visita técnica alguma, vez que o objeto da licitação não poderia ser de grande complexidade.

Tratando-se de objeto de alta complexidade, e de valor estimado vultoso, não há como se estabelecer um prazo tão apertado quanto o previsto no item 9.5.2 do Edital, devendo, portanto, constar como termo final do prazo para a realização da visita técnica, no mínimo, o dia 05/01/2023.

VII – CONCLUSÃO

Diante do quanto acima fundamentado, restam impugnados os itens do presente Edital, pelo que requer sejam alterados para atender ao quanto determina a legislação vigente.

Salvador, 16 de dezembro de 2022.

ANDRE LUIZ SEIXAS

OLIVEIRA:31303820544

Assinado de forma digital por

ANDRE LUIZ SEIXAS

OLIVEIRA:31303820544

Dados: 2022.12.16 18:01:14 -03'00'

ECO TUWA CONSTRUÇÕES E MEIO AMBIENTE LTDA