



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

SECRETARIA DE GOVERNO MUNICIPAL

Núcleo Educação

Rua: Viaduto do chá, nº 15, 11 ANDAR - Bairro CENTRO - São Paulo/SP - CEP 01002-900

Telefone: 11 3113-8000

PROCESSO 6016.2022/0051436-1

Ata SGM/SEDP/CDP/EDUCAÇÃO Nº 073966576

São Paulo, 17 de novembro de 2022.

Concorrência EC/010/2022/SGM-SEDP

PROCESSO SEI Nº 6016.2022/0051436-1

INTERESSADOS: PMSP, CCI CONSTRUÇÕES LTDA., E OUTROS

OBJETO: Parceria Público-Privada na modalidade concessão administrativa para a requalificação e conservação de unidades educacionais da DRE São Mateus na Cidade de São Paulo.

ASSUNTO: DECISÃO SOBRE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

ATA DE JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO

Aos dezessete dias de novembro de dois mil e vinte e dois, deliberaram os membros da Comissão Especial de Licitação designados pela Portaria nº 015/2022/SGM-SEDP sobre o pedido de impugnação ofertado por **CCI CONSTRUÇÕES LTDA. - CCI**, no âmbito do Edital de Concorrência **EC/010/2022/SGM-SEDP**.

Introdução

Trata o presente da análise e julgamento do pedido de impugnação apresentado pela impugnante **CCI CONSTRUÇÕES LTDA.** (“Impugnante”) em face do Edital de Concorrência nº **EC/010/2022/SGM-SEDP** (“Edital”), cujo objeto é **Parceria Público-Privada na modalidade concessão administrativa para a requalificação e conservação de unidades educacionais da DRE São Mateus na Cidade de São Paulo**.

Do pedido de impugnação da CCI

Em síntese, a Impugnante sustenta que se “deparou com dispositivos que estão em desacordo com aquilo que o regime jurídico das parcerias público-privadas exige”. Na sequência, a Impugnante aborda que “todos os dispositivos que serão aqui impugnados e [que] deverão ser modificados após o acolhimento da impugnação dizem respeito à alocação de riscos do futuro Contrato”. Na visão da Impugnante, o Edital aloca entre as partes diversos “riscos próprios do tipo de contrato que será celebrado”. Porém, ela entende que a alocação não foi feita de forma objetiva, “sendo esse o fundamento genérico desta impugnação”.

Para fins de contextualização, registre-se que a Impugnante aduz uma “incoerência” em 6 (seis) pontos específicos: (i) identificação de vícios, defeitos, irregularidades e inconformidades nas unidades educacionais, a partir da ordem de início; (ii) gastos resultantes de defeitos ocultos em mobiliários e equipamentos; (iii) comoções sociais e/ou protestos públicos; (iv) variação de custos de insumos e outros; (v) existência de condições geológicas que atrasem o cronograma de obras e (vi) alguns riscos regulatórios e legislativos.

Pois bem, preliminarmente à análise de mérito, válido o registro que o pedido de impugnação fora

recebido tempestivamente, e que, por isso, deve ser recebido para todos os seus efeitos, garantindo o pleno respeito aos princípios da publicidade e impessoalidade.

Além disso, é importante recordar que o objetivo desta etapa do procedimento licitatório – impugnação –, destina-se à possibilidade de interação desta Administração Pública, seja com interessados seja com os cidadãos, de modo a sanar qualquer vício de ilegalidade cometido no certame, notadamente, da Lei Federal nº 8.666/1993, tendo em vista o disposto no seu artigo 41, §§ 1º e 2º.

Esse dispositivo legal confere direito aos cidadãos e interessados na licitação realizarem impugnações, a fim de indicar eventuais irregularidades e/ou vícios no Edital e nos respectivos Anexos. Nessa esteira, imperioso registrar que a análise das considerações constantes da Impugnação será realizada justamente a partir do critério indicado pelo legislador: verificar se há irregularidades no certame à luz da própria Lei Federal nº 8.666/1993, diploma legal responsável por disciplinar procedimentos licitatórios. Realizados esses apontamentos de caráter preliminar, cumpre endereçar os fundamentos arrolados pela Impugnante que, ao seu ver, constituiriam motivo para impugnar o Edital.

Em primeiro lugar, nota-se a Impugnante argui que o manejo de sua peça impugnatória se encontra associado a tentativa de reforma do instrumento convocatório para corrigir a possível ausência de objetividade na distribuição dos riscos. Todavia, a simples leitura da Impugnação demonstra que a inconformidade daquela, na verdade, consiste na alocação propriamente dita, e não na falta de objetividade.

Ora, a modelagem da Concessão contou com um Anexo contratual específico para conferir melhor tratamento à matriz de risco e a sua distribuição. Percebe-se que a Administração Pública Municipal eivou zelo e apreço ao tema em questão, detalhando (i) riscos; (ii) hipóteses de materialização; (iii) a devida distribuição; e, ainda, (iv) os mecanismos de mitigação. Toda essa construção fora calcada para atribuir maior previsibilidade e segurança jurídica, justamente por meio do requisito que a Impugnante julgou ausente: a objetividade.

É preciso ressaltar que a inconformidade não pode ser lida e interpretada como ilegalidade. Nesse aspecto, reputa-se fundamental a carência do aspecto central a ser avaliado nesta seara e momento procedimental, consoante a previsão expressa e calcada no artigo 41, §§ 1º e 2º da Lei Federal nº 8.666/1993. Para além disso, a inconformidade da Impugnante não se origina da ausência de objetividade na distribuição dos riscos, mas sim de sua mera discordância sobre ela. É preciso repisar que o instrumento contratual é revestido de sinalagmas. A distribuição de riscos fora justamente idealizada para conferir maior equidade e eficiência ao Contrato.

Nas hipóteses em comento, válido consignar que a Impugnante poderia se valer de diversos artifícios para estabelecer o livre diálogo com a Administração Pública na construção da Concessão. Cite-se que esta passou por Consulta Pública e teve seu Edital publicado em setembro do corrente ano. É cediço que o instrumento convocatório oferta aos licitantes e interessados a possibilidade, por exemplo, de realização de visitas técnicas e apresentação de esclarecimentos para melhor dirimir as dúvidas e colocar às claras as razões que justificam a modelagem concessória.

Nesse compasso, seria possível até cogitar que o caso em comento se insere numa tentativa de se valer de uma peça impugnatória, a qual não possui a finalidade de sanar inconformidades, mas sim ilegalidades – frise-se, para obstaculizar a Concessão, ante a argumentação retro. Todavia, presume-se pela legitimidade da Impugnação, e justamente por tal razão apresenta abaixo algumas considerações adicionais relativos aos argumentos da Impugnante.

Dessa maneira, serão acrescidas linhas sobre cada um dos riscos que a Impugnante apresentou resistência.

2.1. Identificação de vícios, defeitos, irregularidades e inconformidades nas edificações das unidades educacionais, a partir da ordem de início.

Em relação ao risco supra, o qual se encontra alocado à Concessionária, cabe ressaltar um ponto fundamental, o marco para o seu começo, ou seja, após a ordem de início. Isto significa que a modelagem contratual fora construída com a robustez adequada ao atribuir a separação de responsabilidades, para os fins de ajuste no comportamento de cada parte contratual.

Reforce-se que a Concessionária ingressará na área da concessão e assumirá a responsabilidade pelos bens nela inseridos apenas a partir da ordem de início, conforme previsão da subcláusula 14.4 da minuta do contrato.

É sabido que até a emissão da ordem de início, a licitante teve o direito de realizar visitas técnicas nas unidades educacionais. Este direito, aliás, sublinhe-se que também pode ser exercido pela concessionária, após a assinatura do contrato, se assim o desejar. Em outros termos, há janelas contratuais específicas para mitigar a materialização desse risco.

Para além disso, a Concessionária poderá se valer da contratação dos seguros de engenharia previstos, os quais poderão ser necessários em caso de eventual materialização do risco em comento.

2.2. Gastos resultantes de defeitos ocultos em mobiliários e equipamentos

Quanto ao vício em questão, pede-se vênia para repetir a mesma argumentação apresentada no item anterior, afinal de contas estar-se presente com uma situação análoga de fundo. A única distinção que merece ser aventada diz respeito ao fato de que o risco em comento se dedica apenas a mobiliários e equipamentos.

Nesse sentido, percebe-se que há, no Edital, uma recomendação para que os Licitantes realizem visita técnica destinada à verificação in loco das condições, natureza e mensuração dos materiais e equipamentos necessários à execução do Contrato. Ademais, em relação ao risco em epígrafe, a modelagem contratual prevê a obrigação de a Concessionária apresentar um plano de mobiliário a ser aprovado pelo Poder Concedente, o que per se já revela a adequação do risco alocado.

Por derradeiro, cite-se que caberá a Concessionária contratar Seguro de Riscos de Engenharia e do tipo “todos os riscos”, e que ela também poderá contar, como mecanismo de mitigação do risco, com a utilização da garantia do fabricante referente ao equipamento ou mobiliário defeituosos.

2.3. Comoções sociais e/ou protestos públicos que comprometam a execução do objeto e/ou causem danos aos bens vinculados à Concessão

Em relação ao terceiro risco apontado pela Impugnante, há uma repartição objetiva no Contrato e na matriz de risco anexa: os instrumentos veiculam a obrigação expressa da futura Concessionária de “contratar os seguros para os riscos relevantes e usuais da Concessão”, sendo que os valores das coberturas dos seguros “deverão ser coincidentes com as melhores práticas de mercado para cada tipo de sinistro”.

Ademais, estão objetivamente alocados à Concessionária os riscos de operação, incluindo os “sinistros que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil na data de sua ocorrência”.

Desse modo, basta que haja a contratação, pela Concessionária, de seguros de riscos operacionais ou riscos nomeados do tipo “todos os riscos”, incluindo tumulto ou manifestações populares, para mitigar o risco apontado pela Impugnante.

2.4. Alteração no cenário macroeconômico e variação de custos

Neste ponto, a Impugnante associa três riscos específicos: variação de custos e insumos, aumento de custo de capital e alteração do cenário macroeconômico. A sua alegação é no sentido de que a mencionada alteração pode ter consequências incalculáveis.

Pois bem, com a devida vênia, a Impugnante ao propor a alocação dos riscos aludidos para o Poder Concedente quer, na verdade, não tomar nenhum risco no negócio. O mecanismo de mitigação abordado pela Impugnante, deveras, não é capaz de impedir uma mudança macroeconômica, mas, com o perdão da obviedade, é propício para que mitigue os efeitos de uma eventual alteração.

Assim, ressalta-se que os riscos aventados são costumeiramente alocados pela Concessionária, a qual também assume a incumbência de adotar as melhores práticas empresariais e de governança, como também aperfeiçoar outros mecanismos de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas para a sua boa gestão empresarial.

2.5. Existência de condições geológicas que comprovadamente impactem a execução do objeto

Em relação ao risco mencionado acima, a Impugnante aborda que a sua alocação é desarrazoada, pois “os eventuais riscos somente poderão ser constatados durante a execução do contrato”. A Impugnante parte da premissa que por não se tratar de obras de grande vulto, as obras previstas no objeto contratual impedem a realização de sondagens detalhadas. Ora, com a devida vênia, as visitas técnicas poderiam ser realizadas justamente para possibilitar o conhecimento integral das condições e natureza das unidades educacionais.

Além disso, é preciso sinalizar que a materialização desse risco apenas gera efeito quando ele impactar o cronograma de obra ou representar um custo adicional, em decorrência das obras executadas. Não se trata aqui de existência de estruturas, pré-existentes e descobertas supervenientemente, que comprovadamente impeçam as obras da Concessão, visto que tais situações estão alocadas especificamente para o Poder Concedente.

A objetividade do risco em epígrafe, portanto, fora observada, como também fora proposto mecanismos capazes proporcionar sua mitigação.

2.6. Riscos regulatórios e legislativos

A Impugnante aponta que os riscos regulatórios e legislativos estariam previstos somente na matriz de riscos, e não no Contrato, constituindo-se “riscos implícitos” da Concessão. Além disso, alega que tais riscos estariam indevidamente alocados à futura Concessionária, que não terá ingerência sobre eles.

Em primeiro lugar, cumpre esclarecer que os anexos são partes integrantes do Contrato a ser celebrado entre o Poder Concedente e a Concessionária, vinculando as partes da mesma forma que o edital e o próprio Contrato vinculam. Desse modo, a previsão expressa de um risco no Anexo VII do Contrato – Matriz de Risco é suficiente para informar as partes, sendo improcedente a alegação de há risco “implícito”.

Ademais, a leitura atenta do documento demonstra que os riscos regulatórios e legislativos não estão alocados exclusivamente à Concessionária, mas são compartilhados entre as partes, dando ensejo a um “procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro, em favor da Concessionária ou do Poder Concedente, conforme o caso”.

Isto é, se alteração regulatória ou legislativa favorecer supervenientemente o Poder Concedente, haverá reequilíbrio em favor da Concessionária; e, ao contrário, se a alteração favorecer a Concessionária, haverá reequilíbrio em favor do Poder Concedente. Como se vê, há repartição objetiva dos riscos, em atenção à previsão legal que a exige.

Decisão

Pelas razões acima expostas, a Comissão Especial de Licitação sugere que a impugnação apresentada por **CCI CONSTRUÇÕES LTDA. - CCI** seja conhecida posto que tempestiva e, no mérito, que lhe seja NEGADO PROVIMENTO, por falta de amparo legal.

Presidente

1. Vanessa Conde Carvalho (COSERV) - RF: 879.611-4

Membro

2. Luciana Sant'ana Nardi

3. Juliana Maria Mazzeti Silva

4. Robson Maida Profenzano

5. Marcos Paulo Andrade

6. Luíza Caetano de Farias

Secretário

7. Matheus Assaf Cosendey



Matheus Assaf Cosendey
Analista de Políticas Públicas e Gestão Governamental
Em 18/11/2022, às 10:45.



Marcos Paulo Andrade
Assessor(a) III
Em 18/11/2022, às 10:47.



Vanessa Conde Carvalho
Coordenador(a)
Em 18/11/2022, às 12:11.



Juliana Maria Mazzeti Silva
Engenheiro(a)
Em 18/11/2022, às 12:21.



Robson Maida Profenzano
Assessor(a) Técnico(a) II
Em 18/11/2022, às 13:05.



Luiza Caetano de Farias
Gerente de Projetos
Em 18/11/2022, às 15:33.



Luciana Sant'Ana Nardi
Assessor(a) Jurídico
Em 18/11/2022, às 16:05.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **073966576** e o código CRC **665DBD2C**.
