

Porto Alegre/RS, 15 de abril de 2024

Ao ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

At: Comissão Especial de Licitação

Ref: Edital de Concorrência Pública Internacional n. 011/2024 – Impugnação ao Edital

Prezados Senhores,



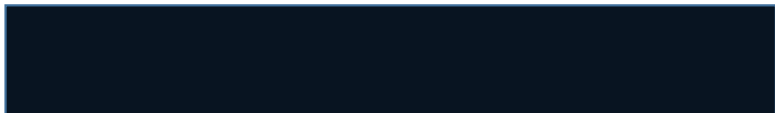
representada por seus advogados credenciados, vem, respeitosamente, perante o Estado do Rio Grande do Sul, Comissão Especial de Licitação da Concorrência Pública Internacional n. 011/2024 da Secretaria de Parcerias e Concessões, **APRESENTAR**, na forma da Seção VI do Edital, as seguintes **IMPUGNAÇÕES AO EDITAL**, conforme Anexo 1.

IMPUGNAÇÕES:

Número da questão formulada	Item do Edital	Impugnação	Número da questão atribuída pela Comissão e que constará da ata de esclarecimento
1	Item 3.1.9 da Minuta de Contrato	<p>O item 3.1.9 da Minuta de Contrato impõe como dever da Concessionária:</p> <p>observar a atualidade na execução das obras e serviços objeto deste Contrato, caracterizada pela modernidade dos equipamentos, das instalações e das técnicas da prestação dos serviços e da operação do Complexo Aeroportuário, com a absorção dos avanços tecnológicos advindos ao longo do prazo da Concessão, inclusive no que se refere à sustentabilidade ambiental, que agreguem valor e representem benefícios e qualidade aos serviços concedidos, elevando o nível dos serviços oferecidos aos Usuários;</p> <p>Como se depreende do dispositivo acima transcrito, a Minuta de Contrato exige, de forma genérica, que a Concessionária assuma a integralidade dos riscos de atualidade da prestação, inclusive com a absorção dos avanços tecnológicos ao longo da vigência contratual.</p> <p>Entretanto, a evolução tecnológica é um fenômeno incerto, não linear e de contornos imprevisíveis. Considera-se, além disso, que o desenvolvimento tecnológico pode produzir criações extremamente custosas. Na prática de um contrato de longo prazo, que possui características de um ajuste <i>incompleto</i> - o que usualmente se denomina de <i>mutação</i> ou <i>cambialidade</i> -, as inovações tecnológicas podem modificar substancialmente a prestação do serviço em termos qualitativos, de modo a impactar a proporcionalidade estabelecida entre cláusulas de serviço e cláusulas financeiras. Isso porque não é possível prever quais serão os avanços tecnológicos a que a Concessionária, ao longo da</p>	

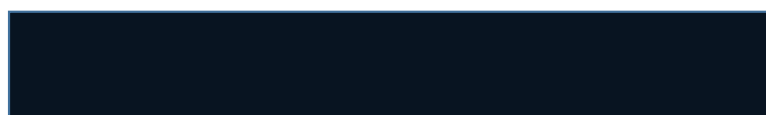


		<p>vigência contratual, estará obrigada a incorporar na operação e qual será a exata medida do custo para prestação do serviço.</p> <p>Diante disso, a imposição genérica da obrigação de atualidade da prestação dos serviços e da obrigação de incorporar avanços tecnológicos se mostra demasiadamente onerosa para a Concessionária, sem que haja instrumentos jurídicos que possibilitem: (i) delimitação da extensão da eficácia da obrigação pelo intérprete do dispositivo contratual; (ii) estabelecimento de teto financeiro para custeio da obrigação; ou (iii) possibilidade dos avanços tecnológicos serem objeto de revisão ordinária das condições do ajuste (Seção II – itens 6.8. a 6.14.).</p> <p>Em relação ao instrumento da alínea "(i)", seria possível delimitar o uso das expressões "atualidade tecnológica" e "inovação tecnológica". A "atualidade tecnológica" pode ser compreendida como a substituição e atualização de equipamentos cuja vida útil se encerrou. Por outro lado, o conceito de "inovação tecnológica" pode ser extraído do art. 2º, inciso IV da Lei Federal n. 10.973/2004, segundo a qual:</p> <p style="padding-left: 40px;">IV - inovação: introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho; (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)</p> <p>Em face de tal distinção conceitual, sugere-se alocar o risco de "atualidade tecnológica" para a Concessionária, e a de "inovação tecnológica" para o Poder Público, caso este decida que eventuais inovações tecnológicas devam obrigatoriamente ser incorporadas à operação. A diferenciação conceitual e a</p>	
--	--	--	--



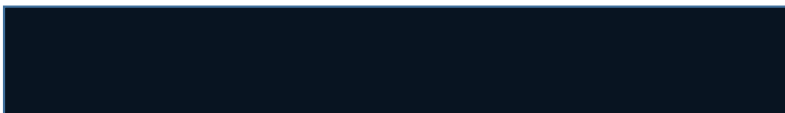


		<p>alocação propostas foram adotadas no Contrato de Concessão Patrocinada n. 01/2014 da PPP do Hospital Estadual de Sorocaba/SP, celebrado entre o Estado de São Paulo e a Inova Saúde Sorocaba.</p> <p>Em relação ao instrumento da alínea "(ii)", a imprevisibilidade da mensuração do custo da prestação poderia ser preenchida pela estipulação de um teto financeiro para a obrigação da inovação tecnológica, quando essa fosse essencial para a operação da infraestrutura aeroportuário.</p> <p>Por fim, com relação à alínea "(iii)", a eventual incorporação de avanços e atualizações tecnológicos poderia ser considerada para fins de revisão ordinária das condições do contrato de concessão (Seção II – itens 6.8. a 6.14.), tal como é realizado na PPP do Hospital do Subúrbio de Salvador/BA (Edital de Concessão n. 008/2009).</p> <p>Destarte, pede-se pela delimitação da obrigação de atualidade tecnológica da prestação, definindo-se os seus limites de extensão, de modo a incorporar, sucessivamente, as alternativas expostas ao longo destes esclarecimentos.</p>	
2	Itens 5.2. e 6.15.1 da Minuta de Contrato	<p>A Minuta de Contrato condiciona a recomposição econômico-financeira ao atingimento de balizas econômicas de "relevância" financeira para a operação, descritas no item 6.15.1. Assim, a Concessionária só faria jus ao reequilíbrio (item 6.15) quando o impacto econômico da materialização de determinado risco seja igual ou superior às referidas balizas.</p> <p>Entretanto, o art. 10 da Lei Federal n. 8.987/1995, que trata do dever de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, e o art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, que impõe o dever de manutenção das condições iniciais da proposta em processos concorrenciais, não condiciona a recomposição financeira do contratado à relevância do desequilíbrio. Em sentido</p>	





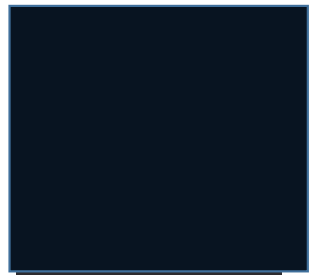
		<p>análogo, o Decreto Federal n. 7.642/2011 tampouco condiciona o reequilíbrio econômico a patamares de relevância financeira. Dessa forma, no caso de a concessionária absorver prejuízos econômicos por materialização de risco alocado à administração pública, tem-se a caracterização de enriquecimento ilícito (art. 884 do Código Civil). No ponto, destaca-se que o Supremo Tribunal Federal, em sede do Tema de Repercussão Geral n. 635, decidiu pela impossibilidade de enriquecimento indevido da administração pública, sendo dever dessa evitar dar causa para situações de enriquecimento ilícito.</p> <p>Além disso, é preciso dizer que o termo "alteração significativa" abre interpretação discricionária sobre o que pode ser considerado variação significativa, que pode ser utilizada como mecanismo oportunista de regulação para negar reequilíbrios financeiros sob o argumento da insignificância da eventual perda de receita ou aumento de custos e investimentos, em prejuízo ao prestador dos serviços. No ponto, trata-se, inclusive, de um contrassenso lógico: a utilização de prestadores privados em serviços públicos tem como um dos objetivos justamente o aumento da eficiência econômica na gestão de custos, e os dispositivos listados, em sentido contrário, negam reequilíbrios sob o fundamento da eventual insignificância da perda econômica.</p> <p>Destaca-se que a soma de eventos de desequilíbrio econômico de menor porte financeiro pode significar perda de monta significativa para a operação, especialmente quando considerado o longo prazo do ajuste.</p> <p>Por fim, ressalta-se que o dispositivo contratual destoa de cláusulas do contrato de concessão de outros aeroportos no Estado do Rio Grande do Sul, tendo-se</p>	
--	--	--	--



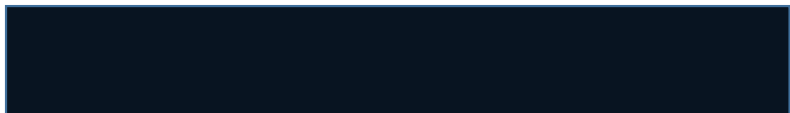


		<p>como exemplo o Contrato de Concessão para Ampliação, Manutenção e Exploração do Aeroporto de Porto Alegre/RS – Salgado Filho.</p> <p>Assim, pugna-se pela retirada da expressão “alteração significativa” do item 5.2 e das balizas do item 6.15.1.</p>	
3	Item 7.2. da Minuta de Contrato e Item 4.5.1. do Plano de Operação Aeroportuária	<p>A redação dos itens 7.2., 7.2.1., 7.2.2. e 7.2.2.1., que condiciona a contratação da empresa de auditoria para a verificação do IQS à escolha do Poder Concedente, admite a ocorrência de situações em que, reiteradamente, o Poder Concedente negue a lista de empresas sugeridas pela Concessionária. O procedimento, como atualmente desenhado, permite que a escolha da empresa de auditoria atrase e, por conseguinte, seja um motivo de entrave para o cálculo efetivo do IQS. No ponto, destaca-se que o Poder Concedente é parte no contrato e, eventualmente, possa estar mais suscetível a atos oportunistas, que atrapalhem o andamento da gestão contratual, em razão do eventual desalinhamento de interesses no decorrer da execução do ajuste. Diante disso, pede-se a alteração do dispositivo, de modo a prever a escolha da agência reguladora (AGERGS), em detrimento do Poder Concedente, tal como previsto no art. 39 da Resolução da ANAC n. 372/2015.</p>	



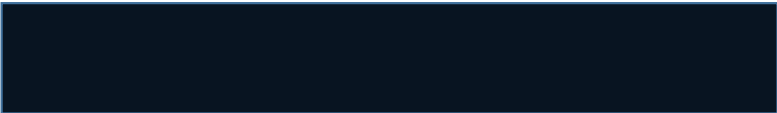


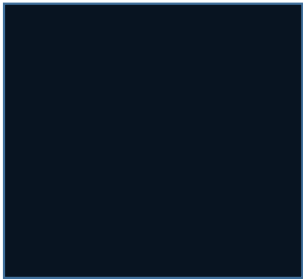
4	Item 13.18. da Minuta de Contrato	<p>O procedimento de encampação disposto na Minuta de Contrato exclui expressamente a percepção de indenização por lucros cessantes e danos emergentes, como previsto no item 13.18.</p> <p>Contudo, entende-se que a exclusão da indenização por lucros cessantes e danos emergentes é ilegal, por violar os arts. 36 e 37 da Lei Federal n. 8.987/1995 e o art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal.</p> <p>Isso porque a encampação é um ato discricionário da administração pública, uma escolha do Poder Público de reassumir a prestação de determinado serviço público, que não decorre de conduta faltosa da Concessionária. Assim, a encampação decorre da tutela, pelo Poder Público, do interesse coletivo na assunção de determinado serviço público anteriormente desestatizado, em detrimento do interesse do Concessionário de continuar explorando economicamente infraestrutura pública.</p> <p>Por conseguinte, tem-se que a regra contratual impõe à Concessionária os prejuízos decorrentes: (i) dos danos emergentes do ato de encampação; (ii) do não recebimento da taxa de retorno do projeto; e (iii) do custo de oportunidade de investimento.</p> <p>Contudo, pelo fato de a encampação decorrer da tutela do interesse coletivo, cabe à sociedade, não à Concessionária, custear o ônus de uma decisão estatal pela reassunção dos serviços públicos atrelados à infraestrutura aeroportuária. Do contrário, verifica-se a redução da segurança jurídica para a realização dos investimentos exigidos.</p> <p>Destarte, pede-se pela exclusão do item 13.18 da Minuta do Contrato e pela previsão de indenização por danos emergentes e lucros cessantes, na hipótese de encampação.</p>	
---	-----------------------------------	---	--



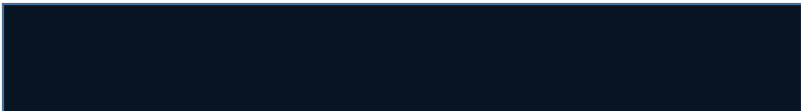


5	Item 5.3.5. da Minuta de Contrato	<p>O item 5.3.5 aloca o risco de demanda do projeto integralmente à Concessionária, inclusive na hipótese de redução do número de aeronaves e passageiros por decorrência "da implantação novas infraestruturas aeroportuárias dentro ou fora das áreas de influência dos aeroportos [...]". Assim, tem-se que o projeto aloca a integralidade dos riscos concorrenciais para o parceiro privado, ao longo de 30 anos.</p> <p>Contudo, a regra geral de alocação é de que o risco deve ser suportado por quem melhor o administre, considerando-se a habilidade de cada contratante de: (i) influenciar na ocorrência das áleas; (ii) responder a essas quando se materializam, enfrentando seus efeitos; e (iii) absorver as suas consequências. Em relação ao risco concorrencial, sobretudo na implantação de novas infraestruturas aeroportuárias, a Concessionária não possui nenhuma capacidade de mitigar a materialização desse risco; muito pelo contrário, a decisão pela instalação de novos projetos aeroportuários é exclusiva do Poder Público.</p> <p>No ponto, destaca-se que o art. 15 do Decreto Federal n. 7.624/2011 permite expressamente que o Poder Público estabeleça "[...] restrições quanto à obtenção e à exploração da concessão", com o objetivo de assegurar as condições de concorrência. Daí, ressalta-se que a regulamentação federal reconhece que é o Poder Público quem possui os instrumentos para mitigar o risco concorrencial, de modo a evitar sobreposição de oferta dos serviços aeroportuários.</p> <p>Diante disso, tem-se evidente equívoco na alocação do risco, que deve ser imposta à parte que tenha maiores condições de influenciar na sua ocorrência e mitigação, qual seja, o Poder Público, de acordo com</p>	
---	-----------------------------------	---	--



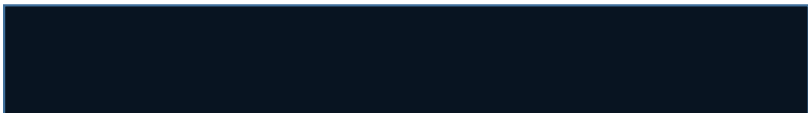


		<p>o art. 15 do Decreto Federal n. 7.624/2011. Consequentemente, pede-se a retificação do item 5.3.5. da Minuta de Contrato da alocação do risco, para que o risco concorrencial seja alocado ao Poder Concedente.</p>	
6	Item 6.18. da Minuta de Contrato	<p>Em relação ao procedimento de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, entende-se importante a existência de separação entre processos de reequilíbrio: (i) que possuam comum acordo entre Poder Concedente e Concessionária; e (ii) que possuam divergência entre Poder Concedente e Concessionária.</p> <p>No que se refere aos processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro que possuam comum acordo, sustenta-se que a AGERGS teria tão somente a competência de realizar ato de homologação, compreendida como mera verificação de legalidade, sem análise de conveniência e oportunidade, a qual seria típica de atos de autorização administrativa, não de homologação</p> <p>Diante disso, pugna-se pela separação dos procedimentos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, prevendo-se a competência da AGERGS de exercer ato de homologação, sem análise de conveniência e oportunidade, na hipótese de comum acordo entre Poder Concedente e Concessionária.</p>	



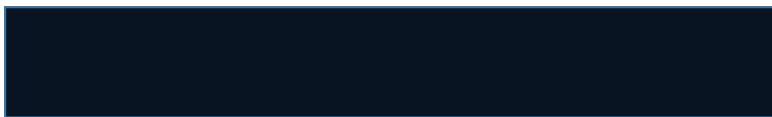


7	Vedação à contratação de partes relacionadas – 3.1.70. da Minuta de Contrato	<p>O item 3.1.70. da Minuta de Contrato veda a celebração de contratos para exploração econômica de receitas não tarifárias.</p> <p>Entretanto, entende-se que, para um projeto de porte regional como esta concessão patrocinada, perde-se ganhos econômico-financeiros na vedação dessa relação jurídica com partes relacionadas, sobretudo pela limitação de possibilidades de alavancagem de negócios e sinergia na relação de subcontratados ou exploradores econômicos da infraestrutura aeroportuária.</p> <p>No ponto, ressalta-se que um dos objetivos públicos na tomada de decisão administrativa pela realização de uma parceria público-privada é justamente a possibilidade de maximização da exploração econômica do ativo público, com base nos recursos disponibilizados pelo parceiro privado e pelo seu <i>know-how</i>. A vedação de celebração de contratos para exploração econômica de receitas não tarifárias com partes relacionadas, em sentido contrário, limita possibilidades eventualmente vislumbradas pela Concessionária para a maximização da exploração econômica do ativo público.</p> <p>Isto posto, pede-se pela exclusão do item 3.1.70.1 da Minuta do Contrato.</p>	
---	--	---	--



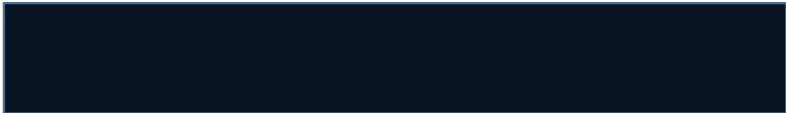


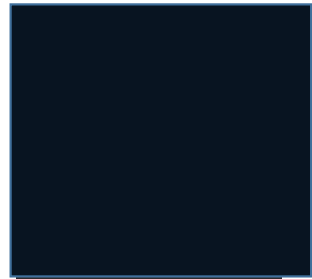
8	Itens 3.1.10. e 11.6. da Minuta de Contrato	<p>Os itens 3.1.10. e 11.6. da Minuta de Contrato dispõem que a Concessionária assume integralmente os contratos que envolvam a cessão de espaços nos complexos aeroportuários que tenham sido celebrados pelo Operador Atual, bem como as obrigações e direitos deles decorrentes.</p> <p>Entretanto, os dispositivos não abordam expressamente a possibilidade de a Concessionária rescindir tais ajustes, por conveniência, oportunidade e análise de custos e receitas.</p> <p>Importa ainda destacar que alguns dos contratos se confundem com o objeto ora licitado. Adicionalmente, em muitos casos há ainda grande prazo a transcorrer, o que limita e compromete a atuação da futura concessionária frente aos próprios indicadores de desempenho previstos para a concessão.</p> <p>Diante disso, para evitar interpretações restritivas do direito de rescisão dos referidos contratos, pede-se a complementação dos dispositivos contratuais, especialmente o item 3.1.10., para que esse passe a contemplar a hipótese de rescisão contratual por decisão da concessionária.</p> <p>Na hipótese de vedação à rescisão contratual, entende-se que a regra imporia restrições irrazoáveis para a gestão de custos e a busca pela maximização da exploração econômica do ativo público. Ressalta-se que tais limitações seriam especialmente prejudiciais ao presente projeto, em razão da baixa taxa de retorno, para a qual se buscará complementação justamente por meio das receitas não tarifárias, afetadas pelos contratos existentes de exploração de espaços do complexo aeroportuário.</p>	
---	---	--	--





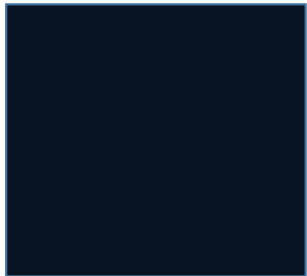
9	Item 6.7. da Minuta de Contrato – Reajuste do Aporte Público	<p>O item 6.7 da Minuta de Contrato prevê expressamente que o aporte público não será objeto de nenhum reajuste por qualquer índice ou de atualização monetária.</p> <p>Contudo, entende-se que o dispositivo viola o dever de manutenção das condições econômico-financeiras do contrato (art. 10 da Lei Federal N. 8.987/1995). Isso porque o aporte público também integra a equação econômico-financeira, que corresponde à proporcionalidade entre as cláusulas de serviço e as cláusulas econômicas do ajuste. Aliás, por inexistir contraprestação pecuniária mensal, o aporte público é o único mecanismo econômico-financeiro que permite qualificar este contrato de concessão como uma parceria público-privada na modalidade concessão patrocinada.</p> <p>Em síntese, o aporte público, por se tratar do único mecanismo de patrocínio da Administração Pública e integrar a equação econômico-financeira do ajuste, deve ser objeto de reajustamento. Inclusive, a obrigação de reajustar decorre: (i) de determinação da Lei das Parcerias Público Privadas, que estipula como cláusula essencial dos contratos de PPP a existência de atualização dos valores contratuais, sob pena de nulidade (art. 5º, inciso IV da Lei Federal n. 11.079/2004); e (ii) a obrigação de dispor no edital de abertura dos Contratos de Concessão Comum os critérios de reajuste e revisão (art. 18, inciso VIII da Lei Federal n. 8.987/1995).</p> <p>Apenas como exercício de antecipação de eventuais problemas na operação do contrato e de suas execuções, vislumbra-se situações de atraso da ordem de início para execução do ajuste por fatores alheios ao controle da Concessionária, dentre as quais: (i) atrasos superiores ao prazo previsto máximo previsto para o</p>	
---	--	---	--



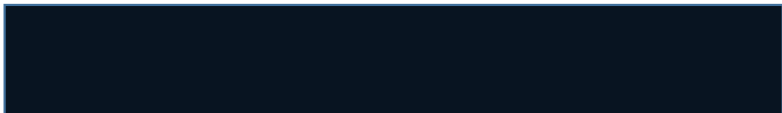


		<p>licenciamento ambiental; (ii) atrasos superiores ao prazo máximo previsto para a análise dos anteprojetos para qualificação dos complexos aeroportuários; e (iii) suspensão de atos licitatórios ou da execução do contrato por determinações judiciais, administrativas ou de órgãos de controle externo da administração pública.</p> <p>Na materialização dos riscos públicos citados, a ausência de reajustamento poderia afetar consideravelmente não apenas a equação econômico-financeira do ajuste, mas a própria sustentabilidade do projeto. Isso porque, na ocorrência de atrasos substanciais, o valor nominal do aporte público pode se mostrar insuficiente enquanto patrocínio para a viabilidade do projeto. Inclusive, a Concessionária seria submetida a risco irrazoável de punição por descumprimento de suas obrigações de investimento em tal hipótese.</p> <p>Destarte, reitera-se o pedido de inclusão de reajustamento do aporte público pelo IPCA, com base no art. 5º, inciso IV da Lei Federal n. 11.079/2004 e do art. 18, inciso VIII da Lei Federal n. 8.987/1995, para evitar que a materialização de riscos públicos tenha o potencial de afetar consideravelmente a equação econômico-financeira e a própria sustentabilidade do projeto.</p>	
--	--	--	--





10	Desapropriações- Item 3.1.46 da Minuta de Contrato	<p>De acordo como o previsto em contrato, existem áreas a serem desapropriadas para a composição do(s) sítio(s) aeroportuário(s).</p> <p>Entendemos que tal obrigação decorre do conceito do projeto de engenharia adotado para a aplicação da infraestrutura de cada aeroporto.</p> <p>Entretanto, caso o projeto para atendimento das exigências de ampliação da infraestrutura esteja aderente à área atualmente disponível, a obrigação de desapropriação se torna desnecessária.</p> <p>Cabe destacar que a desapropriação não se confunde com a regularização do sítio aeroportuário de áreas de titularidade do Estado.</p> <p>Isto posto, solicitamos excluir a obrigação de desapropriação de áreas prevista no item 3.1.46 da Minuta de Contrato, permanecendo apenas a obrigação de regularização do sítio aeroportuários em áreas cuja titularidade seja do Estado.</p>	
11	Subseção IV – Da Habilitação Técnica, itens 4.47.4 e 4.47.4.8 do Edital	<p>Exigência de operador Pessoa Jurídica invés de profissional (pessoa física) com acervo técnico requerido limita de sobremaneira as possibilidades de participação de empresas, anda que detentoras em seu quadro de profissionais amplamente habilitados.</p> <p>Ademais, não há delimitação de prazo para a duração de contrato de assistência técnica a ser celebrado:</p> <p>4.47.4.8. que durante toda vigência do Contrato de Concessão, a rescisão do contrato de assistência técnica dependerá de prévia e expressa anuência do ESTADO, observadas as disposições do Contrato de Concessão sobre o assunto.</p> <p>Solicitamos a admissão de termo de compromisso de assistência técnica com pessoa jurídica responsável pela operação</p>	





		de aeródromo com as características de movimentação de passageiros e/ou voos requeridos. Adicionalmente, que se limite um prazo mínimo de manutenção de tal contrato de assistência técnica e não condicionar a anuência discricionária do Poder Público sob pena de inviabilizar a livre concorrência de empresas que possuam em seu quadro profissionais habilitados para tal.	
12	PMI – Avaliação Econômico-Financeira	<p>O modelo financeiro apresentado pelos estudos de avaliação econômico-financeiras do Procedimento de Manifestação de Interesse possui inconsistências com o projeto descrito pelos instrumentos jurídicos (edital, minuta de contrato).</p> <p>Dentre os itens que apresentam inconsistências econômico-financeiras, destaca-se os seguintes:</p> <p>Custo com seguros e garantias: o modelo estima como zerado o custo de garantias, entretanto, a minuta de contrato exige a contratação de seguro do tipo “todos os riscos”, seguro de responsabilidade civil e seguro de riscos de engenharia do tipo “todos os riscos” (itens 3.1.84.1, 3.1.84.2 e 3.1.84.3 da Minuta de Contrato);</p> <p>Custos com fiscalização: o modelo não prevê os custos com a contratação de auditoria independente (itens 7.2 e 7.11 da Minuta de Contrato);</p> <p>Demanda de embarques: o modelo financeiro apresenta demanda de embarques consideravelmente superior aos dados disponibilizados pela ANAC. A demanda efetivamente verificada no bloco é de -4,35 em relação ao estudo, e de -34,29 para o aeroporto de Passo Fundo/RS. Tal variação, evidentemente, impacta substancialmente a projeção de receita tarifária para o projeto;</p> <p>Diferimento do pagamento do ISS e adoção de alíquota equivocada: conforme previsto nos itens 4.21 a 4.24 da Minuta de Contrato, o pagamento do</p>	





		<p>aporte público está condicionado à entrega de marcos físicos das obras previstas, sendo 90,4% do valor direcionados aos marcos físicos para o Aeroporto de Santo Ângelo/RS, cuja alíquota de ISS é de 3%, e 9,6% aos marcos físicos do Aeroporto de Passo Fundo/RS, cuja alíquota é de 2%. Diante disso, a alíquota ponderada sobre o aporte público seria de 2,9%. Com base nessas premissas, verifica-se o modelo referencial equivocadamente aplicou a alíquota de 2% para o aporte público. Além disso, não considerou o pagamento integral do ISS no ato de recebimento dos valores, como determina as respectivas legislações municipais;</p> <p>Equalização de data-base para reembolso de despesas dos estudos de PMI: o modelo financeiro não considerou a atualização monetária dos valores que serão pagos pela concessionária a título de reembolso pela realização dos estudos-base do projeto;</p> <p>Com base nas referidas inconsistências, impugnam-se as premissas adotadas na avaliação econômico-financeira do projeto, que devem ser ajustadas para a devida manutenção da viabilidade e da rentabilidade da parceria público-privada, nos termos da análise da viabilidade econômico-financeira, juntada <u>em anexo</u> a esta impugnação.</p>	
--	--	---	--

