

**ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE
LICITAÇÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DA AVIAÇÃO CIVIL.**

Ref.: Edital do Leilão nº 01/2016

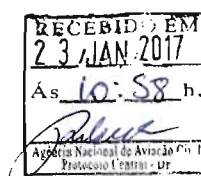
Objeto: concessão para ampliação, manutenção e exploração dos aeroportos de Porto Alegre - Salgado Filho, de Salvador - Deputado Luís Eduardo Magalhães, de Florianópolis - Hercílio Luz e de Fortaleza - Pinto Martins

OHL Concesiones S.A., sociedade anônima organizada e constituída de acordo com as leis da Espanha com sede em Madri, Paseo de la Castellana, 259D neste ato representada pelo sua controlada brasileira, **OHL CONCESSÕES BRASIL LTDA.**, sociedade empresária limitada, com sede no Estado de São Paulo, Cidade de São Paulo, na Avenida Angélica nº 2.491, 19º andar, conjunto 192, Condomínio Edifício Cukierkorn Offices, CEP 01227-200, inscrita no CNPJ/MF sob o nº 20.542.468/001-15, com fundamento no artigo 41, § 2º, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e no item 1.19 do Edital do Leilão ANAC nº. 01/2016 (o "Edital"), vem por meio desta apresentar **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL** em epígrafe, consoante o exposto a seguir.

Em atendimento ao item 1.21 do Edital, ressalta-se que a presente Impugnação se refere ao Edital como um todo, embora referências específicas a um ou outro aeroporto sejam realizadas ao longo deste documento.

I. DA TEMPESTIVIDADE

O direito à impugnação de edital de licitação e seu respectivo prazo são expressamente previstos nos §§1º e 2º do artigo 41 da Lei Federal nº 8.666/1993 e no item 1.19 do Edital.





Considerando que a data de entrega dos envelopes está designada para o dia 13 de março, conforme item 5.1 do Edital, não restam quaisquer dúvidas acerca da tempestividade desta Impugnação, devendo ser processada e devidamente respondida pela Agência Nacional de Aviação Civil ("ANAC"), nos termos da lei e do Edital.

Portanto, constatada em sede preliminar a tempestividade da presente Impugnação, passa-se à exposição de seus fundamentos fáticos e de direito.

II. FATOS

A Agência Nacional da Aviação Civil (ANAC) publicou em 1º de dezembro de 2016 o Edital do Leilão nº 01/2016 para a contratação de concessão dos serviços públicos de ampliação, manutenção e exploração da infraestrutura aeroportuária dos aeroportos de Porto Alegre - Salgado Filho, de Salvador - Deputado Luís Eduardo Magalhães, de Florianópolis - Hercílio Luz e de Fortaleza - Pinto Martins.

Após analisar o instrumento convocatório, a Impugnante, de forma tempestiva e em cumprimento às formalidades editalícias, apresentou, no dia 26 de dezembro de 2016, 27 (vinte e sete) pedidos de esclarecimentos ao Edital (os "Pedidos de Esclarecimentos") por intermédio do seu procurador, Senhor Hermenegildo Moreno Lorient. Dentre os principais tópicos abordados em referidos pedidos, destacam-se os seguintes:

- (i) o descasamento temporal da disponibilização das versões do edital em português e inglês;
- (ii) o prazo exíguo entre a possível data de disponibilização da ata, pela ANAC, com as respostas aos pedidos de esclarecimentos apresentados e a data designada para a entrega dos envelopes pelos licitantes;
- (iii) ausência de informações imprescindíveis tanto de natureza técnica quanto de natureza econômico-financeira com relação ao objeto ora licitado; e
- (iv) ausência de disponibilização das últimas versões dos estudos econômico-financeiros dos aeroportos a serem concedidos.

Conforme exposto nos Pedidos de Esclarecimentos, o Edital, na forma em que publicado, contém vícios que frustram o princípio da isonomia e o caráter competitivo da licitação.



Diante do possível termo final previsto no Edital para que a ANAC disponibilize a ata com as respostas aos Pedidos de Esclarecimentos - até 10 (dez) dias antes da sessão para entrega dos envelopes, conforme item 1.15 -, a Impugnante tem fundado receio de que os esclarecimentos sejam prestados pela ANAC em data efetivamente próxima à de entrega dos envelopes, o que inviabilizará a elaboração de sua proposta.

Veja-se: ainda que se argumente que o item 5.40.1, que detalha o cronograma dos eventos do certame, estime a data de 13 de fevereiro como "provável" para divulgação da ata, é certo que a ANAC a ela não se vinculou, não havendo nenhuma garantia aos interessados de que essa data será cumprida. Trata-se de data meramente estimada, que, a depender da quantidade de pedidos de esclarecimentos submetidos, poderá ser prorrogada sem nenhum direito aos interessados à devolução de qualquer prazo. Trata-se, com efeito, da institucionalização da insegurança jurídica, que poderá afastar do certame bons competidores em prejuízo do Poder Concedente e, sobretudo, da sociedade.

Por fim, independentemente de os esclarecimentos aos questionamentos formulados não implicarem alterações ao Edital que ensejem a aplicação do artigo 37, XXI, da Constituição Federal e do artigo 21, §2º, II, alínea "b", e § 4º da Lei nº 8.666/1993 - o que se admite por mero apreço à argumentação -, a Impugnante, com a finalidade de ratificar a imprescindibilidade de a ANAC enviar os melhores esforços a fim de que a ata seja publicada o quanto antes, vem repisar parte dos Pedidos de Esclarecimentos apresentados no dia 26 de dezembro de 2016, de forma que sejam apreciados e respondidos na condição de **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, com fulcro no art. 41, §2º, da Lei Federal 8.666/1993 e no item 1.19 do Edital.

Identificadas as principais irregularidades observadas no Edital que serão objeto da presente Impugnação, passamos à sua análise mais detida bem como à exposição do direito que sustenta o pleito da Impugnante.

II. DO MÉRITO

II.1. A VERSÃO EM INGLÊS DO EDITAL – AUTOVINCULAÇÃO DA ANAC COMO EFETIVA MEDIDA PARA ATRAIR EMPRESAS ESTRANGEIRAS

É cediço que a concorrência internacional é caracterizada pela possibilidade concreta de participação de entidades nacionais e estrangeiras no processo, em igualdade de condições. Deste entendimento, portanto, extraem-se duas consequências lógicas: (i) o dever da Administração Pública de efetivar divulgação do certame de maneira eficaz no âmbito internacional e; (ii) a isonomia na competição entre os entes estrangeiros e nacionais.



Tais balizas, decerto, têm fundamento nos artigos 3º, § 1º, inciso I e 42 da Lei Federal nº 8666/1993, bem como no dever da Administração de buscar aquela proposta que, ao fim e ao cabo, lhe seja mais benéfica, e com isso reste resguardado o princípio da vantagemidade.

Sendo assim, em que pese inexistir um procedimento formal para estabelecimento de uma licitação internacional, sendo o único requisito a divulgação do instrumento convocatório na imprensa internacional ou em agências de divulgação de negócios no exterior (é este o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme se extrai das decisões do Plenário 289/1999; 488/2001 e; 220/2013), é insito ao instituto da concorrência internacional que ela busque atingir ao maior número de agentes internacionais, e mais, que faculte aos estrangeiros as mesmas condições de participações conferidas aos agentes nacionais.

É o que se vê em:

“Embora não se possa precisar uma única forma para divulgação da licitação no exterior, pois sobre isso não dispõe a lei detalhadamente, como no caso das regras de divulgação da licitação no país, previstas no artigo 21 da Lei 8.666/1993, pode-se afirmar que a total ausência de ato que vise à divulgação internacional é claramente incompatível com o propósito de uma licitação de âmbito internacional.”

(RAIMUNDO CARREIRO Ministro-Relator TC 012.464/2007-0 - TCU - Plenário)

Ora, se a Administração Pública reconhece que para a devida divulgação da concorrência internacional e participação do maior número de empresas estrangeiras era necessária a apresentação de versões do Edital e demais documentos em língua inglesa (o que é sobretudo recomendado), deve, por óbvio, conceder prazos equivalentes àqueles que tomaram ciência da licitação a partir da sua divulgação em outro idioma.

Destaca-se, inclusive, que a divulgação em inglês do Edital e dos demais anexos em licitações internacionais já foi recomendado em julgado do Tribunal de Contas da União:

“Considero importante a utilização do idioma inglês na divulgação da licitação ora desenvolvida pela ANP. Os documentos, em língua inglesa, no entanto, por não serem admitidos sem a tradução realizada por tradutor juramentado pelo nosso ordenamento jurídico, não que ser excluídos do procedimento licitatório, devendo a ANP limitar-se a pedir no Edital documentos em português ou em língua estrangeira

(não somente em inglês), e neste caso, acompanhados, obrigatoriamente de tradução realizada por tradutor juramentado”

(ADHEMAR PALADINI GHISI Ministro-Relator – decisão nº 351/1999 - TCU – Plenário)

Ciente da recomendação do TCU de que tão somente documentos em inglês com tradução juramentada podem constar do procedimento licitatório, a ANAC disponibilizou em seu sítio eletrônico a versão em inglês do Edital e de seus anexos, incluindo o discrímen de que as traduções para o inglês têm por finalidade apenas viabilizar que empresas estrangeiras tenham condições de se assenhorar das informações úteis para a análise do projeto e apresentação de proposta, sendo que sempre devem prevalecer, para fins jurídicos, a versão oficial em português publicada pela ANAC. Segue a página eletrônica da ANAC com a ressalva em destaque:¹



Edital / Notices

Notices: Airports of Fortaleza, Salvador, Florianópolis and Porto Alegre

The purpose of the English translation are exclusively for the aim of information with no legal validity. prevailing in any case, the official Portuguese version published by ANAC, as well as all the documents and communications of the trade shall be done in Portuguese, as specified in the rules of the public notice auction.

As traduções para o inglês são para fins exclusivamente de informação, não tendo validade jurídica e prevalecendo, em qualquer caso, a versão oficial em português publicada pela ANAC, bem como todos os documentos e comunicações do certame devem ser feitos em português, conforme regras do Edital de Leilão.

É certo que se a ANAC, além da divulgação em âmbito internacional, também disponibilizou o Edital e seus Anexos vertidos para o inglês, o fez como forma de atrair empresas estrangeiras em condições de competição iguais às brasileiras. Trata-se, pois, de ponto estruturante em que se sustenta a licitação, a qual viabiliza que participantes brasileiros e estrangeiros tenham o mesmo prazo para apresentação de documentos habilitantes e elaboração de propostas. **Isso porque, repita-se, a divulgação do Edital em idioma estrangeiro não pode ser tratada como um ato isolado e descontínuo da Administração** – até mesmo porque a ANAC, ao

¹ <http://www.aviacao.gov.br/assuntos/concessoes-de-aeropostos/novas-concessoes/edital>. Acesso realizado no dia 29 de dezembro de 2016, às 12h00.



fazê-lo, se autovinculou -, devendo ser carreado por outras medidas capazes de assegurar a isonomia e o melhor desempenho do processo licitatório, sobretudo a concessão de prazos equivalentes aos possíveis participantes estrangeiros e nacionais.

II.2. A VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA ENTRE EMPRESAS BRASILEIRAS E ESTRANGEIRAS

Sedimentado que a disponibilização da versão em inglês do Edital e de seus anexos configura mecanismo que tem por finalidade atrair, efetivamente, empresas estrangeiras, bem como que a ANAC, ao fazê-lo, autovinculou-se, passamos a analisar as datas de disponibilização tanto da versão em português quanto da versão em inglês dos documentos que integram o instrumento convocatório.

A versão em português do Edital foi disponibilizada no dia 1º de dezembro de 2016, conforme publicação do Diário Oficial. Por outro lado, a versão em inglês do Edital somente foi disponibilizada no dia 9 de dezembro de 2016, por meio do sítio eletrônico da ANAC.

A análise açodada dessas datas, supostamente, possibilitaria concluir que não haveria prejuízo para as empresas estrangeiras interessadas em participar do presente certame, eis que não teria havido – em tese – lapso temporal dilatado entre uma disponibilização e a outra.

De imediato, deve ser corroborado que o prazo estabelecido pela ANAC para que as empresas analisem as informações técnicas e econômico-financeiras disponibilizadas no Edital e em seus anexos é, demasiadamente, exíguo. Este quadro que é ainda mais severo para as empresas estrangeiras, na medida em que um projeto complexo como este em testilha demanda a plena compreensão dos aspectos do setor da aviação civil, com ênfase para seus vieses técnico, econômico e regulatório.

Tão somente por isso já seria insuficiente o interregno para que as empresas estrangeiras interessadas escrutinassem com atenção e minúcia não apenas os aspectos técnicos e econômicos intrínsecos aos aeroportos que integram o objeto licitado, mas também aspectos macro do setor da aviação civil, com a finalidade de identificar e precificar os riscos assumidos caso apresentada proposta para o presente certame.

Para agravar ainda mais a conjuntura das empresas estrangeiras, a versão em inglês do Edital, como visto, foi disponibilizada 8 (oito) dias após a versão em português. Trata-se, pois, de manifesta ofensa ao princípio da isonomia entre as empresas brasileiras e estrangeiras.



Acrescenta-se, ainda, que o prejuízo às empresas estrangeiras restou incontestado ao se observar que o Edital, em seu item 1.6, previu que os pedidos de esclarecimentos deveriam ser apresentados até o dia 26 de dezembro de 2016. Ou seja, as empresas estrangeiras tiveram 8 (oito) dias a menos para analisar o Edital e apresentar seus pedidos de esclarecimentos.

Sendo admitida a participação de estrangeiros, o artigo 3º, §1º, inciso I, da Lei Federal nº 8.666/1993 consagra a regra geral de tratamento isonômico entre licitantes nacionais e estrangeiros ao vedar o estabelecimento de tratamento diferenciado entre empresas nacionais e não nacionais. Segue a redação do dispositivo mencionado:

“Art. 3º (...)

§1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;”

Isso significa que, se a Administração estabelecer determinadas exigências, deverá aplicá-las a todos os licitantes, independentemente de sua nacionalidade. Haverá regras uniformes a respeito da moeda, modalidade e local de pagamento, nos limites do que dispõe a própria lei. A regra geral, portanto, é a da uniformidade de tratamento entre nacionais e não nacionais.

A imposição de que haja tratamento isonômico entre empresas estrangeiras e brasileiras nas licitações internacionais também está insculpida no §1º do artigo 42 da Lei Federal nº 8.666/1993, *in verbis*:

“Art. 42. Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro.”

(sem destaque no original)



Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União já pacificou o entendimento de que é defeso à Administração Pública aplicar tratamento anti-isonômico entre as empresas brasileiras e as estrangeiras nas licitações internacionais:

“Quando se autoriza a participação em licitações de empresas sediadas no estrangeiro, surgem temas jurídicos que podem exigir debates complexos. Começando-se pelo § 3º do referido artigo da LLC, observa-se que o dispositivo estabelece a equivalência entre as garantias prestadas pelos licitantes brasileiros e competidores estrangeiros. Tal parágrafo coaduna-se com o princípio da isonomia (art. 3º, § 1º, II, da Lei 8.666/1993), que determina a proibição de tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras.” (TC 028.518/2014-4 – Acórdão nº 1866/2015 – TCU – Plenário)

(sem destaque no original)

A participação de estrangeiros em licitações no Brasil deve ter por premissa o princípio da isonomia. Diferentemente do que a primeira leitura revela, o princípio da isonomia não tem o condão de vedar tratamentos diferenciados. Considerando as particularidades fáticas, o tratamento discriminatório consiste em uma condição *sine qua non* para que se observe a isonomia. Nessas hipóteses, o tratamento uniforme é que poderia ser inválido.

Especificamente em relação às licitações, o princípio da isonomia apresenta uma importância fundamental. A licitação é um procedimento essencialmente discriminatório. Como a Administração necessita escolher um interessado para contratar, é necessário estabelecer critérios diferenciadores entre eles que justifiquem a escolha daquele que melhor atenderá às necessidades da Administração.

Entretanto, o fato de a licitação ser um procedimento discriminatório não significa que deva ser anti-isonômico. Pelo contrário. Para serem válidas, as distinções criadas para diferenciar os licitantes e suas propostas precisam atender às diretrizes que compõem o princípio da isonomia, a saber: (i) devem retratar diferenças fáticas que sejam efetivas e reais; (ii) devem instituir um tratamento discriminatório adequado às diferenças de fato; e (iii) devem retratar valores jurídicos consagrados pelo ordenamento.

No presente caso, o fato de a ANAC ter disponibilizado a versão em português do Edital com 8 (oito) dias de antecedência em relação à versão em inglês denota um patente tratamento discriminatório não justificado, na medida em que beneficia as empresas brasileiras em detrimento das empresas estrangeiras.



Na verdade, o ato anti-isonômico sob análise agrava a vantagem natural das empresas brasileiras, que já conhecem os aspectos técnicos, econômico-financeiros e regulatórios do setor da aviação civil, com ênfase para particularidades referentes aos aeroportos que integram o objeto do Edital.

Como restou demonstrado, o descasamento da disponibilização das versões em português e inglês do Edital fere o princípio da isonomia, ao claramente favorecer as proponentes brasileiras, que se valeram de mais tempo para formulação de seus pedidos de esclarecimento.

Sendo assim, requer-se, quanto ao ponto, que a ANAC adote as providências necessárias para assegurar a plena isonomia às empresas brasileiras e estrangeiras com relação ao período de publicação do Edital nas versões em português e inglês, sob pena de - não o fazendo, eivar de vício insanável o procedimento licitatório.

II.3. DA AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES ESSENCIAIS PARA A FORMULAÇÃO DE PROPOSTA

A partir da análise do Edital e de seus anexos, a Impugnante observou a ausência de informações imprescindíveis tanto de natureza técnica quanto de natureza econômico-financeira com relação ao objeto ora licitado. A omissão de informações imprescindíveis, aliada à complexidade do objeto que se pretende contratar, impede que os concorrentes formulem suas propostas adequadamente e em tempo hábil.

Como é cediço, o presente Edital adotou a concessão comum como forma de prestação dos serviços públicos ora licitados. De especial, nesse processo licitatório, merece destaque que, para licitar uma concessão comum, mesmo que seja precedida de realização de uma obra pública, a lei não exige a apresentação de projeto básico detalhado, ao contrário do que faz a Lei Federal nº 8.666/1993 (art. 7º, § 2º, inciso I).

Todavia, a Lei Federal nº 8.987/1995 impõe que a Administração Pública disponibilize, no mínimo, "elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização", consoante expresso em seu artigo 18, inciso XV, com redação dada pela Lei Federal nº 9.648/1998.

Observa-se, pois, que nas concessões comuns a Administração Pública deve disponibilizar informações que tenham o nível de detalhamento de um anteprojeto, com a finalidade de permitir que os potenciais licitantes identifiquem os riscos assumidos, desenvolvam suas soluções técnicas e precifiquem os investimentos e os custos de operação necessários com base em valores de mercado em empreendimentos semelhantes.



Em que pese não fazer sentido exigir que o poder concedente defina de forma detalhada e mandatária as especificações técnicas e a metodologia de consecução da infraestrutura que suporta o serviço delegado, far-se-á necessário, no mínimo, que o poder público disponibilize as funcionalidades e as especificações do objeto que ora pretende delegar, sem adentrar em detalhamento de metodologias construtivas, dimensionamentos ou detalhamento de quantidades.

Todavia, o Edital e seus anexos são omissos sobre informações mínimas e imprescindíveis para a plena compreensão dos aspectos técnicos e econômicos das infraestruturas e serviços que serão delegados, impedindo, com isso, que os licitantes elaborem suas propostas com total e completo conhecimento do objeto da licitação.

Ao omitir as informações a seguir arroladas, o Edital transfere aos licitantes a responsabilidade não só por elaborar suas propostas, mas, também, por assumir riscos que não estão suficientemente detalhados, revestindo o certame de subjetivismo com o qual a Impugnante não pode concordar.

A escolha dos equipamentos e da metodologia necessários à realização do objeto licitado envolve, necessariamente, a especificação da obra e das suas interferências. E a sua delimitação está circunscrita à discricionariedade da ANAC, não podendo ser transferida ao licitante.

Ora, clareza, precisão, objetividade, são atributos inerentes ao instrumento convocatório, sob pena de revestir o certame de incerteza, subjetivismo e interpretações equivocadas. Se o Edital não circunscreve as características mínimas do objeto licitado, remetendo a tarefa de aferi-las à livre interpretação dos concorrentes, retira do certame a objetividade na qual se deve pautar o critério de escolha do vencedor.

Nesse sentido, Marçal Justen Filho, ao analisar o inciso VIII do artigo 40 da Lei Federal nº 8.666/1993, impõe à Administração Pública o dever de fornecer informações mínimas acerca do objeto licitado para que os licitantes tenham condições de elaborar suas propostas de forma objetiva, *in verbis*:

“O ato convocatório deverá conter todas as informações relevantes e pertinentes à licitação. Nenhuma decisão poderá inovar o conteúdo do ato convocatório. Se existir informação relevante para a elaboração das propostas ou participação dos interessados e se isso não constar do ato convocatório, haverá vício invencível. Apesar disso, a unidade administrativa deverá dispor-se a prestar esclarecimento e informações. Se,





porém, os esclarecimentos importarem alteração nos termos do ato convocatório, existirá vício e provável nulidade.”²

Por esse motivo, se faz imprescindível a especificação/detalhamento dos itens enumerados mais abaixo. A respeito, passagem do Acórdão 3697/2013 – Plenário, proferido pelo Egrégio Tribunal de Contas da União no Processo nº 031.086/2013-6, traduzo com clareza essa necessidade:

“31. No que tange às alíneas “a.6” e “a.11” transcritas acima, entendo que, se a **fundamentação indevida de certos parâmetros e premissas requer a adoção de providências anteriores à veiculação do edital** – a exemplo do que se propõe em relação a diversas outras impropriedades detectadas nos autos –, com mais razão há que se **exigir medidas saneadoras prévias quando a fundamentação não existe, falha esta, a meu ver, bem mais grave do que se o vício de fundamentação decorresse de mera incongruência.**

32. Por sua vez, a importância de que também as providências previstas nas alíneas “a.9” e “a.12” sejam cumpridas previamente à publicação das **regras editalícias se assenta no fato de que elas estão relacionadas à fixação de parâmetros com base nos quais o objeto da subconcessão será fiscalizado, parecendo-me prudente que sejam eles definidos desde já, evitando-se assim prováveis questionamentos**, inclusive na esfera judicial, em caso de glosa de pagamentos decorrente da escolha de determinado parâmetro pela ANTT em detrimento de outros considerados aplicáveis pela subconcessionária.

33. No que diz respeito ao projeto de engenharia, o ilustre Relator rejeitou a proposta de determinação à ANTT no sentido de as futuras licitações para concessão de ferrovias, somente ocorram mediante a realização de “estudos de engenharia fundamentados em projeto básico, com nível de detalhamento e grau de precisão igual ou superior ao projeto de concessão do trecho ferroviário da EF-354 entre Lucas do Rio Verde/MT e Campinorte/GO” (item II, alínea “b”, da instrução técnica).

34. Na opinião de Sua Excelência, “Não se trata, aqui, de contratação de obra com detalhamento de custos unitários de

² Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª ed. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014. . 721.



cada serviço, mas outorga de concessão de exploração”, de modo que “O particular não será remunerado em razão da medição dos serviços executados nem em razão dos custos incorridos nessa empreitada. A receita advirá da capacidade operacional que for efetivamente disponibilizada pelo futuro concessionário, pouco importando seus custos reais.”

35. Com todo respeito a essas conclusões, ainda que o particular encontre-se livre para implementar a solução de engenharia que entender mais eficiente para atender aos requisitos estabelecidos no edital, podendo, inclusive, justificadamente alterar o traçado adotado no projeto básico e escolher outras alternativas sem que sua remuneração esteja atrelada aos custos e investimentos efetivamente incorridos ou realizados, **o fato é que a existência de projetos básicos com nível de detalhamento e grau de precisão requeridos na proposição final da SefidTransporte com base na manifestação da SecobHidroferrovia é essencial para que este Tribunal, no âmbito de trabalhos semelhantes a este, promova adequada análise dos custos de construção, análise esta cuja importância se evidencia nos próprios vícios de orçamentação detectados neste processo, aptos a ensejar a redução do valor da Tarifa Básica de Disponibilidade da Capacidade Operacional de 123,57 R\$/trem.km para 89,78 R\$/trem.km.**

36. Outrossim, **a existência de projetos básicos com nível de detalhamento e grau de precisão suficientes se mostra fundamental para que as empresas interessadas em disputar a subconcessão possam ofertar, com a devida segurança, o menor Valor da Proposta Econômica possível.**

37. Pertinente e oportuna, portanto, a determinação sugerida pela unidade técnica com vistas a garantir que as futuras licitações para concessão de ferrovias somente ocorram depois da existência de projeto básico adequado.”

(sem destaque no original)

Conforme frisou o E. Tribunal no julgado acima, a disponibilização das informações necessárias ao certame deve ocorrer anteriormente à fase exterior do procedimento licitatório, isto é, quando são disponibilizados os documentos a ele atinentes e são estabelecidas as datas de suas etapas.

Tamanha a escassez de informações constantes do edital que tão somente a Impugnante encaminhou 27 (vinte e sete) pedidos de esclarecimentos. Considerando, ainda, que a ANAC impôs antecedência abissal entre o termo final para requerer esclarecimentos e a efetiva data de entrega dos envelopes, é provável que as licitantes que não tenham tido tempo hábil para submeter todos os seus questionamentos, façam uso do instrumento da impugnação para atacar as omissões editalícias.

Aliás, sobre o ponto, é conveniente salientar que, uma vez que o prazo para envio dos pedidos de esclarecimentos se esgotou com tamanha antecedência, quaisquer dúvidas que surjam em relação aos documentos licitatórios em razão das visitas técnicas, correm o risco de jamais serem respondidas, ou ainda, fiquem à mercê da boa vontade da ANAC, que não se vinculará às suas respostas – contrariamente ao que aconteceria no âmbito dos pedidos de esclarecimentos.

Assim, com a finalidade de mitigar a imprecisão do Edital e a inexistência de elementos mínimos acerca dos aspectos técnicos e econômicos do objeto ora licitado, a Impugnante requer sejam supridas as seguintes omissões:

II.3.1. DA ESPECIFICAÇÃO DAS ATIVIDADES OPERACIONAIS E COMERCIAIS

O item 11.6 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo 24 do Edital)³ enumera as atividades a serem desempenhadas nas Áreas Operacionais do Complexo Aeroportuário.

Por outro lado, as atividades operacionais e comerciais são aquelas constantes da Resolução nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, da ANAC, diploma que dispõe sobre os critérios e procedimentos para a alocação e remuneração de áreas aeroportuárias.

Observa-se que, nos termos do item 11.7 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo 24 do Edital), parte da remuneração auferida pela Concessionária provém da cobrança de preço pela utilização das Áreas Operacionais do Complexo Aeroportuário. Logo, qualquer alteração nas atividades operacionais e comerciais, que poderão ser desempenhadas pela Concessionária nas Áreas Operacionais do Complexo Aeroportuário, impactará sobre o fluxo de receita originalmente pactuado, o que deverá ensejar o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, consoante as garantias asseguradas pelo art. 37, XXI, da Constituição

³ “11.6. São Áreas e Atividades Operacionais do Complexo Aeroportuário aquelas essenciais à prestação dos serviços de transporte aéreo, tais como despacho de aeronaves, passageiros e bagagens, serviços auxiliares de rampa, carga e descarga de aeronaves, recebimento e despacho de carga e de bens transportados por aeronaves, abastecimento de combustível e lubrificantes, armazenagem e capatazia doméstica, entre outras atividades próprias de prestadores de serviços de transporte aéreo ou de serviços auxiliares ao transporte aéreo.”



Federal, pelo art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 e também prevista nos itens 6.1 e 6.2 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo 24 do Edital).

Com a finalidade de mitigar futuras controvérsias já durante a vigência contratual, requer-se seja alterada a redação do item 11.6 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo 24 do Edital) de forma que conste expressamente que as atividades operacionais e comerciais são aquelas constantes da Resolução nº 302, de 5 de fevereiro de 2014, da ANAC, devendo, ainda, constar que qualquer alteração nessas atividades ensejará o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato em favor da Concessionária.

II.3.2. DAS INFORMAÇÕES ACERCA DAS OBRAS CONTRATADAS, EM CURSO, NÃO INICIADAS OU PARALISADAS NOS COMPLEXOS AEROPORTUÁRIOS

Como é cediço, em alguns dos aeroportos a serem concedidos já existem obras de adequação/ampliação em curso relativas aos campos de voo, pátio de aeronaves, TPS e estacionamentos.

Nos termos da Seção V do Edital, mais especificamente em seu item 1.16, será permitido às proponentes realizar visita técnica a fim que afirmem as condições dos Complexos Aeroportuários com o propósito de elaborar acuradamente suas propostas econômicas.

Nesse contexto, repisa-se que é fundamental em um procedimento licitatório, sobretudo naqueles destinados a concessões de longo prazo – tal como no presente caso –, que o objeto a ser licitado seja pormenorizadamente descrito e/ou, nos casos em que inviável essa descrição tão detalhada no âmbito do edital e/ou anexos, seja facultado amplo acesso aos interessados a documentos/locais/estudos etc., necessários à elaboração de propostas.

A necessidade da clareza e objetividade da descrição das especificidades do objeto devem-se aos riscos assumidos pela futura Concessionária, na medida em que “eventuais prejuízos em virtude de sua omissão na verificação do Complexo Aeroportuário são de integral responsabilidade das proponentes” (v. item 1.18 do Edital).

Por conseguinte, para que os licitantes tenham plena ciência das responsabilidades que assumirão ao apresentar suas propostas, deverão ser disponibilizadas, integralmente, todas as informações acerca das obras contratadas, em curso, não iniciadas ou paralisadas, solicitadas pelas proponentes a fim que as mesmas possam elaborar adequadamente suas propostas, em especial documentação em geral do projeto (desenhos, memórias de cálculo, especificações etc.), relatórios das condições atuais dos materiais empregados, controle tecnológico dos materiais empregados, ensaio de capacidade de carga de fundação, estruturas



metálicas compradas e/ou fornecidas, últimas medições realizadas de cada contrato e seus pagamentos e avanço físico, sob pena de a ANAC estar negligenciando informações relevantes para a elaboração das propostas ou participação dos interessados, o que eivará de vício insanável o presente certame.

II.3.3. DA ESPECIFICAÇÃO DO RESPONSÁVEL PELOS CUSTOS EXTRAORDINÁRIOS DE EVENTUAIS NOVAS OCUPAÇÕES

O item 2.5 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo 24 do Edital) prevê que: “eventuais desocupações de áreas localizadas no sítio aeroportuário, em posse ou detenção de terceiros, prévias ou posteriores à celebração do Contrato, serão de integral responsabilidade da Concessionária”.

Com a finalidade de mitigar futuras controvérsias já durante a vigência contratual, requer seja alterada a redação do item 2.5 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo 24 do Edital), passando a constar a previsão de que os custos não orçados decorrentes de eventuais novas ocupações ocorridas no ínterim entre a entrega da proposta e a assunção da gestão da infraestrutura aeroportuária deverão ser suportados, única e exclusivamente, pelo Estado.

Alternativamente, caso a ANAC pretenda atribuir à Concessionária a responsabilidade por assumir esses custos extraordinário, far-se-á necessário alterar a redação do item 2.5 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo 24 do Edital), com a finalidade de que a assunção somente seja efetiva após a conclusão do procedimento prévio que assegure a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato, inscrita no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, no artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/1993 e também prevista nos itens 6.1 e 6.2 do Minuta do Contrato de Concessão (Anexo 24 do Edital).

II.3.4. DA DISPONIBILIZAÇÃO DOS ESTUDOS DE VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA

Os estudos econômico-financeiros utilizados na elaboração do edital são fundamentais para que as proponentes elaborem propostas econômicas sólidas, sendo certo que os estudos disponibilizados no âmbito das audiências públicas não contemplaram alterações supervenientes significativas relativas: (i) à forma de pagamento da outorga; (ii) a tributos (REIDI, SUDENE); (iii) aos custos com desocupações; e (iv) aos custos com o plano de demissão voluntária da Infraero;

Com a finalidade de subsidiar as proponentes de informações mínimas para a elaboração das propostas, requer sejam disponibilizados, pela ANAC, estudos

de viabilidade econômico-financeira dos Complexos Aeroportuários que integram o objeto ora licitado.

II.3.5. DA DISPONIBILIZAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE PROBLEMAS EXISTENTES NAS ESTRUTURAS QUE SERÃO ASSUMIDAS

O item 3.3.5.6 do Plano de Transferência Operacional (Anexo 9 do Contrato de Concessão) dispõe sobre a necessidade de a concessionária prever o início imediato de ações que permitam melhorar o padrão operacional, abrangendo, dentre outras: "a correção de fissuras, infiltrações, manchas e desgastes na pintura de paredes, pisos e forros (inclusive área externa) do(s) TPS".

Diante disso, requer-se que a ANAC disponibilize estudo identificando a origem patológica das fissuras apontadas, devendo, ainda, ser informado se essas fissuras podem decorrer de problemas estruturais, ou seja, que impactem nas futuras ampliações e obras previstas no âmbito do Contrato de Concessão.

II.3.6. DOS ESTUDOS SOBRE OS SISTEMAS DE DRENAGEM E DE TRATAMENTO DE ESGOTOS DOS COMPLEXOS AEROPORTUÁRIOS

O item 2.36 da Minuta do Contrato de Concessão (Anexo 24 do Edital) dispõe que "eventual não objeção ao anteprojeto não supre o atendimento à legislação vigente, nem a exigência de outras entidades da administração pública tendo em vista a observância dos requisitos de licenciamento ambiental, de uso do solo e de zoneamento urbano e da observância dos condicionantes impostos pelo órgão responsável pelo controle do espaço aéreo, bem como as responsabilidades nas esferas civil, penal, administrativa e técnica, inclusive perante o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia, o Conselho de Arquitetura e Urbanismo, e outros órgãos".

Nesse contexto, deve ser observado que para a obtenção do licenciamento ambiental, bem assim para cumprimento de outras normas acima consideradas, é imperioso que a Concessionária tenha acesso ao estudo de definição de áreas de drenagem de água pluvial limpa e contaminada, bem como de tratamento de esgotos doméstico e industrial de todo o sítio aeroportuário, suas edificações, pistas e pátios, além da indicação do destino final das águas pluviais e dos efluentes coletados.

Para fins de prestar informações mínimas com as quais as licitantes possam formular suas propostas, requer sejam disponibilizados os estudos que definam as áreas de drenagem de água pluvial limpa e contaminada, bem como de tratamento de esgoto doméstico e industrial de todo o sítio aeroportuário, suas



edificações, pistas e pátios, além da indicação do destino final das águas pluviais e dos efluentes coletados.

II.3.6. DAS INFORMAÇÕES SOBRE O ACESSO RODOVIÁRIO AO SÍTIO AEROPORTUÁRIO REFERENTE AO AEROPORTO DE FLORIANÓPOLIS

Nos termos do item 5.2.3.1 do Contrato de Concessão, particularmente em relação ao Aeroporto Hercílio Luz, o Poder Concedente é responsável pela disponibilização, após o término da Fase I-B, de acesso rodoviário ao sítio aeroportuário.

Destaca-se que o acesso rodoviário ao sítio aeroportuário referente ao Aeroporto de Florianópolis é fundamental para a confirmação das projeções de demanda.

Diante disso, requer-se que a ANAC disponibilize às proponentes as informações relativas ao contrato sob gestão do DEINFRA (Departamento Estadual de Infraestrutura), em especial informações relativas a avanço físico, previsão de conclusão e qualquer outra que se faça necessária com relação ao acesso rodoviário ao sítio aeroportuário referente ao Aeroporto de Florianópolis, ressalvadas aquelas protegidas por sigilo, na forma da lei.

II.3.6. DAS INFORMAÇÕES SOBRE O PROCESSO DE TOMBAMENTO DO TERMINAL DE PASSAGEIROS 02 (TPS-02) DO AEROPORTO DE PORTO ALEGRE

A OHL, em visita ao Aeroporto de Porto Alegre, foi informada de que estaria em curso um processo do tombamento relativo ao Terminal de Passageiros 02 (TPS-02). Caso essa informação seja confirmada, a conclusão do processo de tombamento implicará em restrições, de extensões variadas, na utilização e manutenção do bem tombado.

Sendo assim, requer sejam fornecidas as informações sobre a extensão do tombamento do Terminal de Passageiros 02 (TPS-02) do Aeroporto de Porto Alegre, bem como os documentos relativos a referido processo.

II.3.7. DAS INFORMAÇÕES SOBRE O CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS CONSTANTES DA SUBPARTE D - AUXÍLIOS VISUAIS PARA NAVEGAÇÃO DO RBAC 15 - AEROPORTO DE PORTO ALEGRE

Ao compulsar o RELATÓRIO TÉCNICO "Certificação Operacional de SBPA", verifica-se que "o estudo aeronáutico não aborda requisitos constantes da Subparte D - Auxílios visuais para navegação, do RBAC 154, e que a verificação do



cumprimento desses requisitos pode ser necessária para a atualização do cadastro para CAT II”.

Observa-se, pois, que o Relatório Técnico não apresenta a integralidade das informações necessárias referentes à “Certificação Operacional de SBPA” do Aeroporto de Porto Alegre.

Com fulcro nos fundamentos já expostos, requer-se sejam disponibilizadas as informações adicionais sobre o cumprimento dos requisitos constantes da Subparte D - Auxílios visuais para navegação do RBAC 154, haja vista que a verificação do cumprimento desses requisitos pode ser necessária para a atualização do cadastro para CAT II.

II.3.8. DAS INFORMAÇÕES SOBRE O CURSO OBRAS RELATIVAS À CONSTRUÇÃO DA VIA DE ACESSO AO NOVO TERMINAL DE PASSAGEIROS (TPS) NO AEROPORTO PINTO MARTINS

Como é sabido, estão em curso obras relativas à construção da via de acesso ao novo terminal de passageiros (TPS) no aeroporto Pinto Martins, de Fortaleza. A tempestiva disponibilização de tal via acesso é fundamental para fins de confirmação da projeção de demanda, o que, em último caso, influi na própria higidez da concessão.

Diante disso, requer sejam fornecidas todas e quaisquer informações sobre o curso obras relativas à construção da via de acesso ao novo terminal de passageiros (TPS) no aeroporto Pinto Martins, em especial aquelas relativas às condições atuais, avanços físicos, previsão de conclusão, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

III. DOS PEDIDOS

Ante as razões expostas, requer-se que a ANAC:

- (i) adote as providências necessárias para assegurar a plena isonomia às empresas brasileiras e estrangeiras com relação ao período de publicação do Edital nas versões em português e inglês; e
- (ii) altere as redações dos itens editalícios e disponibilize as informações, estudos e levantamentos requeridos nos tópicos II.3.1 a II.3.8 desta impugnação, com a finalidade de mitigar a imprecisão do Edital e a inexistência de elementos mínimos acerca dos aspectos técnicos e econômico do objeto ora licitado.



Com fundamento no artigo 37, XXI, da Constituição Federal e nos artigos 21, §2º, II, alínea "b", e 22, §2º, da Lei Federal nº 8.666/1993, reitera-se, outrossim, os pedidos anteriores formulados no sentido de ser concedida prorrogação do prazo para a entrega das propostas em 30 (trinta) dias, em razão da complexidade e envergadura do objeto licitado.

Termos em que

Pede deferimento.

De São Paulo para Brasília, 23 de janeiro de 2017.