

EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 001/2023

Resposta à impugnação da NEXWAY COMERCIO E PRESTACAO DE SERVICOS EM ENERGIA S.A.,

O Município de Alagoinhas, por intermédio da Comissão de Licitação, divulga ao público em geral a resposta à impugnação (“Impugnação”) da Nexway Comercio e Prestação de Serviços em Energia S.A. (“Impugnante”) ao Edital de Concorrência nº 001/2023 para Concessão Administrativa para delegação dos serviços de iluminação pública do Município, incluídos a instalação, melhoramento, desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede.

De início, vale mencionar que a concessão administrativa em epígrafe é fruto de uma parceria da Prefeitura com a Caixa Econômica Federal, sendo que os documentos produzidos adotam padrão aplicado em diversos outros municípios brasileiros, cujos editais foram amplamente escrutinados pelos órgãos de controle e os contratos assinados com êxito.

A seguir, apresenta-se as razões pelas quais a impugnação foi indeferida.

I – BREVE SÍNTESE DA IMPUGNAÇÃO

1. A Nexway Comercio e Prestação de Serviços em Energia S.A. apresentou, em 22 de junho de 2023, impugnação na qual requereu a revisão dos documentos editalícios, para:

- exigir a apresentação do plano de negócios da licitante vencedora;
- alterar a exigência de integralização de capital social mínimo e a restrição a sua diminuição ao longo do contrato;
- suprir supostas insubsistências do projeto que impedem a formulação da proposta e/ou importam em oneração do contrato; e
- alterar a fixação de percentuais na parcela a e parcela b da contraprestação mensal efetiva para remunerar os investimentos realizados pela concessionária.

II – DO CONHECIMENTO DA IMPUGNAÇÃO

2. A Impugnação foi encaminhada tempestivamente, no dia 22 de junho de 2023, aos endereços de correio eletrônico indicados no Edital de Concorrência nº 001/2023 (“Edital”), observados, portanto, o prazo e forma indicados no instrumento convocatório e na legislação aplicável (art. 41, §1º da Lei Federal nº 8.666/1993), devendo, portanto, ser recebida e conhecida pela Comissão de Licitação.

III – DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

III.1. Da desnecessidade de apresentação do plano de negócios pela Proponente Vencedora

3. Alega a impugnante que haveria “*erro do ato convocatório ao não exigir, pelo menos da Licitante Vencedora, a apresentação do Plano de Negócios*”, tendo em vista que, em sua visão, esse documento seria essencial para verificar a exequibilidade das propostas.

4. De início, cabe mencionar que o Edital não veda a solicitação do Plano de Negócios da licitante vencedora para aferição da exequibilidade da proposta. Em verdade, o item 17.4 do Edital confere amplos poderes para a Comissão de Licitação “*Nos termos do Subitem 15.2 (ii), a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO poderá promover diligência para esclarecer ou complementar o julgamento da PROPOSTA COMERCIAL da PROPONENTE mais bem classificada, solicitando informações adicionais para a verificação da exequibilidade da sua PROPOSTA COMERCIAL.*”.

5. Nesse contexto, apesar de não existir obrigação ou dever da Comissão de Licitação solicitar, a priori, o plano de negócios da Proponente mais bem avaliada, a Comissão goza de prerrogativa para, de maneira discricionária, solicitar o referido documento, caso entenda como necessário para sanar dúvida sobre a exequibilidade da proposta.

6. A possibilidade de, analisando o caso concreto, a Comissão de Licitação solicitar o referido documento, por si só, demonstra que não há razão para suspensão da licitação por esse motivo.

7. Vale destacar que tampouco há exigência legal de solicitação do plano de negócios da licitante vendedora.

8. Bem por isso, é prática comum nos editais para concessões e PPPs atuais que não se exija a apresentação do plano de negócios. Com efeito, diversos editais sem essa exigência foram validados pelos tribunais de contas. Especificamente em relação às recentes PPP de Iluminação Pública modeladas pela Caixa e analisadas pelos tribunais de contas locais, cite-se o edital ora impugnado e os editais de Ponta Grossa/PR e Nova Lima/MG. Além disso, diversos outros projetos, cujos contratos já estão sendo inclusive executados, como é o caso de Campinas/SP, Aracaju/SE e Belém/PA não continham qualquer previsão nesse sentido, de modo que não há que se falar em razão para suspensão da licitação de Alagoinhas/BA simplesmente por não exigir, a priori, a entrega do plano de negócios.

9. A razão para tal configuração editalícia é que a principal baliza para examinar a exequibilidade da proposta pela Administração são os estudos prévios que nortearam a modelagem da PPP, os quais são elaborados de forma neutra e idônea, por consultoria especializada, a partir da análise de mercado, estabelecendo parâmetros não só para definição do valor da contraprestação máxima, como também estimativas de custo e receitas para a execução do objeto da PPP, bem como a esperada taxa de atratividade da concessão.

10. Conforme explica Floriano de Azevedo Marques e Caio Loureiro, diferentemente do que ocorre no contrato regido pelas normas gerais da Lei 8.666/1993, a concessão pressupõe maior liberdade das proponentes para avaliar a alocação de riscos, *“sua probabilidade de ocorrência, seus impactos no contrato e, principalmente, dos elementos que possam impedir ou tornar mais difícil sua ocorrência, ou que, diante do sinistro, permitam mitigar de modo célere e eficiente os efeitos desses riscos”*¹. Nesse contexto, nas concessões há *“uma abertura maior à conformação da prestação a partir de soluções concebidas pelo concessionário”*, garantindo liberdade para *“a concepção e estruturação dos seus investimentos (buscando otimizar seus custos e tornar o mais eficiente*

¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. LOUREIRO, Caio de Souza. O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: Contratos Administrativos, Concessões, Parcerias Público-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação. Belo Horizonte: Forum, 2020)

possível para sua operação) até a maximização de suas receitas, inclusive mediante a obtenção de fontes ancilares”².

11. Como consequência, cada licitante terá uma maior liberdade na conformação de suas premissas negociais, a partir da construção de soluções próprias, conforme sua *expertise*, sua visão de negócio, seu apetite a maiores riscos e a geração de ganhos de escala a partir de contexto e estratégias próprios. Essa é a justificativa pela qual Maurício Portugal defende que não haveria sentido em exigir o plano de negócios para a finalidade aventada pelo Impugnante, *in verbis*:

Em primeiro lugar, porque é muito difícil de estabelecer critérios objetivos para distinguir o que é uma proposta agressiva (e, portanto, viável, mas ousada), do que é uma proposta inexecutável.

[...]

Além disso, exatamente pela dificuldade de realizar a distinção entre proposta agressiva e proposta inexecutável, é também difícil para os agentes públicos integrantes da comissão de licitação, bancar, da perspectiva política, declarar inabilitado um participante da licitação que, tendo oferecido garantias de proposta reputadas válidas, declara ser capaz de prestar o serviço por um preço muito menor do que o de seus concorrentes. Note-se que desqualificar esse participante da licitação sem ter um fundamento objetivo e relevante, é como renunciar a benefícios financeiros para o usuário do serviço e para a Administração.

Por último, note-se que, da perspectiva econômica, a principal razão porque a licitação é necessária para a concessão comum e PPP, é a grande assimetria de informação no que toca à avaliação da concessão enquanto um negócio. Neste contexto, é até mesmo previsível que alguns participantes da licitação – por uma série de razões que envolvem a sua visão do negócio, sua estratégia, as sinergias com outros negócios que detém, ganhos de escala e de escopo etc. – proponham preços bastante

² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. LOUREIRO, Caio de Souza. O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões: dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.) Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro: Contratos Administrativos, Concessões, Parcerias Público-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação. Belo Horizonte: Forum, 2020)

diversos na licitação, sem que necessariamente os preços desviantes sejam inexeqüíveis.

[...]

Por tudo isso, achamos que, simplesmente, não faz sentido exigir o plano de negócios na licitação de concessão comum e PPP.³

12. Acrescente-se o fato de que o plano de negócios do licitante é uma projeção de futuro que não vincula a Administração. Justamente pela sua variabilidade no tempo e pelo fato de que o proponente assume grande parte dos riscos de variação de custos e de receitas é que não faz sentido aplicar a esse documento uma perspectiva galgada na Lei 8.666/1993, de custos unitários, a qual, por tudo quanto exposto, não é aplicável às PPPs e às concessões. Nesse sentido, mais uma vez os ensinamentos da doutrina:

A aplicação de critério rígido de inexeqüibilidade tal como o previsto nos §§ 1o e 2o do art. 48 da Lei 8.666/1993 poderia ser inibidora da competição e da transferência para o Poder Público de ganhos de eficiência que as empreiteiras venham a obter no desempenho da sua atividade. Em suma, a Lei de PPP permite a desclassificação de propostas por inexeqüibilidade. Não exige, entretanto, a aplicação às PPPs do critério de inexeqüibilidade previsto na Lei 8.666/1993 para os contratos de obras e serviços de engenharia.⁴

13. Diante do exposto, não há qualquer erro ou omissão do edital quanto a inexigência do plano de negócios, a priori, da licitante vencedora, devendo a impugnação indeferida no seu mérito quanto a esse tema.

B) DA EXIGÊNCIA DE INTEGRALIZAÇÃO DE CAPITAL SOCIAL MÍNIMO EXCESSIVO E DA RESTRIÇÃO A SUA DIMINUIÇÃO AO LONGO DO CONTRATO.

³ RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos / Mauricio Portugal Ribeiro. — São Paulo: Atlas, 2011

⁴ RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos / Mauricio Portugal Ribeiro. — São Paulo: Atlas, 2011

14. Alega a impugnante que haveria restrição à competitividade em razão de, *“21. Nesse sentido, tem-se demonstrado o erro do ato convocatório ao colocar como critério discricionário do Poder Concedente autorizar ou não a redução do capital social mínimo, razão pela qual deve ser reavaliado e republicado com as devidas alterações.”*.

15. Nesse contexto, o item acima mais nos parece uma sugestão do que uma impugnação de fato. O que se espera da licitante é a capacidade técnica de organizar recursos econômicos em tempo relativamente curto e, acima de tudo, a competência técnica para gerir tais recursos e obter retornos adequados durante prazo de maturação de negócio, notadamente em função do longo tempo necessário para amortização do investimento realizado (contrariamente aos regimes de empreitada e tarefa, por exemplo, em que os pagamentos – e a remuneração - pelas obras ou serviços são realizados periodicamente, normalmente em bases mensais e em períodos de tempo que amortizam ou ressarçam rapidamente qualquer tipo de gasto ou investimento, fazendo com que o contratado, em muitas ocasiões, tenha de aportar pouco capital próprio ou de terceiros).

16. Exige-se, assim, aplicação de conhecimento técnico relevante consistente em boas práticas administrativas e de gestão financeira, a abranger a expertise na gestão de investimentos, na gestão de custos e despesas, no controle e mitigação de riscos, na organização de pessoas e de terceiros para realização dos serviços e para a obtenção de retorno em prazos relativamente maiores que o usual.

17. Diante disso, tem-se que a exigência do item 19.4 (iv) objetiva a comprovação de constituição de SPE que tenha integralizado capital social no montante de pelo menos R\$9.530.000,00 (nove milhões, quinhentos e trinta mil reais).

18. Com efeito, diante desse contexto, em que a integralização do capital social tem como objetivo demonstrar a capacidade da licitante na captação e gestão de recursos para realização de investimentos em empreendimento,

mostra-se fundamental que eventual integralização tenha ocorrido em moeda corrente, o que torna razoável e, na verdade, imprescindível, a exigência do item acima.

19. A título de exemplo e como argumento complementar, não é por outra razão que, em SPEs vinculadas a empreendimentos concessórios, exige-se a comprovação da integralização do capital social em moeda corrente (dinheiro), como condição de assinatura do contrato. A título de exemplo, cite-se:

PPP de Iluminação Pública de Nova Lima

19.3. (iii) subscrição e integralização mínima do capital social da SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO, no valor mínimo de R\$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais), na data base de agosto de 2022, em moeda corrente nacional devendo (a) a integralização ser demonstrada por comprovante de transferência bancária e extrato bancário que comprove a existência do valor na conta corrente da SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO e (b) a subscrição, através de balanço de abertura, bem como por, no caso de sociedade limitada, por instrumento societário competente e no caso de sociedade por ações, mediante boletim de subscrição;

PPP de Iluminação Pública de Campinas

17.2.8. Comprovação da subscrição e integralização do capital social da SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO no valor mínimo de R\$ 51.480.000,00 (cinquenta e um milhões e quatrocentos e oitenta mil reais), em moeda corrente nacional, valor correspondente a 30% do valor estimado do contrato (valor do investimento);

PPP de Iluminação Pública de Aracaju

19.3. (v) Subscrição e integralização do capital social da SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO no valor mínimo R\$ 24.790.129,11 (vinte e quatro milhões, setecentos e noventa mil, cento e vinte e nove reais e trinta e onze centavos) ou mais, na data base de maio de 2020, em moeda corrente nacional;

PPP de Iluminação Pública de Jaboatão dos Guararapes

17.3. (iii) Comprovação de subscrição e integralização do capital social da SPE no valor mínimo de R\$ 21.114.133,32 (vinte e um milhões, cento e quatorze mil, cento e trinta e três reais e trinta e dois centavos), em moeda corrente nacional, mediante apresentação de ata registrada na Junta Comercial do Estado do Pernambuco, que demonstre a integralização do referido depósito realizado;

20. Em resumo, a aceitação de outras formas de integralização de capital não asseguraria a efetiva comprovação da experiência requerida no Edital, tornando letra morta a exigência editalícia e retirando, com isso, toda e qualquer eficácia da baliza técnica estabelecida para o certame, o que alçaria a municipalidade a uma posição de insegurança e impediria que a licitação atingisse seu principal objetivo, qual seja, o de assegurar que a melhor proposta seja escolhida.

21. Ademais, a possibilidade de que outras formas de integralização fossem consideradas feriria o princípio da isonomia quando comparadas com experiências de licitantes que tenham efetivamente captados recursos líquidos (moeda corrente) na forma requerida pelo ato convocatório.

22. Vale dizer que a exigência em comento tem sido adotada em diversos certames no setor de iluminação pública, os quais vem se caracterizando por uma intensa competitividade em benefício do interesse público, fato este que afasta, de forma definitiva, a alegação da Impugnante de que haveria restrição à competitividade no caso em apreço.

23. Diante do exposto, a Administração considera razoável e não restritiva de competitividade a exigência.

C) DAS INSUBSISTÊNCIAS DO PROJETO QUE IMPEDEM A FORMULAÇÃO DA PROPOSTA E/OU IMPORTAM EM ONERAÇÃO DO CONTRATO

24. À linha 34, o litigante argumenta que “..existe vasta quantidade de pontos que são listados para serem contemplados com investimentos,” e que “..evidente

é a necessidade de estimativas de custos e quantitativos, bem como das especificações técnicas e dos riscos a serem atribuídos às partes contratantes.”

25. Não há razão no argumento. O Anexo 16 – Diretrizes para Iluminação Especial indica objetivamente os 5 (cinco) pontos que receberão projeto de iluminação especial, além de detalhar a proposta de engenharia que orientou o Capex e Opex utilizado na definição da contraprestação máxima. O projeto conceitual na Tabela 1 do referido anexo define as diretrizes básicas, o que se espera de resultado visual e de identidade com os valores históricos dos monumentos escolhidos. Em seguida, na Tabela 2, é apresentado o detalhamento do projeto com quantidades individuais de postes, metragem de cabos, conectores, projetores e tudo o mais necessário para execução cada um dos cinco projetos de iluminação especial está apresentado na Tabela 2.

26. Portanto, a “vasta” quantidade de cinco pontos está identificada e o projeto básico detalhado com estimativas de custos e quantitativos. Não procede a impugnação.

27. No mesmo item, o impugnante trata de vias classificadas como V5 argumentando “não haver informações exatas de estudos e análises consistentes”. O Anexo 17 – Classificação das vias dos municípios descreve, via a via, o nome, bairro, a classificação viária (arterial, coletora, local) indicando sua denominação conforme NBR 5101 (V2, V3, V4 e V5) e as classificações para pedestre da mesma norma (P2, P3 e P4). O uso de classificação V5 nas vias locais, mais simples e perfeitamente regular segundo a norma NBR 5101, foi aprovada pelo poder concedente e deveu-se à necessidade de se manter os custos dentro. Caso haja descontos na licitação, a prefeitura poderá optar por aumentar a classificação viária de algumas vias de V5 para V4.

28. Os Relatório de Engenharia referencial, não vinculante, calcula as quantidades de postes, luminárias, potência instalada, cabos, conectores etc. para cada via, e estima seu custo com base em preços SINAPI/Ba. Além disso, o Anexo 5 – Caderno de Encargos estabelece a obrigação de realização de cadastro base para início dos investimentos e operação da rede de IP, e define

mecanismos de adequação para eventuais divergências pontuais ente o cadastro base e os quantitativos de luminárias existentes no parque.

29. Não há, portanto, qualquer falta de informação ou omissão, tampouco inadequação do projeto para o proponente elaborar sua proposta

D) FIXAÇÃO DE PERCENTUAIS NA PARCELA A E PARCELA B DA CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL EFETIVA PARA REMUNERAR OS INVESTIMENTOS REALIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA

30. Os percentuais estipulados para definição das parcelas A e B da Contraprestação Máxima Mensal foram obtidos a partir do projeto básico referencial, não vinculante. O licitante poderá ter outros valores e obter outros percentuais, porém a normatização dos percentuais equaliza as propostas dos proponentes. Da mesma forma, o projeto básico referencial permitiu obter o valor da Contraprestação Máxima Mensal (CMM) de referência para a licitação, que equaliza o preço máximo a ser ofertado. Todos os proponentes sabem que deverão oferecer valores inferiores ao da CMM da licitação.

31. Caso os percentuais do projeto referencial sejam mais vantajosos para o proponente, este poderá aumentar os descontos à CMM na licitação. Caso contrário, deverá buscar outras formas de oferecer proposta competitiva. Isso vale para todas as demais exigências do edital.

32. A definição da parcela A objetiva o pagamento dos marcos da concessão à medida que forem sendo cumpridos. Também oferece ao poder concedente uma referência para os investimentos dispendidos pela concessionária em caso de eventual ressarcimento futuro, reduzindo-se litigâncias desnecessárias. Deve-se lembrar que os percentuais são aplicados sobre a CMM oferecida pelo proponente vencedor da licitação, que é responsável por todas as obrigações da concessão pelo preço que ele mesmo ofereceu.

33. Caso se permitisse alterações individualizadas de componentes de Capex e Opex para cada proponente, não seria possível equalizar as propostas, tampouco os pagamentos posteriores dependentes desta relação, impedindo, na prática, a comparação entre propostas

34. Esse modelo tem sido utilizado com êxito em inúmeras licitações recentes, mesmo as com grandes descontos, que vêm cumprindo suas obrigações adequadamente

IV – CONCLUSÃO

35. Pelo exposto acima, a Comissão de Licitação conhece da impugnação da empresa Nexway e, no mérito, indefere o pleito.

Alagoinhas, 26 de junho de 2023.

Ranissa Rocha de Souza Andra de Ornelas
COMISSÃO DE LICITAÇÕES
Matrícula: 194901