



GOVERNO DO ESTADO DE MINAS GERAIS
Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública
Diretoria de Compras

Resposta Impugnação 6 - Empresa Reale Construções - SEJUSP/DCO

Belo Horizonte, 10 de maio de 2024.

RESPOSTA AO PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL Nº 234/2023

RELATÓRIO

Trata-se de impugnação ao Edital de Concorrência Pública nº 234/2023, apresentada por Antonio Elias dos Santos, em nome de Reale Construções LTDA, ora Impugnante, em 07/05/2024.

Em síntese, a Impugnante alega (i) ausência de divulgação dos estudos econômico-financeiros; (ii) incoerência entre as datas-base do Edital e das Propostas Comerciais; (iii) necessidade de previsão de período de carência e revisão dos indicadores do Sistema de Mensuração de Conformidade e Desempenho; (iv) irrazoabilidade na alocação de riscos à Concessionária; e (v) irrazoabilidade do critério de contabilização de falhas em caso de ausência de funcionário da Concessionária de capacitação ofertada pelo Poder Concedente.

Diante dessas alegações, requer preliminarmente a suspensão do procedimento licitatório até a republicação do Edital com a reabertura integral do prazo para oferecimento de propostas.

Expostas as principais razões, passa-se à análise de tempestividade e mérito.

DA TEMPESTIVIDADE

A impugnação em questão é tempestiva, vez que fora apresentada dentro do prazo estabelecido no Art. 41, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993, aplicável a este certame, e no Item 4.1 do Edital, devendo, portanto, ser recebida e conhecida pela Comissão Especial de Licitação

DA ANÁLISE DO MÉRITO

No mérito, os argumentos apresentados não merecem prosperar pelas razões que seguem.

1. ALEGADA ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE DIVULGAÇÃO DOS ESTUDOS ECONÔMICO-FINANCEIROS.

Alega a Impugnante inobservância do Art. 21 da Lei Federal nº 8.987/1995 quanto à divulgação dos estudos econômico-financeiros aos interessados.

O argumento não merece prosperar.

Os estudos foram elaborados para fim de estruturação dos documentos editalícios e possuem caráter meramente referencial. Como demonstrado na própria impugnação, foram disponibilizados o “Plano de Negócio Referencial” e o “Modelo Econômico-Financeiro Simplificado”, os quais, por sua vez, consolidam as informações dos estudos efetuados de utilidade para a elaboração das propostas e, por conseguinte, para a licitação. Atendendo-se, dessa forma, à finalidade da legislação.

Diante disso, oportuno se faz evidenciar, nos termos do Item 10.2 do Edital, a responsabilidade das licitantes pela elaboração de seus próprios estudos e levantamentos para construção de suas propostas, de forma que seja evidente o nível de eficiência que se pretende atingir, considerando as obrigações e disposições contratuais que devem ser cumpridas.

As informações disponibilizadas são suficientes para a elaboração de propostas comerciais, contemplando os investimentos necessários e as despesas operacionais. Ademais, também foram disponibilizados, como documentos referenciais, aos interessados o resultado de levantamentos e consultas realizados junto a órgãos públicos e concessionários relacionados à implantação dos empreendimentos.

A partir dessas informações, é responsabilidade dos licitantes a elaboração de cálculos relativos à forma de prestação de serviços, inclusive porque é exatamente a partir da mensuração de custos e ganhos de eficiência que resultará na competição de propostas por preços

2. MODELO ECONÔMICO-FINANCEIRO. DATA-BASE. ALEGADA INCOERÊNCIA ENTRE PROPOSTA COMERCIAL E VALOR ESTIMADO DO CONTRATO

Alega a Impugnante incoerência na possibilidade de os interessados apresentarem suas propostas comerciais na data-base para o recebimento dos envelopes, uma vez que o Plano de Negócios Referencial não será atualizado e tem por data-base julho de 2023.

Sustenta que, em razão dessa incongruência, deveria ser possível haver oferta de Contraprestação Mensal superior ao valor limite estabelecido para a Contraprestação Mensal Máxima.

Afirma que essa dissonância também se apresenta em razão da forma de cálculo do valor estimado para a contratação, que considera a soma das contraprestações trazidas a valor presente, descontadas ao custo de capital do projeto.

Contudo, o argumento não merece prosperar.

O Plano de Negócios Referencial se trata de documento referencial e não vinculante para a Concessão. Neste sentido, o valor de contraprestação a ser praticado corresponderá àquele ofertado na proposta comercial vencedora e, portanto, seguirá a condição particular das estruturas de custos, financiamento, custo de capital e eventuais sinergias da Concessionária.

Importa ainda salientar que a concessão de reajuste, observados os termos legais, enseja a transcorrência de um período de 12 (doze) meses. O período entre a data-base dos estudos, julho de 2023, e a entrega dos envelopes, maio de 2024, não configura, portanto, o referido lapso temporal para os fins legais.

Entende-se, assim, que a manutenção da data-base dos estudos não altera de forma relevante a viabilidade do projeto, tendo em vista o prazo total da Concessão e os mecanismos já previstos contratualmente para correção periódica da Contraprestação.

3. ANEXO 5. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DO PERÍODO DE CARÊNCIA PARA APLICAÇÃO DOS INDICADORES.

Argui a Impugnante que a incidência progressiva do Sistema de Mensuração de

Conformidade e Desempenho pelos primeiros 12 (doze) meses de operação sugere que esse período de escalonamento visa apenas o ganho econômico, quando, em verdade, deveria oportunizar a avaliação e a busca da eficácia dos mecanismos de mensuração.

Sugere que, durante os primeiros 18 (dezoito) meses de operação, o desempenho da Concessionária fosse medido, mas que não houvesse impacto em sua remuneração. Alega que esse período de carência teria por finalidade certificar que os indicadores e os critérios adotados são capazes de produzir os efeitos esperados.

Sustenta a Impugnante que deveria ser prevista a possibilidade de revisão e alteração dos indicadores, após defendido o período de carência, de modo a tornar o Sistema de Mensuração de Conformidade e Desempenho mais efetivo.

Contudo, o argumento não merece prosperar.

Em primeiro lugar, entende-se que a argumentação apresentada não trata de irregularidade na aplicação da legislação, mas de pleito baseado em inquietudes dos interessados, as quais, por sua vez, já foram acomodadas quando da republicação dos documentos licitatórios, de forma a favorecer a concorrência e garantir uma aplicação justa do Sistema de Mensuração de Conformidade e Desempenho.

Nesse sentido, importa enfatizar que, na primeira rodada de solicitações de esclarecimentos, foi questionado o período de incidência progressiva do Sistema de Mensuração de Conformidade e Desempenho e, principalmente, da Taxa de Aprendizagem, até então compreendido em 6 (seis) meses. Considerando as solicitações apresentadas e a complexidade da concessão, referido período foi estendido, de forma que o escalonamento da Taxa de Aprendizagem se estenderá durante 12 (doze) meses após o início da operação. Não, portanto, sendo cabível nova ampliação.

Além disso, o período de 12 (doze) meses contempla todos os indicadores, considerando que a grande maioria deles é mensal, assim esse período confere prazo suficiente à Concessionária para adequação da prestação de serviços. Ademais, a estipulação de período superior a este poderia, ao contrário, prejudicar a prestação adequada dos serviços e, conseqüentemente, prejudicar o atendimento dos adolescentes privados de liberdade.

Da mesma forma, tampouco se apresenta viável e alinhada aos preceitos da execução da política pública a previsão da possibilidade de revisão e alteração dos indicadores após um período de carência. Isso porque os indicadores foram estruturados considerando elementos obrigatórios que são estabelecidos pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo.

Não obstante, de modo a conferir factibilidade à aplicação dos verificadores, a metodologia detalhada para sua verificação deverá ser acordada entre a Concessionária, o Poder Concedente e o Verificador de Conformidade antes do início da operação, nos termos previstos no Anexo 5 - Sistema de Mensuração de Conformidade e Desempenho, por meio do Plano para Mensuração de Conformidade e Desempenho.

4. MINUTA DO CONTRATO DE CONCESSÃO. ALEGADA IRRAZOABILIDADE DA ALOCAÇÃO DE RISCOS.

Argui a Impugnante que riscos em face de vandalismo e depredação por adolescentes não podem ser alocados à Concessionária, uma vez que somente podem ser evitados pela atuação direta do Poder Concedente no exercício privativo do poder de polícia, com base no Art. 83-B da Lei de Execuções Penais.

Sustenta, nesse sentido, que cabe somente ao Estado atuar para evitar e controlar atos de vandalismo, rebeliões, motins depredação e furtos, não sendo possível nenhuma atuação pela Concessionária para evitá-los. Por conseqüência, aponta que não seria possível atribuir-lhe responsabilidade pela prevenção desses eventos, tampouco culpa por danos associados.

Ademais, alega que há riscos que não são passíveis de serem cobertos por contratos de seguro ou garantia. Ou, ainda que sejam, apresentam custos associados que inviabilizam sua contratação. Não sendo possível, por esse motivo, exigir que todo e qualquer risco seja coberto por garantia ou seguro,

de modo que a exigência destes seja objetivamente justificada.

Sustenta a Impugnante que as Cláusulas 31 e 37 da Minuta do Contrato de Concessão deveriam ser alteradas para alocar o risco em face de atos de tumulto, vandalismo, depredação, furtos e atos dolosos exclusivamente ao Poder Concedente.

Igualmente, defende a Impugnante que a Alínea “u)” da Cláusula 31.3 deveria ser suprimida, sob o fundamento de não ser razoável imputar responsabilidade exclusiva à Concessionária por atrasos, custos e outros impactos decorrentes da ocorrência de greves ou dissídios coletivos de empregados ou terceiros contratados ou alocados na prestação dos serviços pela Concessionária.

O argumento não merece prosperar. Em primeiro lugar, é necessário evidenciar a diferença entre o Sistema Socioeducativo e o Sistema Prisional, devendo ser observadas e zeladas as particularidades da política pública socioeducativa, notadamente quanto à legislação aplicável.

Como já mencionado em outras oportunidades, a matriz de riscos foi definida considerando a parte que melhor pode administrar cada um desses riscos. E, evidentemente, aqueles que fogem do controle da Concessionária não foram a ela imputados.

O mencionado risco não pressupõe delegação do poder de polícia, mas tão somente a responsabilidade de a Concessionária manter a prestação de serviços de forma adequada para que não haja prejuízos aos bens envolvidos na Concessão. Assim, oportuno se faz acentuar que a prevenção da materialização desses riscos não ocorre somente mediante exercício do poder de polícia em situações de crise, mas também pode ocorrer por meio da adequada prestação dos serviços, a depender do caso concreto.

Por fim, importa considerar que a Lei Federal nº 8.987/1995, à concessão subsidiariamente aplicável, define a concessão de serviços públicos como a delegação de sua prestação a um ente privado, para sua exploração, por sua conta e risco. Evidente que hoje existem estudos que demonstram que essa locução “conta e risco” não significa que todo e qualquer risco seria passível de atribuição ao concessionário, mas que os riscos do negócio, como o prejuízo patrimonial que de uma anormalidade advenha, ou mesmo a gestão de funcionários, seguem sendo de responsabilidade da Concessionária. Ora, se a prestação de serviços hipoteticamente ocorresse sob a égide do Direito Privado, em um ambiente não regulado, os riscos do negócio estariam igualmente atribuídos àquele que presta o serviço.

5. ANEXO 5. ALEGADA IRRAZOABILIDADE DA CONTABILIZAÇÃO DO INDICADOR - FALHA NA PARTICIPAÇÃO DE CURSOS DO PODER CONCEDENTE.

Alega a Impugnante a irrazoabilidade do critério de contabilização de falhas em caso de ausência de funcionário da Concessionária de capacitação ofertada pelo Poder Concedente, previsto no Item 6.11.5.5.3 do Anexo 5 - Sistema de Mensuração de Conformidade e Desempenho. Nesse sentido, sustenta que a contabilização de um ponto de falha por cada ausência, ainda que justificada, implica em alocar à Concessionária um risco de diminuição de receita por ato que independe de suas ações.

Contudo, o argumento não merece prosperar.

Isso porque as capacitações ofertadas pelo Poder Concedente tratam de temáticas indispensáveis para a execução adequada do atendimento socioeducativo, ou seja, abordam metodologias e orientações para o atendimento dos adolescentes e, portanto, balizam a execução da medida socioeducativa de internação em todas as unidades do Estado. Portanto, a participação dos profissionais da Concessionária nessas formações é imperiosa para que a operação da parceria público-privada esteja conforme as diretrizes da política socioeducativa de Minas Gerais.

Ademais, diante da oferta de capacitações pelo Poder Concedente, caberá à Concessionária, considerando as disposições do Anexo 3 - Caderno de Encargos, designar os profissionais que deverão participar de cada uma, considerando o número de vagas e público-alvo.

A redação ora impugnada, na verdade, visa garantir uma prestação de serviços eficiente e sem qualquer prejuízo no atendimento socioeducativo, ainda que para isso seja necessária a realização de capacitações, que são, portanto, obrigatórias.

CONCLUSÃO

Diante dos fatos e fundamentos apresentados, **conheço a impugnação por ser tempestiva e, no mérito, julgo improcedentes os pedidos, permanecendo inalteradas as disposições contidas no Edital da Concorrência nº 234/2023.**

Por fim, esclarece-se que o Estado de Minas Gerais e a Comissão de Licitação seguem empenhados na construção do modelo de concessão que melhor atenda ao interesse público, sem prejuízo à sua atratividade econômico-financeira.

David da Silva Campos

Presidente da Comissão Especial de Licitação

Giselle da Silva Cyrillo

Subsecretária de Atendimento Socioeducativo

Dilmo Andrade da Rocha

Assessor Chefe

Assessoria de Gestão de Parceria Público-Privada - AGPPP

[1] Nesse sentido, ver: BURGER, Philippe; HAWKESWORTH, Ian. How To Attain Value for Money: Comparing PPP and Traditional Infrastructure Public Procurement. OECD Journal on Budgeting, 2011.

[2] Nesse sentido, ver: RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs. Melhores Práticas em Licitações e Contratos. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 133; e FALDINI, Cristiana Corrêa Conde; GASPARINI, Luciana R. Laurenza Saldanha; PRADO, Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 77/78, 2013, p. 129.



Documento assinado eletronicamente por **Dilmo Andrade da Rocha, Assessor Chefe**, em 10/05/2024, às 08:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **Giselle da Silva Cyrillo, Subsecretária**, em 10/05/2024, às 10:07, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



Documento assinado eletronicamente por **David da Silva Campos, Diretor**, em 10/05/2024, às 11:31, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 47.222, de 26 de julho de 2017](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.mg.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **88049271** e o código CRC **C7C825C2**.