

PROCESSO Nº: 1.148.581
NATUREZA: Denúncia
RELATOR: Telmo Passareli
JURISDICIONADO: Município de Barão de Cocais
EXERCÍCIO: 2023

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de denúncia, com pedido de medida liminar, oferecida pela Aegea Saneamento e Participações S.A em face do Edital de Concorrência Pública n. 001/2022 do Município de Barão de Cocais. A Denúncia foi autuada e distribuída em 14/06/2023 para a relatoria do Conselheiro José Alves Viana.

Ainda em 14/06/2023, o relator, através de Despacho (peça nº 11 do SGAP), determinou que os autos fossem encaminhados para esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações, para exame dos fatos narrados, inclusive quanto ao pedido liminar, no prazo de cinco dias uteis.

Em 21/06/2023 esta Unidade Técnica apresentou Relatório de Análise Inicial recomendando a concessão de cautelar para que o município de Barão de Cocais se abstinhasse de dar continuidade ao certame, bem como que fossem realizadas diligências.

Em decisão do dia 29/06/2023, o Conselheiro Relator julgou prejudicada a análise da medida cautelar, tendo em vista que o certame em comento tinha sido suspenso *sine die* pela Administração Municipal, conforme comunicado disponibilizado no dia 15/06/2023¹. Também determinou a intimação dos Srs. Douglas Aleixo Pena (Secretário de Obras e Saneamento) e Cristiano de Oliveira Lage (Secretário de Meio Ambiente) para que encaminhassem os esclarecimentos solicitados em sede de diligência, bem como a cópia integral da Concorrência nº. 1/2022.

Em 06/07/2023 Secretário Municipal de Obra e Saneamento solicitou a extensão do prazo para resposta aos apontamentos feitos para 30 dias úteis, de modo a permitir uma análise mais aprofundada e a elaboração de respostas adequadas.

Em 28/07/2023 o Conselheiro Relator acolheu as razões apresentadas pelo jurisdicionado e concedeu, em caráter excepcional, novo prazo de 10 dias úteis para apresentação dos esclarecimentos e documentos determinados.

Em 22/08/2023 o processo foi tramitado para esta Unidade Técnica para reexame. Em 06/09/2023, foi juntado aos autos novo Relatório de Análise, que concluiu pela procedência de alguns apontamentos da denúncia, ressaltando que seria necessário aguardar a republicação do edital para emissão de parecer considerando as alterações.

Em 18/10/2023, o Ministério Público de Contas apresentou Relatório de Manifestação Preliminar, através do qual requereu aditamento da denúncia e a citação dos responsáveis para apresentarem defesa.

Em 25/10/2023, o relator, através de despacho, determinou a intimação dos senhores Douglas Aleixo Pena, Secretário de Obras e Saneamento, e Cristiano de Oliveira Lage, Secretário de Meio Ambiente, para que no prazo de 15 dias encaminhassem a documentação solicitada por esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações. Após solicitação do jurisdicionado, em 29/11/2023 o Relator ampliou o prazo por mais 10 dias.

Em 05/12/2023, o Município de Barão de Cocais, através da Secretária de Obras e Saneamento e da Secretária Municipal de Meio Ambiente, juntou aos autos petição com as justificativas e documentos solicitados por esta Unidade Técnica.

Em 11/12/2023 a AEGEA Saneamento e Participação S.A. apresentou nova petição requerendo a juntada de precedente do TCE-RO, bem como para reiterar o pedido para que seja reconhecida a nulidade do Edital de Concorrência Pública nº. 001/2022.

Em 12/12/2023, o relator, através de despacho, determinou a redistribuição do feito para o Tribunal Pleno, tendo em vista a alteração do valor da licitação para R\$1.245.982.443,78. O processo foi redistribuído e remetido a esta Coordenadoria para exame.

Em 16/01/2024 o Município de Barão de Cocais publicou o Edital de Concorrência nº. 01/2022, estabelecendo o dia 05/03/2024 como data para abertura dos Documentos de Qualificação e das Propostas Técnicas e Comerciais.

Em 31/01/2024 a denunciante AEGEA Saneamento e Participações S.A. apresentou petição para reiterar o pedido de reconhecimento de nulidade do Edital, bem como para requerer a juntada de Recomendação Conjunta do Ministério Público de Minas Gerais, referente ao Inquérito Civil MPMG-0251.23.000097-7, que trata da Concorrência n.º 001/2023 do Município de Extrema/MG.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFPCP



Em 06/02/2024 foi juntado por esta Unidade Técnica Relatório de Análise Técnica, que concluiu pela procedência parcial da denúncia, bem como considerou que existiam elementos que justificavam a suspensão do certame.

Em 08/02/2024 o Relator, Conselheiro José Alves Viana, determinou a intimação dos responsáveis pela licitação para que eles apresentassem informações sobre os apontamentos técnicos ou que procedessem à devida adequação do edital.

Em 26/02/2024, o Secretário Municipal de Obras e Saneamento, Sr. Douglas Aleixo Pena, e o Secretário Municipal de Meio Ambiente, Sr. Cristiano de Oliveira Lage, apresentaram Manifestação sobre o Relatório Técnico elaborado por esta Unidade Técnica, indicando que seriam feitos ajustes no edital.

Em 18/04/2024, esta Unidade Técnica elaborou relatório de análise técnica (peça 118 do SGAP), manifestando-se pela necessidade de aguardar a republicação do novo edital para manifestação definitiva desta Unidade Técnica, tendo em vista o compromisso do Município em fazer alterações no edital.

Contudo, em 02/04/2024, havia sido protocolizado documento sob o n. 9000309000/2024, por meio do qual a empresa Aegea Saneamento e Participações S.A, ora denunciante, noticiou a republicação do Edital da Concessão 01/2022 pelo Município de Barão de Cocais, no dia 22/03/2024, alegando que o referido procedimento licitatório se encontra eivado dos vícios observados no instrumento convocatório anterior. Desse modo, requererem a concessão de medida cautelar para suspensão do certame.

Em 25/04/2024, o Município de Barão de Cocais protocolizou o documento 9000395300/2024, consistindo no “Edital Retificado 2 – Concorrência Pública 01/2022, Processo Administrativo 01/2022”.

Em 03/05/2024 os documentos foram juntados aos autos e enviados a esta Coordenadoria para manifestação.

Em 07/05/2024, o Município de Barão de Cocais determinou novamente a suspensão, *sine die*, do ato de abertura da sessão pública, que estava previsto para ocorrer às 09h00min do dia 09 de maio de 2024, bem como a interrupção de todos os demais prazos procedimentais estipulados no edital. Segundo o comunicado publicado no portal da prefeitura, a suspensão ocorreu em razão das

manifestações interpostas pelas empresas Orbis Ambiental S.A e Senha Engenharia & Urbanismo S.S, bem como de impugnação apresentada pela empresa GS Inima Brasil Ltda em âmbito administrativo e Denúncia 1167241 perante o TCE/MG. Segundo o ato, a Comissão Especial de Licitação necessitará de tempo adicional para realizar análise acurada e as alterações necessárias no instrumento convocatório.

É o relatório, no essencial.

2 ESCOPO

Este relatório tem como escopo a análise técnica das alterações promovidas pelo Município de Barão de Cocais no Edital de Concorrência Pública nº. 001/2022, republicado em 22/03/2024, bem como da nova petição apresentada pela Aegea Saneamento e Participações S.A. em 02/04/2024.

3 DA ANÁLISE

3.1 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NO EDITAL REPUBLICADO EM 22/03/2024

Relembre-se que esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações, através do Relatório de Análise Técnica de 06/02/2024 (SGAP nº. 101), se manifestou em análises anteriores pela procedência dos seguintes apontamentos da denúncia:

- Da ausência de definição de critérios essenciais para a formulação de propostas. Da subjetividade e da frustração da comparação objetiva entre propostas. Vício formal diante da ausência de campo para apresentação dos fatores de ponderação no modelo de proposta comercial
- Da ilegalidade dos critérios e da metodologia de avaliação das propostas técnica. Ilegalidade dos quesitos que consistem no “conhecimento do problema” ou “diagnóstico do sistema existente” enquanto critério de pontuação da proposta técnica. Violação aos artigos 18, IV e XV e 21 da lei n. 8.987/1995.
- Da adoção de critério de julgamento incompatível com a natureza do objeto licitado. Impossibilidade de utilização do critério “técnica e preço” para licitar serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Por sua vez, os demais apontamentos da denúncia foram considerados improcedentes ou considerados superados após a republicação do Edital pelo Poder Concedente.

Em 18/04/2024, esta Unidade Técnica, no Relatório de peça 118, analisou os aspectos modificados, manifestando-se pela necessidade de se aguardar a republicação do edital para manifestação definitiva, tendo em vista que o jurisdicionado se comprometeu a retificar o edital para excluir a previsão de apresentação dos fatores de ponderação da fórmula de reajuste pelos licitantes, bem como para estabelecer a observância obrigatória pela futura concessionária dos termos da proposta técnica.

Passa-se, assim, à análise do edital retificado.

3.1.1 Da adoção de critério de julgamento incompatível com a natureza do objeto licitado

3.1.1.1 RELATÓRIOS DE ANÁLISE TÉCNICA (PEÇAS 45, 101 E 118)

Nos relatórios de peças 45, 101 e 118 esta Coordenadoria se manifestou sobre a inadequação da utilização do critério técnica sem uma justificativa razoável que fundamente a escolha do gestor.

Ponderou-se que no caso em exame o **Município não apresentou justificativas** capaz de atrair a utilização do critério melhor técnica na concessão.

Não obstante a esse entendimento, no relatório de peça 118, ponderou-se que, conquanto a utilização do critério de julgamento melhor técnica não tenha se revelado adequada no presente caso, sua irregularidade deve ser analisada em conjunto com a metodologia de avaliação das propostas e seu potencial de prejuízo à isonomia, à competitividade e à execução contratual.

Sob essa perspectiva, considerando as adequações promovidas pelo Município nos quesitos e na metodologia de avaliação das propostas técnicas, esta Unidade Técnica – embora tenha mantido o entendimento sobre a inadequação da utilização do critério “técnica e preço” sem motivação adequada e sem que haja comprovado benefício para o Poder Concedente e para os usuários, uma vez que pode prejudicar a modicidade tarifária e a competitividade do certame – concluiu **não ser cabível a aplicação de penalidade por parte deste Tribunal de Contas**, tendo em vista **a ausência de flagrantes prejuízos decorrentes dessa utilização**, diante da redução dos riscos para a competitividade da licitação e para a própria modicidade tarifária.

Todavia, como forma de garantir a transparência do julgamento da licitação, entendeu-se necessário **determinar** que, após o julgamento das propostas técnicas, seja **publicado relatório**

circunstanciado com o detalhamento dos motivos pelos quais foram atribuídas as notas pela comissão julgadora a cada licitante, em atendimento aos princípios da motivação, transparência e impessoalidade.

3.1.3.2. Análise do Edital Republicado

No edital republicado em 22/03/2024 o Município optou por manter a adoção **do critério de julgamento da melhor técnica, conjugado com o critério de menor tarifa**, conforme a seguir:

1.4. CRITÉRIO DE JULGAMENTO

1.4.1. Esta LICITAÇÃO será processada pela modalidade de CONCORRÊNCIA, em atendimento ao previsto nos arts. 9º e 15, V, da Lei nº. 8.987/1995. O critério de julgamento será feito considerando as notas da PROPOSTA TÉCNICA e da PROPOSTA COMERCIAL, que terão, respectivamente, pesos 50 (cinquenta) e 50 (cinquenta), conforme a seguinte fórmula:

$$NF = (0,50 \times NT) + (0,50 \times NC)$$

Sendo:

NF = Nota Final;

NT = Nota da PROPOSTA TÉCNICA; e

NC = Nota da PROPOSTA COMERCIAL.

3.1.3.3 Análise Técnica

A questão acerca da adequação da utilização de “melhor técnica”, mesmo que combinado como o de “melhor tarifa”, como critério de julgamento para concessões de abastecimento de água e esgotamento sanitário já foi exaustivamente analisada por esta Coordenadoria em diversos processos que se encontram em tramitação nesta Corte¹.

Em todos eles, o posicionamento desta Unidade Técnica foi no sentido de que a adoção do critério “melhor técnica” depende da **demonstração de contexto fático e jurídico** que a justifique. É que,

¹ Cabe destacar os processos nº 1.141.610, 1.144.629, 1.144.836, 1.144.925 e 1.148.581.

ainda que exista previsão legal que dê amparo para a adoção do mencionado critério, a sua utilização **depende** da demonstração de que a opção feita pelo poder concedente está sendo guiada pela busca à **satisfação de um interesse público**, em homenagem aos princípios da motivação e da modicidade tarifária.

Como consignado em outras oportunidades, o critério de julgamento “melhor técnica”, ainda que combinado com o de “menor tarifa”, faz atrair a disputa para o aspecto técnico da prestação de serviços, cujo julgamento se reveste de inegável subjetividade, **tendo, assim, o condão de comprometer a objetividade da seleção, além de ter inegável potencial de comprometer a modicidade tarifária**. Por essa razão, a sua utilização é medida excepcional e, portanto, deve **ser suficientemente fundamentada** a ponto de afastar os prejuízos que pode causar à modicidade tarifária e à objetividade na avaliação das propostas.

Apesar disso, é certo que o Tribunal Pleno do TCE/MG, no julgamento do Agravo nº 1.144.840 referente à concessão do Município de Extrema, entendeu que **a utilização do critério técnica não configura irregularidade apta a fundamentar a concessão de liminar para suspender a licitação**. De acordo com o voto divergente e vencedor, que deu provimento ao referido agravo, a escolha do critério de julgamento é **fundamentalmente uma decisão discricionária do gestor público** justificada pelo fato de ele, presumidamente, conhecer melhor as necessidades que se encontram no seu âmbito de atuação.

Outrossim, no julgamento do Processo nº 1.144.836, o Conselheiro-Relator se manifestou no sentido de que a utilização do critério de julgamento “menor tarifa” conjugado com o de “melhor técnica” em licitações para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário não configura justa causa apta a justificar a concessão de **medida cautelar**².

Sobre esses precedentes, contudo, é prudente registrar que os entendimentos neles explicitados foram formados em **juízo cognitivo preliminar e, portanto, perfunctório**, não tendo ocorrido, ainda, o julgamento de mérito do tema por este Tribunal, subsidiado por uma análise exauriente quanto à inadequação, ou não, da utilização do critério de “melhor técnica” conjugado com o critério “menor

² Medida Cautelar acostada à Peça nº 121 do Processo.

tarifa” para licitações de concessões de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Não há ainda, portanto, entendimento firmado por esta Corte quanto à inadequação, ou não, da utilização do critério de melhor técnica, conjugado com o critério de menor tarifa, para licitações de concessões de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, tendo a decisão proferida no bojo do Agravo nº 1.144.840 se limitado a pronunciar a inadequação da concessão de medida cautelar fundada somente na questão de utilização do critério de melhor técnica em concessões dessa natureza. É, inclusive, o que se extrai do voto do Conselheiro Cláudio Terrão, autor do voto vencedor:

Além do mais, no que diz respeito à formação, à preocupação do Conselheiro Relator, em relação à formação de precedente, eu penso também que não é o momento adequado para esse tipo de preocupação, porque aqui nós estamos num juízo sumário e não exauriente. O Tribunal, no momento oportuno, vai avaliar com profundidade essa questão ou confirmar alguns precedentes aqui já citados, inclusive na Tribuna pelo representante do município ou desconstituí-lo ou fazer um *distingue*, valer dizer que este caso não corresponde àqueles já julgados por este Tribunal.

Assim, penso que não haverá a formação de precedente, neste momento, que é apenas o julgamento de um agravo, para fins de levantamento de uma liminar concedida.³

Diante desse contexto e alcançado nos autos ora em exame o momento de adentrar no mérito do tema, necessário se faz não apenas avaliar as justificativas dos responsáveis para a adoção desse critério, como **aprofundar os esclarecimentos** sobre a utilização de critério de julgamento que leva em consideração a melhor técnica a ser empregada na prestação de serviços de saneamento e sobre o próprio instituto das concessões.

Pois bem. De início, é importante consignar que **não se pretende afastar aqui a discricionariedade** do gestor público na escolha de um dos critérios de julgamento previstos no artigo 15 da Lei n. 8.987/95. Essa liberdade, contudo, deve ser exercida segundo os princípios que guiam a atuação de qualquer agente público, em especial aqueles estampados no artigo 37, caput, da CRFB/88, devendo ser observados, ainda, os princípios que regem a área em que a decisão administrativa será tomada. É certo, ademais, que a liberdade do gestor não reside no ato por completo, sendo a sua atuação vinculada quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, que deve ser sempre voltada à busca da realização do interesse público.

³ Acórdão do Processo 1144840. Sessão do Tribunal Pleno de 07/06/2023.

E é nesse ponto que a atuação desta Corte de Contas se destaca quanto ao tema. A escolha pela adoção do critério de julgamento que conjuga “melhor tarifa” com “melhor técnica”, previsto no artigo 15, inciso V, da Lei n. 8.987/95, deve ser adequada e **circunstanciadamente motivada** para demonstrar que dela surtirão **benefícios concretos** para o usuário suficientes para justificar o comprometimento da **objetividade** na avaliação das propostas e os prejuízos à **modicidade tarifária**.

E aqui vale, desde já, antecipar que o **município não apresentou justificativas e/ou documentos suficientes** para sanar o apontamento inicialmente apurado na análise da denúncia, **tampouco os critérios eleitos para a avaliação das propostas geram algum tipo de benefício para os usuários** para justificar a Administração aceitar um maior valor na tarifa em função da adoção de critério de julgamento que leva em conta a melhor técnica.

No presente caso, o município concentra suas justificativas no fato de que os serviços de saneamento e de abastecimento permitem uma variedade de soluções técnicas⁴, bem como na essencialidade dos serviços e na necessidade de que sejam adotadas soluções técnicas para ampliar o acesso aos serviços de saneamento.

Ocorre que a complexidade técnica que justificaria aceitar um maior valor da tarifa diante do emprego do tipo melhor técnica como integrante do critério de julgamento das propostas não diz respeito à multiplicidade de possíveis soluções técnicas aplicáveis à prestação do serviço ou a existência de várias variáveis que tornem o serviço complexo. Tampouco diz respeito à essencialidade e à necessidade de expansão, continuidade e qualidade na execução dos serviços prestados.

Caso assim o fosse, sequer haveria possibilidade de outro critério de julgamento para as licitações que envolvam a delegação de um serviço público, já que essas características são **inerentes a todos os contratos de concessão**.

Assim sendo, não bastam justificativas genéricas, sendo fundamental que sua adoção seja exercida a partir de **juízos que levem em conta as particularidades do instituto das concessões e do próprio**

⁴Exemplifica sua alegação, informando que é possível prover água aos cidadãos através de soluções como (i) implantação de um sistema independente, (ii) implantação de uma adutora de água tratada que irá transportar essa água da sede para prover água aquela comunidade ou, ainda, hipoteticamente, (iii) mediante o transporte de água tratada por caminhão pipa que abasteceria um reservatório central, em horários específicos e com regularidade suficiente para que o fluxo de água seja constante para a população.

Em relação ao sistema de esgotamento sanitário, é possível a implantação de (i) múltiplas ETEs ou (ii) uma ETE central com várias elevatórias, bastando para tanto o cumprimento de toda legislação ambiental garantindo o padrão de descarte do efluente de acordo com a condição do corpo receptor.

setor de saneamento, bem como sejam demonstrados os benefícios decorrentes do emprego de uma melhor técnica nos serviços concedidos.

É que não se pode desconsiderar que a utilização de critério de julgamento que conjuga técnica e preço/tarifa cria a possibilidade de uma proposta com o custo mais elevado se sagrar vencedora no certame, o que acarreta o **desprestígio da modicidade tarifária.**

Com efeito, a elevação do custo é inerente à utilização do critério que conjuga técnica e preço/tarifa, o que pode ser percebido por meio de simples operações matemáticas, como é demonstrado em trecho da obra de Marçal Justen Filho⁵:

[...] A soma entre as notas pode conduzir à seleção de licitante que não ofereceu a proposta de preço mais reduzida. Assim se passa porque a relevância da nota técnica pode neutralizar as vantagens da nota de preço.

Um exemplo facilita a compreensão. Suponha-se licitação de técnica e preço em que a proposta técnica é ponderada em 70% e a de preços em 30%. Imagine-se que o licitante X oferece proposta de preços de 40 e o licitante Y oferta preço de 50.

É necessário que o edital disponha sobre a metodologia de conversão dos preços em notas. Aplicando-se a metodologia de cálculo mais usual, a proposta de preços do licitante X corresponde à nota 100, enquanto a do licitante Y à nota 80. Esse resultado é obtido pela divisão do valor da proposta de preço mais vantajosa pelo valor de cada outra proposta, multiplicando-se o resultado por cem (trata-se, portanto, de uma regra de três). Assim, a proposta de 40 é dividida por 40 e o resultado é 1. A proposta de 40 é dividida por 50 e o resultado é 0,80. Ambas são multiplicadas por 100. Daí o resultado de 100 para a proposta de X e de 80 para a proposta de Y.

Considere-se que, tomando em vista os critérios de julgamento técnico, a proposta técnica do licitante X obtém a nota 80, enquanto o licitante Y tem a nota 100. Portanto, o licitante X recebeu as notas 100 e 80, enquanto o licitante Y obteve as notas 80 e 100.

Se o edital tivesse previsto média aritmética, existiria empate. Mas o edital estabeleceu que a ponderação far-se-ia na proporção de 70% para a nota técnica. Logo, a nota final de X é 86 (100 multiplicado por 0,30 mais 80 multiplicado por 0,70) enquanto a nota final de Y é 94 (80 multiplicado por 0,30 mais 100 multiplicado por 0,70).

Logo, a média obtida por Y é superior àquela atingida por X, porque o peso da nota técnica é superior ao da nota de preço. **Consequentemente, a Administração contratará o objeto pelo preço de 50, ainda existindo uma proposta no valor de 40. A proposta de valor superior será reputada como mais vantajosa porque se reconhece que os benefícios técnicos nela contemplados propiciam benefícios à Administração que são mais relevantes do que a diferença a maior do preço a ser desembolsado.**

É evidente que, ainda nas hipóteses em que o edital não preveja ponderação superior para a nota da proposta técnica, poderá ocorrer resultado similar. É possível que os benefícios apresentados pela proposta técnica superem largamente o preço mais elevado oferecido pelo licitante. (Destques acrescidos).

⁵ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, Página 504/508.

[...]

3.2 A exigência de vantagens efetivas para a Administração

Daí se segue que somente é admissível a utilização da licitação de técnica e preço quando as características do caso concreto conduzirem à conclusão de ser essa a alternativa economicamente mais vantajosa.

A elevação do custo inerente à solução de técnica e preço deve ser compensada pelos benefícios obtidos. Eventualmente, esses benefícios serão decorrentes diretamente da prestação executada pelo particular. Mas pode haver casos em que a vantagem resulte da redução dos custos e dos riscos da Administração. [...] (Destques acrescidos)

Inegável, portanto, que a utilização do critério técnico tem o potencial de **desprivilegiar a modicidade tarifaria**, o que fortalece a tese de que é fundamental que sua adoção seja exercida a partir de **juízos adequada e circunstanciadamente justificados**, bem como seja demonstrado qual **benefício será alcançado com a sua adoção.**

Assim, a adequabilidade da utilização do critério de julgamento perpassa também por sua aptidão para promover avaliação do desempenho e da qualidade técnica da proposta⁶ e representar **melhorias efetivas na qualidade da prestação dos serviços** aos usuários.

Ocorre que da leitura dos critérios técnicos previstos para integrarem a proposta técnica a ser apresentada pelos licitantes interessados **não é possível extrair o benefício** na qualidade da prestação dos serviços que está sendo buscado.

Inclusive, embora a necessidade de celeridade para a universalização do acesso ao saneamento básico seja utilizada como justificativa para se utilizar do critério melhor técnica, nenhum dos quesitos elegíveis pelo edital para análise das propostas técnicas refletem parâmetros relacionados a esse problema, tampouco representam qualquer incremento relacionado à expansão dos serviços de saneamento.

Não há, assim, um elemento técnico ou tecnológico que possa ser apresentado por um licitante e ser convertido em um benefício para os usuários do serviço de saneamento a ponto de compensar o comprometimento da modicidade tarifária, não tendo esse contexto alterado com a atualização do marco legal do saneamento.

Aliás, o Novo Marco do Saneamento escancara um contexto fático no setor do saneamento que tem por escopo a ampliação desses serviços diante, sobretudo, da carência de investimentos, o que, por

⁶ Acórdão 126/2007 do Plenário do TCU

sua vez, está ligado justamente à viabilidade econômico financeira dos projetos, reforçando que a adoção do critério que privilegia a técnica em detrimento da menor tarifa deve ser excepcional e necessita de justificativa razoável e fundamentada em circunstâncias específicas.

Nessa direção, cabe trazer o seguinte trecho do recém-publicado artigo *A inadequação do critério de melhor técnica nas concessões de saneamento*⁷:

Cabe também citar as alterações promovidas pela Lei Federal nº 14.026/2020 às competências da Agência Nacional de Águas (ANA), por meio da inclusão do artigo 4º-A da Lei 9.984/2000. O parágrafo primeiro desse artigo estabelece a competência da agência para emitir normas de referência em questões de sustentabilidade dos serviços públicos de saneamento. Ademais, o Decreto Federal nº 11.599/2023 traz a viabilidade econômico-financeira das operações como ponto de atenção focal para os prestadores.

Adiciona-se a isso o fato de que a falta de ampliação dos serviços de Sistema de Abastecimento de Água (SAA) e Sistema de Esgotamento Sanitário (SES) está atrelada, substancialmente, a incapacidade de investimento e aos indicadores econômicos desfavoráveis, e não à suposta inépcia técnica. O enfoque proposto, deve ser, portanto, a modicidade das tarifas.

Não existem diferenciais tecnológicos para nenhum componente do SAA e do SES que funcionem como referência na definição da melhor proposta. Mesmo quando se considera as fases de construção e operação, não há alto grau de complexidade ou exclusividade que justifique a classificação de concorrentes na licitação desses serviços públicos. O mesmo ocorre quando voltamos a atenção para a cadeia dos resíduos sólidos.

Nesse contexto, a **discricionariedade do artigo 15 da Lei Federal nº 8.987/95 deve ser interpretada na perspectiva do Novo Marco Legal**, já que é possível e desejável que se analisem as propostas sob a ótica da menor tarifa ou da maior outorga, métricas absolutamente objetivas. **Mora na comprovação da viabilidade econômico-financeira dos projetos, e não nas suas particularidades técnicas, a base da promoção e da ampliação do serviço de saneamento básico.** E isso, por óbvio, não pode ser desconsiderado na decisão administrativa do critério de julgamento a ser adotado nas licitações. A inadequação da utilização da modalidade melhor técnica nos editais de concessões se baseia, fundamentalmente, na irrazoabilidade da escolha diante do contexto legislativo e fático, visto o avançado estágio de desenvolvimento do setor no Brasil. A opção do gestor público pela adoção do critério melhor técnica, quando injustificada, contraria o interesse público e a modicidade tarifária, sem trazer benefício algum à população.

Destaca-se que nenhuma das concessões e parcerias público-privadas (PPPs) de saneamento estruturadas ou em estruturação pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), referência no país, utiliza a melhor técnica como premissa. Ou seja, nas concessões públicas a adoção do critério que privilegia a técnica em detrimento da menor tarifa deve ser excepcional e necessita de justificativa razoável. Caso o contrário, coloca-se em xeque a efetividade do serviço. O correto julgamento do gestor público a partir do critério que melhor assegura o bem-estar coletivo é vital na obtenção de qualidade, eficiência e sustentabilidade dos serviços prestados, visando a universalização do serviço básico no país. Assim, **observa-se as modalidades menor tarifa e maior oferta pela outorga como as escolhas mais acertadas.**

⁷ PIRES, Maria Fernanda Veloso, MOURA, Natália Torquete. A inadequação do critério de melhor técnica nas concessões de saneamento. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inadequacao-do-criterio-de-melhor-tecnica-nas-concessoes-de-saneamento-30112023>

A adoção do critério de melhor técnica exige justificativa e estar fundamentada em circunstâncias excepcionais e específicas, considerando as peculiaridades caso a caso, com expressa motivação fática e jurídica. Nesses termos, a faculdade concedida pelo art. 15 da Lei de Concessões (Lei Federal nº 8.987/95) tem como condição de validade a apresentação de claro e objetivo embasamento pelo gestor público, requisito de validade de qualquer ato administrativo. (Destques acrescidos).

Do mesmo modo, nenhum dos quesitos se refere, por exemplo, ao atendimento das metas de reuso de efluentes, aproveitamento de água de chuva, redução de perdas de água ou eficiência energética, outros princípios fundamentais insculpidos na lei do Saneamento⁸. Com efeito, vários quesitos se apresentam apenas como **critérios meramente descritivos e formais e com pouca ou nenhuma relevância** para a prestação dos serviços, **não se revelando aptos a conduzir à seleção de uma proposta com diferencial** aos usuários, podendo, por outro lado, resultar em proposta mais cara.

Pontua-se, ainda, que os sistemas e técnicas especificados no Termo de Referência são de **amplo domínio do mercado**. Nenhum dos sistemas e obras especificados fogem do que é usual para o setor de saneamento. O próprio Termo de Referência reforça que o serviço contratado pelo município não exige conhecimento técnico ou de tecnologia que não esteja disponível no mercado, o que também fortalece o que esta Unidade Técnica vem repisando em seus relatórios técnicos.

É que nas concessões referentes a setores considerados **tecnicamente maduros**⁹, tais como pode ser enquadrado o setor de saneamento, **deve-se buscar o preço e não a técnica**, na medida em que esta estará **disponível no mercado** e o concessionário ou parceiro **privado terá os incentivos** para adquirir no mercado a expertise técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade prevista no contrato. Nesse sentido, vale trazer a lição de Maurício Portugal¹⁰:

III.1. Setores Tecnicamente Maduros

Se o setor pode ser considerado maduro tecnicamente, isto é, se a expertise técnica necessária a prestação do serviço na qualidade requerida pelo Governo é algo que pode ser adquirido facilmente no mercado, então a melhor forma de estruturar a licitação é deixar em segundo plano a exigência de expertise técnica, e focar a licitação na busca do melhor preço e na

⁸ Inciso XIII do art. 2º da Lei n. 11.445/2007.

⁹ Compreende-se assim, os setores em que há uma cadeia produtiva consolidada que pode suprir as demandas dessa infraestrutura, inexistindo o domínio tecnológico restritivo a poucas empresas, constituindo assim um mercado com maturidade técnica, cuja cadeia produtiva já está consolidada, capaz de suprir as demandas do mercado. Conforme extraído do Relatório G9, elaborado pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, em análise sobre *O uso dos critérios técnica e preço para delegações de serviços de setores maduros tecnicamente no âmbito das Concessões e PPPs* (material ainda não publicado).

¹⁰ Ribeiro, Maurício Portugal. Concessões e PPP: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, Pág. 14.

análise da capacidade financeira dos participantes para dar cabo das obrigações previstas no contrato.

Isso porque, se o concessionário ou o parceiro privado tiver a capacidade financeira adequada, e se o contrato de concessão ou PPP for bem estruturado do ponto de vista técnico, ou seja, se os indicadores de resultado forem adequadamente estabelecidos, o concessionário ou parceiro privado terá os incentivos para adquirir no mercado a *expertise* técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade prevista no contrato.

Nessa esteira e tratando especificamente do setor de saneamento, é importante trazer à baila recente estudo documentado no artigo *Análise técnica, econômica e jurídica dos critérios de seleção de propostas a serem adotados em licitações para concessão de serviços de saneamento*¹¹, em que os autores afirmam que as técnicas de operação, manutenção e expansão dos SAA e SES já estão sedimentadas no mercado, sendo válido transcrever os seguintes excertos do trabalho publicado:

Um levantamento sobre as principais inovações tecnológicas disponíveis nos acervos das principais universidades e centro de pesquisas no campo das engenharias de saneamento, como nos mostra Hernandez e Szigethy (2019), fornece conforto para a afirmação de que **não existem diferenciais tecnológicos para nenhum componente do SAA a ponto de, como critério de seleção, ser um diferencial na definição do melhor prestador desses serviços, ou que possa diferenciar e qualificar as propostas em processo licitatório de concessão desses serviços**. Mesmo quando se considera as fases de construção e operação, não há alto grau de complexidade ou exclusividade tecnológica (com características de inovação e/ou domínio exclusivos de expertos), capaz de justificar a classificação de concorrentes em uma licitação de saneamento.

Ao contrário, todas essas etapas dos serviços estão tecnicamente sedimentadas e são de domínio tecnológico dos diversos prestadores de serviços e fornecedores, públicos ou privados. Portanto, a universalização e qualidade do SAA depende única e exclusivamente de capacidade financeira dos concessionários e do comprometimento na execução (gestão) da concessão.

[...] **Os recursos tecnológicos das ETEs são acessíveis a qualquer dos licitantes. A engenharia brasileira domina, há muitos anos, os processos de concepção, projeto e execução de SES**. Evoluções tecnológicas são desenvolvidas por fabricantes e fornecedores de insumos, máquinas, equipamentos e bens de tecnologia e automação, incluindo soluções para polimento do efluente tratado para aplicações de reúso, quando economicamente viável.

Verifica-se, assim, que a expansão e universalização do esgotamento sanitário também dependem apenas da capacidade de investimentos da concessionária, uma vez que o tamanho e a extensão dos ativos requerem um montante razoável de recursos financeiros para sua execução e operação, além da capacidade técnica da equipe para a identificação da melhor tecnologia disponível no mercado.

Para reforçar esse entendimento, Pompemayer e Sobrinho (2023) estimam que os investimentos necessários em esgotamento sanitário no Brasil para se atingir a universalização até 2033 estejam na ordem de R\$ 290 bilhões.

[...] **Como dito, não existem inovações tecnológicas para os SAA e os SES com domínio exclusivo de uma ou algumas empresas postulantes a prestadoras dos serviços de**

¹¹ VASCONCELOS, Frederico Ferreira de et al. *Análise técnica, econômica e jurídica dos critérios de seleção de propostas a serem adotados em licitações para concessão de serviços de saneamento*. Controle em Foco: Revista do MPC-MG, v. 3, n. 6, p. 93-112, jul/dez.2023, páginas 95-96.

saneamento. Tais inovações ocorreram e estão em desenvolvimento, mas não são de domínio restrito e, muito menos, podem ser consideradas fatores diferenciais em um processo de licitação.

[...] No contexto, destacam-se as soluções de automação, que podem, ao leigo, parecer algo de alta complexidade técnica. Entretanto, o domínio da engenharia de automação encontra-se em tal patamar que já é possível aplicar o conceito de redes inteligentes aos SAA e SES, baseando-se nas mesmas soluções aplicáveis, há mais de uma década, a sistemas de energia elétrica e outras utilidades públicas. (Negrito nosso).

Nesse cenário, as justificativas apresentadas pelo município não constituem motivação fática e jurídica apta tornar adequada a utilização do critério melhor técnica no presente caso, sobretudo quando se considera seu impacto na modicidade tarifária e/ou na viabilidade econômico financeira do projeto, sem o correspondente benefício aos usuários, o que, em última análise, **pode ter reflexos justamente na eficiência dos serviços prestados visando a universalização do saneamento**, que depende primordialmente da capacidade econômico financeira dos concessionários e da sustentabilidade do projeto.

Por fim, o município de Barão de Cocais afirma que a concessão de saneamento e de abastecimento permite uma variedade de soluções técnicas, o que justificaria a adoção do critério de julgamento melhor técnica¹².

Ocorre que os contratos de concessão de serviços públicos, diferentemente das contratações comuns, pressupõem uma relativa liberdade para que a concessionária possa prestar os serviços contratados, podendo optar por múltiplas soluções de acordo com as necessidades que surgirem ao longo no prazo da concessão.

É por essa razão que, em concessões, **o foco do Poder Concedente deve ser nos resultados**, ou seja, cabe ao Poder Concedente estabelecer indicadores de desempenho e metas a nível de serviço esperados do parceiro privado, deixando em aberto a escolha das especificações de entrada, meios, processos e tecnologias, que passam a ser um risco transferido ao concessionário em conjunto com os demais riscos comerciais do projeto, sob pena de se subverter a lógica subjacente ao instituto das concessões.

¹² Cita como exemplo, no caso do sistema de esgotamento, a implantação de múltiplas ETEs ou uma ETE central com várias elevatórias. No caso do sistema de abastecimento, cita a possibilidade de implantação de um sistema independente de abastecimento, ou a implantação de uma adutora de água tratada que irá transportar essa água da sede para prover água aquela comunidade ou, ainda, hipoteticamente, mediante o transporte de água tratada por caminhão pipa que abasteceria um reservatório central.

E nas concessões de saneamento não é diferente, como expõem os autores do artigo publicado¹³ já mencionado no presente relatório:

A concessão de saneamento é finalística. Isso significa que se trata de uma concessão de serviço, de “obrigações de fazer”, que busca atingir um fim definido e específico: a universalização (oferta dos serviços a toda a população). De forma mais prática, as obrigações primordiais do concessionário serão: captar, tratar, aduzir e distribuir água. Coletar, aduzir, tratar e diluir adequadamente o esgoto.

Se, no tratamento da água, o concessionário vai usar o floculador A ou B, o filtro com tecnologia X ou Y e secar o lodo em bags ou centrífuga, pouco importa à administração, desde que a água distribuída atenda aos parâmetros de potabilidade, disponibilidade e continuidade e o lodo seja adequadamente descartado. Na coleta e tratamento de esgoto, pouco importa se o sistema é unitário ou separador, a ETE em sistema fechado ou aberto, com os produtos químicos Alfa ou Beta, contanto que o efluente diluído nos cursos hídricos atenda aos parâmetros estabelecidos nas normas ambientais e o lodo seja adequadamente destinado.

Assim, a utilização do critério melhor técnica pode **comprometer a própria liberdade da concessionária de buscar a melhor solução para a execução do contrato ao longo de sua vigência**, tendo em vista que o plano de trabalho passa a ser vinculante.

Há, portanto, **o risco de engessamento do contrato**, uma vez que restringirá a liberdade da concessionária de utilizar soluções diversas das apresentadas na proposta técnica ao longo da concessão, o que vai de encontro à própria alegação dos responsáveis de se utilizar do critério melhor técnica para permitir a escolha de uma melhor solução para as necessidades dos municípios e de seus usuários.

E, para além desse risco de engessamento, deve-se ponderar ainda que a vinculação da futura concessionária à solução técnica apresentada em sua proposta **atrai para o Poder Concedente riscos do projeto que normalmente são alocados à concessionária**, já que o Poder Concedente ficaria sujeito a reequilíbrios, caso se mostrem necessárias à obtenção de melhores resultados alterações da técnica eleita para a prestação dos serviços.

É que a ideia central à delegação de um serviço ao privado reside, não apenas, mas especialmente, nas vantagens derivadas da alocação dos riscos de execução do projeto ao privado, permitindo-lhe gerenciar os instrumentos para alcançar os resultados, estes sim, impostos pelo Poder Concedente.

¹³ VASCONCELOS, Frederico Ferreira de et al. Análise técnica, econômica e jurídica dos critérios de seleção de propostas a serem adotados em licitações para concessão de serviços de saneamento. Controle em Foco: Revista do MPC-MG, v. 3, n. 6, p. 93-112, jul./dez.2023, página 105.

Sobre o tema, vale colacionar os ensinamentos de Fernando Vernalha¹⁴ sobre a eficácia do encargo de elaboração do projeto ficar a encargo do concessionário:

[...] Essa estrutura de incentivos concorre para otimizar a eficiência do contrato de PPP.

É certo, contudo e como já observei em outro estudo, que as vantagens derivadas da alocação desses riscos ao parceiro privado dependerão em boa medida do poder de decisão que lhe é delegado no bojo das atribuições contratadas. Isto é: “a estrutura de incentivos e eficácia da alocação de riscos pode ser neutralizada caso sejam impostas ao parceiro privado indicações e obrigações detalhadas sobre aspectos relacionados ao projeto e à construção”.¹⁵ O excesso de informação e de orientação ao parceiro privado subtrai-lhe a autonomia e, de consequência, a margem de risco correspondente.

E aqui vale esclarecer que, embora os ensinamentos supra se refiram à eficácia do encargo de elaboração do projeto ficar a cargo do concessionário, não é outra a lógica subjacente à eleição de proposta técnica indicada pela concessionária, pois nesse caso há vinculação à solução técnica vencedora, o que implica retirar da concessionária a responsabilidade por sua inaptidão futura para atingir os melhores resultados.

Sob essa perspectiva, mais uma vez, em vez de se adotar o critério de julgamento “melhor técnica”, deveria o **Município priorizar o estabelecimento de metas e indicadores de desempenho**, como forma de garantir a qualidade dos serviços prestados pela concessionária e a eficácia da concessão, sem o risco de prejuízos à modicidade tarifária e ao julgamento objetivo. Essa medida permitiria, ainda, a atribuição ao parceiro privado da escolha das especificações de entrada, meios, processos e tecnologias a serem empregadas na prestação dos serviços, as quais passariam a ser um risco do concessionário, em conjunto com os demais riscos comerciais do projeto.

Nesse sentido, vale aqui transcrever o seguinte trecho de artigo¹⁵ dedicado ao tema:

Em projetos estruturados na forma de PPP, as regras para a definição dos parceiros devem ser distintas daquelas normalmente adotadas para a contratação de obras e serviços comuns da Administração. Os mercados não são os mesmos. Logo, em uma PPP, interessa à administração pública, verdadeiramente, a contratação de agente econômico com capacidade de investimentos de longo prazo e experiência na

¹⁴ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 02/05/2024

¹⁵ DAL PAZZO, Augusto Neves, FACCHINATTO, Renan Marcondes e CERETTA, Bruno José Queiroz. O Uso Inadequado do critério de julgamento melhor técnica e menor preço em licitações envolvendo concessões. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/393476/o-inadequado-uso-do-criterio-de-julgamento-em-licitacoes>

gestão de certos ativos, serviços ou infraestruturas públicas - e não a execução de uma técnica preestabelecida na licitação de modo imperativo.

Na realidade - expandindo o argumento -, o uso desarrazoado do referido critério pode resultar em ilegalidade frontal. Cabe lembrar, o administrador público não exerce competências discricionárias quando as circunstâncias lhe impedem. Como assinalado, motivos objetivos norteiam a escolha de cada modalidade de julgamento, de modo que existe uma interrelação entre o plano da teoria - com os princípios administrativos constitucionais - e a esfera dos fatos.

Ocorre que - e temos, aqui, um segundo pressuposto - certos parâmetros podem conduzir a determinados resultados e, portanto, prejudicar a probidade da licitação. Com a postura, desvirtuam-se os critérios de julgamento; na realidade, eles perdem a sua finalidade legal, constituindo-se em mero argumento justificador de fins ou agentes definidos de modo prévio. Ingressa-se no terreno arenoso de potenciais direcionamentos.

Sem embargo, o que as boas práticas nacionais e internacionais consolidaram, no mercado de PPPs, é a necessidade de que os editais de licitação estabeleçam com rigor os indicadores de desempenho e as metas ou níveis de serviço esperados do futuro parceiro privado. Isso deixa em aberto a escolha das especificações de entrada (*input specifications*), meios, processos e tecnologias, que passam a ser um risco transferido ao concessionário em conjunto com os demais riscos comerciais do projeto. Sendo assim, o Poder Público não enfatiza a fiscalização específica da técnica, tecnologia ou da construção da obra, mas os resultados (*output specifications*), ou seja, a qualidade do serviço prestado ou posto à disposição do usuário. (Negrito acrescido).

E nem se argumente que a ponderação com o critério técnico tornaria a escolha da futura concessionária mais segura, reduzindo propostas aventureiras que acabariam por comprometer a financiabilidade do projeto e, conseqüentemente, a qualidade e a continuidade da prestação do serviço.

É que, para tanto, há outros mecanismos direcionados e mais efetivos para coibir a prática de ofertas agressivas dos licitantes. Nesse sentido, destaca-se o Relatório G9, elaborado pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, em análise sobre *O uso dos critérios técnica e preço para delegações de serviços de setores maduros tecnicamente no âmbito das Concessões e PPPs*¹⁶:

A experiência acumulada nas estruturações de projetos de concessões vem desenvolvendo diversas alternativas de mecanismos direcionados para proteger o fluxo de receitas das concessões da agressividade das ofertas dos licitantes. Pode-se enumerar alguns como (i) critério de maior outorga com a tarifa pré-fixada; (ii) o critério híbrido, consistindo na menor tarifa com um determinado percentual de deságio (desconto máximo da tarifa) como gatilho de acionamento para os ágios de valor de outorga; (iii) menor tarifa com obrigação de aporte adicional ao capital social da Sociedade de Propósito Específica (SPE) associado ao deságio; cabendo o gestor avaliar as vantagens e os desafios de cada mecanismo a adotar no projeto. Para além dessas práticas, há também a exigência de somente aportes de integralização de capital na SPE, como condição de assinatura do contrato. E isso cria uma expectativa de comprometimento dos acionistas da concessionária perante o projeto, haja vista a necessidade de recuperar o seu capital investido já de início. Sob pena, caso inadimplente com tal obrigação, a execução integral da garantia de proposta, uma vez prevista em edital, conforme art. 58 da Lei 14.133/21. Posto isto, conforme a demonstração acima, há outros mecanismos direcionados e mais efetivos para coibir a prática de ofertas agressivas dos licitantes. **E não caberia o uso do critério técnico**

¹⁶ Relatório G9, elaborado pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, em análise sobre *O uso dos critérios técnica e preço para delegações de serviços de setores maduros tecnicamente no âmbito das Concessões e PPPs* (material ainda não publicado).



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações – CFCP



a pretexto de combater tal prática, mas sim deve se dar para a sua real finalidade, a de avaliar os aspectos técnicos do objeto.

Reitera-se, assim, que a **utilização do critério melhor técnica nas concessões de serviços públicos de saneamento não tem o condão de conduzir à seleção de uma proposta com diferencial aos usuários, podendo, por outro lado, resultar em proposta mais cara e propiciar até mesmo o direcionamento da licitação.**

A inadequação desse critério para as concessões de saneamento, inclusive, pode ser atestada pela predominância de critérios de julgamento que tem como foco exclusivamente a proposta comercial em projetos recentes e desenvolvidos à luz do Novo Marco do Saneamento, muitas vezes envolvendo estruturas mais complexas e com populações superiores¹⁷.

Destaca-se, também, a inexistência de concessões financiadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) que estejam utilizando da melhor técnica. Esse critério de julgamento tem sido basicamente utilizado por municípios. A propósito:

¹⁷ Nesse sentido, destaca-se as PPP de saneamento de Serra, Vila Velha e Cariacica, as privatizações/PPP da Corsan, Cedae, Casal, a concessão de saneamento básico do Estado do Amapá.

Projetos de Concessões e PPPs de Água e/ou Esgoto nos anos de 2023 e 2020¹⁸

Item	Ano	Município	UF	Objeto	População Beneficiada (habitanates)	Modalidade	Critério de Julgamento	Estruturador	Ágio/Deságio	Número de Participantes
1	2023	Municípios da Microrregião Centro-Litoral do Paraná (16 municípios)	PR	Esgoto	640.000	PPP adm.	Menor Preço / m3 de esgoto	FGV	31%	4
2	2023	Olimpia	SP	Água e Esgoto	74.070	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	FIPE	147%	9
3	2023	Igarapava	SP	Água e Esgoto	30.614	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	PMI - HOUER	63%	3
4	2023	Jaru	RO	Água e Esgoto		Concessão Comum	Menor tarifa combinado com maior valor de outorga Desconto máximo da tarifa - 10%	Consórcio Infraway Enenharia Terrafirma Toledo Marchetti	Desconto tarifa = 10% (valor de parada) Outorga = 43 milhões de reais	2
5	2023	Governador Valadares	MG	Água e Esgoto		Concessão comum	Maior Valor para Outorga	HOUER	Valor de outorga = R\$ 46.600.000,00 Valor ofertado = R\$ 385.000.000,00 Ágio = 726,18%	4
6	2022	Região Metropolitana de Fortaleza e do Cariri	CE	Esgoto	4.238.000	PPP adm.	Menor Contraprestação	Facilities BNDES	Bloco 1 - 27,92% Bloco 2 - 37,86%	4
7	2022	São Simão	GO	Água, Esgoto e RSU	20.000	Concessão comum	Menor tarifa	Facilities Caixa		2
8	2022	Crato	CE	Esgoto	132.000	Concessão comum	Menor tarifa	Facilities Caixa	1%	1
9	2021	Zona da Mata e Agreste (34 municípios)	AL	Água e Esgoto	759.900	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	Facilities BNDES	37551%	3
10	2021	Estado de Alagoas (Zona litorânea e norte do Estado)	AL	Água e Esgoto	426.700	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	Facilities BNDES	1227%	3
11	2021	Todos os municípios	AP	Água e Esgoto	734.000	Concessão comum	Híbrido (maior outorga e menor tarifa)	Facilities BNDES		5
12	2021	21 municípios (bloco 3)	RJ	Água e Esgoto	2.585.600	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	Facilities BNDES	90%	2
13	2021	35 municípios (blocos 1, 2 e 4)	RJ	Água e Esgoto	11.042.000	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	Facilities BNDES	134%	4
14	2020	Região Metropolitana de Maceió	AL	Água e Esgoto	1.448.000	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	Facilities BNDES	13183%	7
15	2020	28 municípios (Bloco D)	AL	Água e Esgoto	423.000	PPP adm.	Menor Contraprestação	Facilities BNDES	38%	6
16	2020	Cariacica	ES	Água e Esgoto	253.000	PPP adm.	Menor Contraprestação	Facilities BNDES	39%	7

Veja-se que a prática na estruturação de projetos de concessões e PPPs dos setores maduros tecnicamente tem demonstrado a opção pelo menor preço ou maior outorga em detrimento da opção de escolha do critério técnico e os grandes desafios do seu uso, indicando que, para a grande parcela dos estruturadores consolidados no mercado, há pouca ou nenhuma relevância o emprego do critério técnico nesses setores para a seleção do melhor prestador.

Além disso, trilhando idêntica orientação à desta Coordenadoria, vale citar novel precedente da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo¹⁹, que, analisando o procedimento de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário do Município de Sooretama, decidiu, por unanimidade, que era inadequada a adoção do

¹⁸ Fonte: Hub de projetos do BNDES, carteira de projetos do PPI do governo federal e sítios eletrônico de municípios. Disponível em Relatório G9, elaborado pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, em análise sobre *O uso dos critérios técnica e preço para delegações de serviços de setores maduros tecnicamente no âmbito das Concessões e PPPs* (material ainda não publicado).

¹⁹ TCE-ES. Processo n. 00964/2023-1. Acórdão 00274/2024-8 - 2ª Câmara, Rel. Cons. Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Sessão do dia 15/03/2024. Acórdão disponibilizado em 25/03/2024.

critério de julgamento consistente na combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica, nos seguintes termos:

[...] De outro norte, **a adoção do critério melhor técnica, isoladamente ou em combinação com o critério menor valor da tarifa ou maior oferta pela outorga, em licitações para concessão de serviço público de saneamento básico é inadequada por diversos motivos.**

O primeiro motivo é a vinculação da futura concessionária à solução técnica apresentada em sua proposta técnica, que é inadequada em contratos de concessões e PPP, pois atrai para o Poder Concedente os riscos de projeto, de construção, operação e manutenção, que normalmente são alocados à concessionária, uma vez que ao vincular a solução técnica o poder concedente ficará sujeito a reequilíbrios econômico-financeiros por impedir que a concessionária tenha autonomia na escolha/alteração da técnica para a prestação serviço, de modo a obter melhores resultados.

[...] O segundo motivo para não se adotar o critério técnico nas concessões de serviço público de saneamento básico é a mutabilidade característica desses contratos de longo prazo, em que ao longo de sua vigência normalmente ocorre a apropriação de novas técnicas, mais modernas, eficazes e eficientes. Ao se vincular a execução do contrato a determinada técnica, corre-se o risco de perder os benefícios da inovação tecnológica característica dos contratos de longo prazo.

O terceiro motivo para não se adotar o critério técnico nas concessões de serviço público de saneamento básico é a necessidade de atender à modicidade tarifária, ainda mais em pequenos municípios, no qual a renda média da população é baixa, como é o caso de Sooretama. Nesse ponto, **oportuno frisar que o diagnóstico feito no PMSB identificou que a população já acha extremamente cara a tarifa dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município.**

O quarto motivo é a baixa complexidade do projeto licitado, que envolve soluções simples para atender uma população de menos de 30 mil habitantes. A título de exemplo, projetos bem mais complexos, que envolveram populações muito superiores e maiores dificuldades, tiveram como critério de julgamento unicamente o menor preço, tais como as PPP de saneamento de Serra, Vila Velha e Cariacica, as privatizações/PPP da Corsan, Cedae, Casal, entre outras realizadas recentemente.

[...] **Cabimento das licitações de técnica**

As licitações de melhor técnica e de técnica e preço foram reservadas para situações especialíssimas. Devem ser praticadas como exceção, sendo a regra a licitação de menor preço. Assim se passa porque a conjugação dos critérios técnicos e de preço conduz à possibilidade de sagrar-se vencedora a proposta que não apresente o menor preço. Somente se justifica que a Administração desembolse valor superior ao menor preço disponível no mercado **quando isso envolver benefícios e vantagens indispensáveis à satisfação mais adequada de suas necessidades.**

Deve-se atentar, também, que o fundamental na execução do contrato para o poder concedente e para os usuários não são os meios empregados (técnica), mas sim o atingimento dos fins propostos: **universalizar** o fornecimento de água tratada e a coleta e tratamento de esgoto, **de acordo com os padrões mínimos exigidos na legislação e normas aplicáveis**, uma vez que existem diversas soluções técnicas na área de saneamento, reconhecidas e disponíveis a qualquer operador do ramo, que podem atender às necessidade de saneamento básico em Sooretama, pois o mercado de saneamento básico no Brasil é um mercado maduro e concorrencial.

Assim, é de se esperar na execução do contrato que a concessionária cumpra as condicionantes ambientais impostas pelas normas aplicáveis aos serviços, o que é suficiente para atingir os objetivos e necessidades do Município na área de saneamento, não sendo

necessário que se exija no edital nada além disso, pois isso significaria desperdício de recursos e aumento desnecessário das tarifas aos usuários, o que viola a modicidade tarifária exigida na Lei 8.987/95.

Além disso, como os riscos de projeto, construtivos e operacionais devem ser alocados à concessionária, é óbvio que ela buscará trabalhar em regime de máxima eficiência, procurando economizar nos gastos com energia elétrica e insumos, não sendo apropriado, como fez o Município incluir quesitos técnicos que pontuem economia de energia elétrica e insumos de tratamento de água e esgoto, pois a tarifa não é livremente arbitrada pela concessionária e, como dito, uma das razões para a concessão de serviços públicos ao setor privado é justamente a eficiência do privado, pois dessa eficiência dependem seus lucros.

A **SÚMULA Nº 21 do TCE-SP** veda, inclusive, o critério técnica e preço em licitações de serviços para coleta de lixo e implantação de aterro sanitário, uma vez que se trata de mercado maduro, em que as técnicas existentes são acessíveis a todos os prestadores de serviços desse ramo, não se justificando selecionar apenas um deles em razão de determinada técnica se todos têm acesso a ela.

No mesmo sentido já decidiu esta Corte de Contas no **Acórdão - Plenário 1285/2016-7**, entendendo que **o critério de julgamento tipo técnica e preço não deveria ser adotado** em licitações para concessão de serviço público de transporte coletivo, **por não privilegiar o princípio da modicidade tarifária**, mesma situação que ocorre no caso em tela, em que a escolha adotada pelo município de Sooretama para as licitação da concessão dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário não privilegia a modicidade tarifária, em Município cuja renda média de seus habitantes é baixa.

Ademais, como já frisado, as melhores práticas recomendam que nem o modelo referencial público e tampouco a proposta técnica sejam vinculantes, uma vez que o risco de projeto é da concessionária e uma vinculação de sua proposta técnica pode atrair o risco do projeto para o Poder Concedente, como já decidiu esta Corte no **Acórdão TC-Plenário 1555/2019-9**.

Deve-se considerar, ainda, que o privado buscará a melhor técnica para atingir os objetivos e cumprir a legislação aplicável, pois seu lucro depende disso, não sendo plausível pensar que se tenha que adotar um critério técnico de julgamento da licitação para obter uma melhor prestação do serviço no caso em tela.

Inclusive, a Fundação Vanzolini (evento 348, p. 47), contratada pelo Município para fazer análise crítica do Relatório Final do PMI 1/2018, fez advertência no sentido de que o BNDES vem utilizando nas licitações que estruturou o critério de maior outorga, bem como acerca da maior complexidade de processamento do critério de técnica e preço, proposto no PMI, como se vê a seguir:

Nota:

Atualmente as licitações que vêm sendo desenvolvidas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES utilizam como critério de licitação o maior valor de outorga apresentado.

Há de se reconhecer que o critério de seleção pelo maior valor de outorga é muito mais simples de ser processado e julgado que o critério proposto pelo Consórcio ELLO/AVIVA.

Por todos os motivos expostos, é inteiramente inadequada a adoção do critério de julgamento adotado pelo Município, devendo ser alteradas as minutas do edital e seus anexos, a fim de adotar o critério de julgamento “menor valor da tarifa” e de fazer as necessárias modificações nessas minutas em razão da adoção do novo critério de julgamento, **especialmente, quanto ao julgamento da proposta comercial, que não necessitará mais da fórmula prevista no item 94 da minuta do contrato**, pois será vencedor do certame o licitante que oferecer a menor tarifa, e quanto ao julgamento final das propostas, itens 96, 97 e 99 da minuta do edital. (Destques no original)

Nessa mesma linha, o Plenário do Tribunal de Contas do Município de Goiânia ²⁰, analisando a prestação de serviços públicos de saneamento, decidiu, por unanimidade, pela inadequação de adoção do critério de julgamento em que haja avaliação de propostas técnicas, nos seguintes termos:

Com efeito, verifico que houve adoção indevida do critério de melhor técnica combinado com maior desconto na Concorrência Pública nº 001/2022, conforme descrição contida no edital: “Concorrência do tipo melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior desconto na estrutura tarifária com o de melhor técnica” (fl. 94). É que, muito embora a Lei nº 8.987/95 possibilite vários critérios de julgamento, inclusive a combinação dos critérios de menor tarifa do serviço público com melhor técnica, é cediço que a escolha administrativa deve observância ao princípio da legalidade. Neste ponto, cumpre citar que, para tal possibilidade, o art. 46, §3º da Lei nº 8.666/93 exige autorização expressa e justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração quanto à escolha do tipo de licitação técnica e preço. Demais disso, o caput do art. 46 disciplina que esse tipo de licitação será utilizado exclusivamente para serviços de natureza intelectual, abrindo exceção em seu §3º para prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação. Especificamente em relação ao setor de saneamento básico, tem-se que embora conte com baixa participação privada (algo em torno de 7%), segundo a Abcon Sindcon14 é compreendido por um mercado que apresenta um bom nível de maturidade técnica. Isto porque há várias empresas e profissionais no mercado com capacidade técnica para atender as necessidades do Governo e das concessionárias, capazes de entregar o mesmo resultado almejado, seja em relação a qualidade, a produtividade e a durabilidade, por mais que haja variações de execução. Assim, se o mercado de água e esgoto se mostra maduro tecnicamente, com domínio amplo da técnica por várias empresas e profissionais, resta claro que não preenche um dos requisitos, o de tecnologia de domínio restrito, para justificar a adoção do critério de julgamento técnica e preço. Logo, pelos aspectos técnicos e legais, a adoção desse critério de julgamento não se mostra a mais adequada para licitações em que o objeto corresponda a prestação de serviço cujo segmento seja tecnicamente maduro.

Não é demais lembrar, ainda, que, nos termos da Recomendação Conjunta juntada aos autos como a peça n. 321 do SGAP, o posicionamento desta Unidade Técnica também é partilhado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MP/MG, que, no âmbito do Inquérito Civil MPMG-0251.23.000097-7, sustentou a irregularidade do critério de julgamento “técnica e preço” adotado pelo Município de Extrema na concessão de saneamento que ora é objeto de análise.

Por tudo isso, é **forçoso reconhecer a inadequação da adoção do critério de julgamento que combina “melhor técnica” e “menor tarifa”**, eleito pelo Município na concessão de saneamento ora em análise, notadamente considerando que:

- i. Apesar de discricionária, a escolha do critério de julgamento que conjuga “melhor tarifa” com “melhor técnica”, previsto no artigo 15, inciso V, da Lei n. 8.987/95, deve ser circunstanciadamente motivada para demonstrar que dela surtirão benefícios concretos para

²⁰ TCM-GO.

o usuário suficientes para justificar o comprometimento da modicidade tarifária, o que não restou comprovado no caso em exame;

- ii. A utilização de critério de julgamento que conjuga técnica e preço/tarifa cria a possibilidade de uma proposta com o custo mais elevado se sagrar vencedora no certame, o que acarreta o comprometimento da modicidade tarifária;
- iii. O Novo Marco escancara um contexto fático no setor do saneamento que tem por escopo a ampliação desses serviços, o que, por sua vez, está ligado justamente à viabilidade econômico financeira dos projetos, reforçando que a adoção do critério que privilegia a técnica em detrimento da menor tarifa deve ser excepcional;
- iv. Os quesitos técnicos que integram a proposta a ser apresentada pelo licitante interessado não refletem parâmetros que levam em consideração peculiaridades locais e/ou regionais metas que pudessem justificar o emprego de uma técnica diferenciada na prestação dos serviços que serão objeto da concessão, tampouco se referem a aspectos relacionados à expansão do acesso ao saneamento ou ao atendimentos das metas sustentáveis impostas pelo novo marco ou a aspectos que não possam ser aferidos por meio de critérios de habilitação, metas de desempenho e especificações das obrigações contratuais;
- v. O setor saneamento é tecnicamente maduro no Brasil, o que indica que a Administração deve focar no preço e não na técnica;
- vi. O edital em análise não prevê a necessidade de que sejam empregadas tecnologias com caráter inovador ou não disponíveis no mercado para a prestação dos serviços demandados;
- vii. Em contratos de concessão de serviço público, o foco do poder concedente deve ser nos resultados, ou seja, na qualidade do serviço prestado ou posto à disposição dos usuários, e não na fiscalização da técnica e das tecnologias empregadas pela concessionária, o que, caso não observado, pode acarretar o engessamento do contrato;
- viii. A vinculação da futura concessionária à solução técnica apresentada em sua proposta atrai para o Poder Concedente riscos do projeto que normalmente são alocados à concessionária, já que o Poder Concedente ficaria sujeito a reequilíbrios, caso se mostrem necessárias à obtenção de melhores resultados alterações da técnica eleita para a prestação dos serviços; e

- ix. O estabelecimento de metas e indicadores de desempenho é a medida mais adequada para garantir a qualidade dos serviços prestados pela concessionária e a eficácia da concessão, sem o risco de prejuízos à modicidade tarifária e ao julgamento objetivo do certame.

Sendo assim, **alinhada com os posicionamentos da jurisprudência de outras Cortes de Contas e da doutrina de referência no tema, bem como com as melhores práticas e estruturas de projetos de concessões recentes**, esta Unidade Técnica reitera o entendimento sobre a inadequação da utilização do critério “técnica e preço” na concessão em exame, diante da ausência de justificativa jurídica e factual para tanto e considerando, em especial, os fatores acima elencados.

Diante de todo o exposto, conclui-se, análise exauriente de mérito, pela **procedência** da denúncia nesse apontamento, diante da inadequação da utilização do critério de “melhor técnica” conjugado com o critério “menor tarifa” para a concessão de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário em análise.

Não é demais lembrar que esta Coordenadoria, alinhando-se aos posicionamentos recentes desta Corte, exarados no Agravo nº 1.144.840 e Processo nº 1.144.836, passou a considerar que a utilização do critério de julgamento menor tarifa conjugada com a melhor técnica em licitações para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário **não** configura justa causa apta para a concessão de **medida cautelar** para suspender a licitação.

Não se pode desconsiderar, contudo, que houve **nova suspensão sine die do ato de abertura da sessão pública**²¹, de forma que subsiste a possibilidade de ajuste do instrumento convocatório. Assim, alcançado nos autos o momento de enfrentar o mérito do tema, propõe-se que seja **determinado** ao município que promova a alteração das minutas do edital e seus anexos para adotar algum dos critérios de julgamento previstos no artigo 15 da Lei n. 8.987/95 que não incluam a avaliação de propostas técnicas, de forma a privilegiar a modicidade tarifária e a própria promoção e da ampliação do serviço de saneamento básico.

Subsidiariamente, caso esse entendimento não prevaleça, propõe-se que seja **determinado**, como forma de garantir a transparência do julgamento da licitação, que, após o julgamento das propostas técnicas, seja **publicado relatório circunstanciado** com o detalhamento dos motivos pelos quais

²¹ Disponível em: <https://www.baraodecocaes.mg.gov.br/detalhe-da-licitacao/info/co-1-2022/71126>. Acesso em: 10/05/2022.

foram atribuídas as notas técnicas pela comissão julgadora a cada licitante, em atendimento aos princípios da motivação, transparência e impessoalidade.

3.1.2 Do critérios e da metodologia de avaliação das propostas técnicas

3.1.2.1 Relatórios de Análise Técnica (peças 45, 101 e 118)

Nos relatórios de peças 12 e 45, esta Unidade Técnica apontou que o edital anterior, ao tratar dos critérios de avaliação da proposta técnica, tinha se utilizado de conceitos indeterminados e que abriam margem para interpretação subjetiva e discricionária da Comissão Examinadora, como as expressões “que não trate com profundidade os quesitos”, “abordar, plenamente, mas de forma não conclusiva os quesitos”, “atender plenamente e de forma conclusiva a todos os quesitos” e “apresentar as proposições de forma completa”. A interpretação desses conceitos estaria condicionada à subjetividade dos avaliadores. Mesmo havendo motivação e fundamentação na atribuição das notas, a ausência de objetividade na definição dos conceitos utilizados colocaria em risco o tratamento isonômico entre os licitantes.

Também foi apontado que a ampla quantidade de quesitos relacionados meramente ao conhecimento de questões fáticas, em grande medida simples e corriqueiras de sistemas de saneamento, possibilitam às empresas atualmente que prestam serviços na região, bem como às que participaram da elaboração dos estudos técnicos, clara vantagem na elaboração da proposta técnica, violando o princípio da isonomia.

No relatório de peça 101, analisado após a republicação do Edital em 16/01/2024, esta Unidade Técnica entendeu que a alteração nos critérios de distribuição de notas reduziu o risco de julgamento subjetivo, com a retirada de expressões com significado aberto, bem como pela conceituação de expressões como “abordagem mínima” e “efetivamente contribuam para a formulação da proposta técnica”.

Quanto aos quesitos objetos de avaliação, esta Unidade Técnica apontou, no relatório de peça 101, que foram retirados do edital republicado em 16/01/2024 quesitos que exigiam a apresentação de diagnósticos e da relação de problemas críticos, sanando as irregularidades apontadas nos primeiros relatórios que tinham o condão de favorecer as empresas que já prestavam serviços na região ou as que participaram da elaboração dos estudos técnicos.

Todavia, mesmo com a republicação, foram mantidos quesitos meramente descritivos ou que exigem que a licitante demonstre “conhecimento do problema” tais como, por exemplo, a relação, localização e descrição dos mananciais; a apresentação de parâmetros quantitativos de disponibilidade hídrica e descrição de parâmetros qualitativos da água bruta; a relação, delimitação e descrição das bacias de esgotamento existentes e; a relação e descrição física das instalações unidades existentes.

No entendimento desta Coordenadoria, amparado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União, critérios meramente descritivos não são adequados para julgamento da proposta técnica, por serem **inaptos a demonstrar a qualidade técnica das propostas**. Os aspectos meramente descritivos deveriam ser colocados à disposição dos interessados, em vez de serem objeto de julgamento. A demonstração desse tipo de conhecimento não colabora com a seleção da “melhor técnica”, não devendo ser usada no julgamento da licitação.

Quanto a avaliação das proposições para os sistemas de abastecimento e saneamento, esta Unidade Técnica apontou no relatório de peça 101 que, diferentemente do edital anterior, que não estabelecia de forma transparente os critérios que seriam adotados para se avaliar essas proposições, o novo edital determina que os licitantes apresentem plano de trabalho que descreva e quantifique as ações e obras necessárias, justificando-as em função dos objetivos e metas a serem alcançados de acordo com o quadro que trata dos objetivos e metas do Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB). Todavia, apesar das melhorias, não estabeleceu a obrigatoriedade de que o licitante vencedor cumpra o plano apresentado na proposta técnica. A ausência de vinculação do plano de trabalho, pode tornar inócua a finalidade do julgamento da proposta técnica, pois o licitante poderá ou não se valer da proposta objeto de julgamento. Nesse cenário, propôs-se que o **edital deveria ser retificado** para estabelecer que a proposta técnica vencedora seja incorporada ao contrato de concessão, devendo ser de observância obrigatória pela futura concessionária, ou, alternativamente, para estabelecer no edital mecanismos de incentivo ao cumprimento do Plano de Trabalho apresentado, vinculando o cumprimento dos marcos apresentados nesses documentos ao atendimento de metas de desempenho atreladas à remuneração da concessionária.

Por sua vez, quanto a avaliação do programa de operação e manutenção, identificou-se que boa parte dos quesitos exigidos no novo edital são meramente formais e não colabora, de fato, para a seleção da melhor técnica. Além de não apresentar benefício aparente, essa exigência torna a proposta demasiadamente complexa. Também foi apontado que o edital não estabeleceu mecanismos para o efetivo cumprimento do Plano de Operação e Manutenção.

No relatório, esta Unidade concluiu que o Município reduziu a discricionariedade e subjetividade da escolha, definindo a atribuição de notas de acordo com critérios objetivos. O novo edital também vinculou as exigências da proposta técnica ao atendimento das metas e prazos definidos no Plano Municipal de Saneamento Básico, de modo a permitir a seleção da proposta técnica que possa solucionar os problemas de saneamento e abastecimentos locais. Essas alterações estão na direção de tornar o critério de julgamento escolhido mais congruente com o interesse público. Todavia, concluiu-se que ainda persistiam irregularidades a serem sanadas no Edital em relação aos critérios e à metodologia de avaliação das propostas técnicas. Foram propostas as seguintes adequações:

- a) Excluir os tópicos 2.1 e 2.2 do Anexo 9, visto serem meramente descritivos, não contribuírem para a seleção da melhor técnica e privilegiar a seleção de licitantes que já operam na região ou que tenham participado dos estudos de viabilidade, o que compromete a competitividade do certame.
- b) Estabelecer que a proposta técnica vencedora seja incorporada ao contrato de concessão, devendo ser de observância obrigatória pela futura concessionária, ou, alternativamente, estabelecer no edital mecanismos de incentivo ao cumprimento do Plano de Trabalho apresentado, vinculando o cumprimento dos marcos apresentados nesses documentos ao atendimento de metas de desempenho atreladas à remuneração da concessionária.

Posteriormente, o Município informou que o **edital seria novamente republicado** a fim de explicitar a observância obrigatória pela futura concessionária dos termos da proposta técnica por ela ofertada na fase de licitação. Diante disso, esta Coordenadoria, no relatório de peça 118, manifestou **que tal medida teria o condão de sanar a irregularidade identificada quanto a esse aspecto**, impondo-se, contudo, a necessidade de **aguardar que o município republique novo edital** para que se verifique se as alterações foram, de fato, efetivadas.

Em relação às demais considerações, o Município defendeu a manutenção da exigência de apresentação de itens de diagnóstico, pois caracterizam as premissas sobre as quais se erigirão todas as proposições a serem adotadas pela licitante para a solução dos “problemas” que se propõe a enfrentar para o adequado atingimento dos parâmetros de qualidade e indicadores postos no edital. Nesse aspecto, esta Coordenadoria, no relatório de peça 118, constatou a **possibilidade de aprimoramento dos quesitos** de avaliação estabelecidos no edital, de forma que incorporem exigências que **reflitam, de forma efetiva, melhorias técnicas e benefícios significativos**. Não obstante, considerou-se que os quesitos meramente descritivos, embora não reflitam melhorias técnicas, na prática, podem ser atendidos por qualquer licitante minimamente interessado, de forma

que não terão o condão de caracterizar prejuízos à competição, revelando-se, em verdade, ineptos para a seleção da proposta técnica.

3.1.2.2. Análise do Edital Republicado

De início, reitera-se o entendimento de que a adoção do critério de julgamento que conjuga “melhor técnica” e “menor tarifa” revela-se inadequada à seleção da melhor proposta para a prestação dos serviços de saneamento básico no caso em análise, impondo-se a adequação do instrumento convocatório. Não obstante, caso esse entendimento não prevaleça, sua aplicação deve ser analisada em conjunto com a metodologia de avaliação das propostas e seu potencial de prejuízo à isonomia, à competitividade e à execução contratual.

Pondera-se, assim, que as alterações providenciadas pelo município em relação aos quesitos exigidos na proposta técnica a ser apresentada pelos licitantes já provocaram um **considerável aperfeiçoamento do edital**.

Conforme já analisado no relatório de peça 118, o Município de Barão de Cocais já havia retificado o instrumento convocatório, acatando diversas recomendações desta Unidade Técnica, quando republicou o edital em 16/01/2024.

Com a republicação do edital em 22/03/24, em relação ao Anexo 9, Diretrizes para Elaboração da Proposta Técnica, verifica-se que o Município de Barão de Cocais promoveu novas alterações em relação ao edital publicado em 16/01/2024, conforme a seguir:

- a pontuação dos tópicos, que antes variava entre 0, 5, 8,5 e 10 pontos, passou a ser distribuída entre 0, 3, 6 e 10 pontos.
- foi acrescentado o item 1.3, para informar que as informações contidas nos itens 2.1 e 2.2, que se referem aos quesitos que abordam os diagnósticos operacionais dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento, serão considerados para fins de verificação e viabilidade das proposições e soluções apresentadas.
- Foram retirados dos itens 2.3 e 2.4 as tabelas que tratam das ações em relação aos horizontes temporais e de projeto

Também se verifica que a distribuição de pontos entre os 5 tópicos da proposta técnica foi alterada em relação ao edital de 16/01/2024, conforme a seguir detalhado:

- Os tópicos 2.1 e 2.2, que tratam dos diagnósticos operacionais dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento, passaram a receber a pontuação de 10 pontos, cada, ao invés de 5 pontos estabelecidos no edital anterior
- Os tópicos 2.3 e 2.4, que tratam das proposições para o sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário, passaram a receber a pontuação de 35 pontos, em vez de 25 pontos estabelecido no edital anterior
- O tópico 2.5, que trata do programa de operação e manutenção, passou a ser pontuado com apenas 10 pontos, ao invés dos 40 pontos definidos no edital anterior

Essas alterações representam melhorias significativa no edital, na medida em que foi reduzido o peso da pontuação atribuída ao programa de operação e manutenção, que exige a demonstração de quesitos totalmente ineptos a refletir melhorias técnicas, no entendimento desta coordenadoria, como “organograma dos setores de administração” e “número de funcionários”. Mesmo com a ampliação da pontuação, de 5 para 10 pontos, esses tópicos permanecem com um peso reduzido em relação a tópicos que tratam das proposições de soluções para os sistemas.

Outrossim, os critérios de avaliação e pontuação, estabelecidos no item 1 do Anexo 9, foram alterados de modo a reduzir a discricionariedade da Comissão de licitação na atribuição de pontos. Dentre as alterações, foram retirados conceitos indeterminados e que abriam margem para interpretação subjetiva, como as expressões “que não trate com profundidade os quesitos”, “abordar, plenamente, mas de forma não conclusiva os quesitos”, “atender plenamente e de forma conclusiva a todos os quesitos” e “apresentar as proposições de forma completa”.

O edital passou a exigir que, para a atribuição da nota máxima para o respectivo subtópico, que a licitante apresentasse estudos complementares que “efetivamente contribuam na formulação da proposta da empresa”. Embora a expressão “efetivamente” possa abrir margem para uma certa discricionariedade da banca, o Edital mitiga esse risco exigindo que o licitante também apresente relatório apontando o impacto do estudo complementar nas soluções técnicas utilizadas. Caso a

comissão de licitação decida por desconsiderar os estudos complementares, ela deverá apresentar justificativa, o que contribui para reduzir eventual subjetividade na aplicação do critério.

Ademais, conforme já analisado no relatório antecedente, o Edital estabeleceu regra específica de pontuação para esses capítulos. Para o licitante receber nota máxima, ou seja, 10 pontos, basta apresentar toda a documentação solicitada, sendo que a não apresentação de quaisquer subitens dos respectivos subtópicos implicará na perda de 1,00 ponto na somatória da nota do respectivo tópico.

Desse modo, ainda que haja licitante com conhecimento prévio sobre esses sistemas, seja por já atuar com os sistemas de abastecimento e saneamento da região ou seja por terem participado dos estudos técnicos, estes não terão vantagem relevante na seleção, pois os demais licitantes poderão obter a nota máxima, ainda que simplesmente apresentem informações já disponíveis no Plano Municipal de Saneamento.

Com efeito, esses aprimoramentos têm o condão de **reduzir significativamente os riscos de comprometimento da competitividade**, na medida em que não mais privilegiam quem já atua na região ou participou da elaboração dos estudos.

Não obstante a esses ajustes, o Edital manteve os quesitos que abordam os diagnósticos operacionais dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento (2.1 e 2.2). Esses capítulos exigem que o licitante demonstre, dentre outros, conhecimento acerca dos mananciais locais, da disponibilidade hídrica e de parâmetros qualitativos da água bruta, bem como da localização e descrição física das unidades. Tratam-se de quesitos meramente descritivos e que não colaboram para a seleção da melhor proposta técnica.

Outrossim, os demais quesitos eleitos para a avaliação se referem a proposições genéricas relacionadas a aspectos que poderiam tão somente estar contemplados nos Termos de Referência do edital e que **não refletem melhorias técnicas propriamente**, tampouco colaboram para a seleção da melhor proposta técnica.

E aqui vale frisar que, mesmo nos casos em que se considera legítima a utilização de critério de julgamento envolvendo análise de propostas técnicas, sua adequação perpassa também por sua aptidão para promover avaliação do desempenho e da qualidade técnica da proposta e representar **melhorias efetivas na qualidade da prestação dos serviços** aos usuários.

Isso porque sua utilização tem o potencial de **desprivilegiar a modicidade tarifaria**, o que torna fundamental que seja demonstrado qual **benefício será alcançado com a sua adoção**.

Nessa linha, impende aqui transcrever lição do jurista Marçal Justen Filho²² sobre o tema, a qual, apesar de dizer respeito à aplicação da Lei n. 14.133/21 e não à Lei n. 8.987/95, é pertinente à hipótese como será demonstrado a seguir:

3.2 A exigência de vantagens efetivas para a Administração

Daí se segue que somente é admissível a utilização da licitação de técnica e preço quando as características do caso concreto conduzirem à conclusão de ser essa a alternativa economicamente mais vantajosa.

A elevação do custo inerente à solução de técnica e preço deve ser compensada pelos benefícios obtidos. Eventualmente, esses benefícios serão decorrentes diretamente da prestação executada pelo particular. Mas pode haver casos em que a vantagem resulte da redução dos custos e dos riscos da Administração. [...] (Destaques acrescidos)

Reitera-se, assim, que os critérios de julgamento das propostas técnicas, além de não permitir subjetividades, **devem promover efetivamente avaliação do desempenho e da qualidade técnica da proposta²³ e representar melhorias na qualidade da prestação dos serviços aos usuários**, compreendendo itens que se referem à organização, práticas sustentáveis, recursos técnicos e tecnológicos a serem utilizados nos trabalhos, a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução, desempenho da concessionária, prazo de entrega ou para início da execução etc.

Veja-se, conforme indicado no tópico acima, que, embora o município indique a necessidade de que sejam adotadas soluções técnicas para ampliar o acesso aos serviços de saneamento, **não há qualquer quesito que contemple proposições relacionadas ao alcance das metas de universalização**.

Aliás, convém pontuar, mais uma vez, que a lei do saneamento estabelece como **princípios fundamentais as metas de universalização e metas de reuso** de efluentes, aproveitamento de água de chuva, redução de perdas de água, eficiência energética²⁴. **Tais quesitos, por exemplo, poderiam ser objeto de pontuação na técnica de forma objetiva**, seja por meio do licitante que propuser cronograma mais avançado para atendimento de metas de universalização, maior redução de perdas

²² Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, Página 508.

²³ Acórdão 26/2007 do Plenário do TCU

²⁴ Inciso XIII do art. 2º da Lei n. 11.445/2007.

de água além daquela estabelecida como meta pelo edital, seja na maior quantidade de efluentes a serem reutilizados ou de água de chuva a ser captada pelo sistema proposto.

Assim, apesar das alterações já realizadas, é forçoso reconhecer **possibilidade de aprimoramento dos quesitos** de avaliação estabelecidos no edital, de forma que incorporem exigências que **reflitam, de forma efetiva, melhorias técnicas e benefícios significativos a justificar a elevação dos custos.**

Pondera-se, contudo, que, embora os quesitos ainda constantes do edital sejam objeto de críticas quanto a sua relevância para a seleção da melhor proposta, **as alterações promovidas no instrumento convocatório foram suficientes para afastar riscos de direcionamento da licitação ou de limitação da competitividade do certame, de modo que, no presente caso, a permanência dos critérios essencialmente descritivos possuirão impacto limitado na seleção das propostas.**

É que os quesitos meramente descritivos, embora não reflitam melhorias técnicas, na prática, podem ser atendidos por qualquer licitante minimamente interessado, de forma que não terão o condão de caracterizar prejuízos à competição, revelando-se, em verdade, **ineptos para a seleção da proposta técnica.**

E, uma vez afastados os quesitos que traduziam riscos de direcionamento da licitação ou de limitação da competitividade do certame, a possibilidade de comprometimento da modicidade tarifária também será mitigada pela concorrência do certame, na medida em que, **se todos os licitantes têm, ao menos em tese, condições de obter a pontuação dos quesitos de avaliação da proposta técnica, a proposta comercial adquirirá maior relevância.**

Diante desse contexto, caso reste superado o entendimento desta Unidade Técnica quanto à inadequação do critério de julgamento envolvendo análise de propostas técnicas no presente caso, **entende-se que a manutenção dos quesitos estabelecidos no edital não constitui óbice à continuidade do certame.**

Não obstante, tendo em vista que houve nova suspensão *sine die* do ato de abertura da sessão pública²⁵ e ante a possibilidade de que os quesitos sejam aprimorados, opina-se por **recomendar** ao município que, caso se mantenha a avaliação técnica como integrante do critério de julgamento, avalie a possibilidade de alterar os quesitos de avaliação da técnica das soluções apresentadas pelos licitantes,

²⁵ Disponível em: <https://www.baraodecocaes.mg.gov.br/detalhe-da-licitacao/info/co-1-2022/71126>. Acesso em: 10/05/2022.

de forma a incluir quesitos que reflitam melhor qualidade na prestação do serviço, traduzindo assim em benefícios coletivos concretos, tais como os indicados ao longo da análise deste apontamento.

3.1.3 Da atribuição aos licitantes do encargo de estipular os fatores de ponderação da fórmula de reajuste. Ausência de parâmetros para formulação de propostas. Sistemática de reajustes definida pela concessionária. Riscos à execução do contrato.

3.1.1.1 Relatórios de Análise Técnica (peças 45, 101 e 118)

No Relatório de Análise Inicial (peça 45), esta Unidade Técnica se manifestou pela irregularidade do Edital, em razão da ausência de parâmetros para que o licitante possa apresentar os fatores de ponderação de reajuste de que trata a cláusula 21.2 do Anexo 12 (Minuta de Contrato), bem como em razão da ausência de campo específico no Anexo 11 (Modelo de Proposta Comercial) para que o interessado possa formular proposta dos fatores de ponderação.

Conforme relatório, a falta de clareza do edital quanto aos critérios a serem considerados pelo licitante na proposição dos fatores de ponderação, bem como a ausência de informação sobre como esses critérios serão avaliados junto com a proposta técnica, ou mesmo se serão objeto de avaliação, deixando a cargo das licitantes a definição desses critérios, compromete a formulação de propostas, em franco prejuízo à competitividade, além de poder resultar em reajustes tarifários inadequados, com prejuízo para a modicidade tarifária ou comprometimento da própria continuidade dos serviços prestados.

Esta Unidade Técnica também apontou os riscos da definição unilateral dos critérios de reajuste para a execução contratual, como o de encarecimento das tarifas ao longo do contrato de concessão sem correspondência com as necessidades reais da concessionária. Há o risco de o licitante vencedor apresentar proposta comercial aparentemente vantajosa para o Poder Concedente, mas com fatores de ponderação que sobredimensionem os itens de custo sujeitos a maiores reajustes, de forma a se alcançar um valor de reajuste superior ao que se alcançaria caso se utilizasse um índice único ou uma fórmula paramétrica pré-definida pelo Município.

Por essas razões, esta Unidade propôs que o Município **exclua do anexo 12 do Edital**, especificamente da Cláusula 21.2, a menção à definição dos fatores de ponderação pela Concessionária e trazer, na referida cláusula, os valores a serem adotados para os fatores de ponderação, ou mesmo definir um índice global para o reajuste anual.

No Relatório de Análise Técnica (peça 101) elaborada após a republicação do Edital pelo Município de Barão de Cocais em 16/01/2024, esta Coordenadoria **identificou que essa irregularidade foi mantida no edital republicado**, de forma que se manteve o posicionamento manifestado no relatório antecedente.

Em apertada síntese, no relatório de peça 101 identificou-se que o cenário apresentado pelo edital comprometia a formulação de propostas, em flagrante **prejuízo à competitividade da licitação**. Mas mais que isso, considerou-se que permitir que os critérios de reajuste fossem definidos unilateralmente pelo licitante vencedor representava **graves riscos à execução contratual**. Com efeito, essa sistemática pode implicar o encarecimento das tarifas, sem a correspondência com as necessidades reais da concessão, ou resultar em um índice de reajuste que não reflita a efetiva variação dos custos e não sejam suficientes para a sustentabilidade econômica do contrato, comprometendo a própria continuidade da prestação dos serviços. Nesse panorama, concluiu-se pela necessidade de **concessão da cautelar**, para que o Município procedesse à exclusão da cláusula 21.2 do Anexo 12 do edital.

Posteriormente, o Município informou que o edital seria novamente republicado, excluindo previsão de apresentação dos fatores de ponderação da fórmula de reajuste pelos licitantes, em razão do que esta Coordenadoria se manifestou, no relatório de peça 118, indicando que tal medida, se realmente efetivada, teria o condão de sanar a irregularidade identificada nesse apontamento.

3.1.1.2. Análise do Edital Republicado

O Município de Barão de Cocais procedeu à **retificação do instrumento convocatório** para excluir a previsão de apresentação dos fatores de ponderação da fórmula de reajuste pelos licitantes, passando a estabelecer no edital a fórmula paramétrica que balizará os reajustes, bem como fixando os valores dos fatores de ponderação.

3.1.1.3 Análise Técnica

De fato, no Edital republicado em 22/03/2024, conforme previsto no Anexo 12 (Minuta do Contrato) cláusula 21.2, que trata do cálculo para reajuste tarifário, os valores referentes aos fatores de ponderação, cujo estabelecimento era, anteriormente, de responsabilidade da concessionária, passaram a ser previamente definidos na própria minuta do edital, conforme fórmula abaixo:

21.2. O reajuste será calculado de acordo com a seguinte fórmula paramétrica:

$$IR = \left[P1 \times \frac{(IMO_i - IMO_o)}{IMO_o} \right] + \left[P2 \times \frac{(IEE_i - IEE_o)}{IEE_o} \right] + \left[P3 \times \frac{(IPCA_i - IPCA_o)}{IPCA_o} \right]$$

Sendo:

IR = Índice de Reajuste;

P1, P2, P3 = são fatores de ponderação a serem aplicados sobre os índices usados na fórmula paramétrica. A soma dos fatores de ponderação deve ser igual a 1 (um inteiro).

Sendo:

P1: Fator referente a Mão de Obra. Peso = **0,414**.

P2: Fator referente ao IEE (tarifa de energia elétrica). Peso = **0,112**.

P3: Fator referente ao Índice de Preços ao Consumidor Amplo (INPC). Peso = **0,474**.

Diante dessas alterações, a sistemática dos reajustes passou a ser integralmente definida pelo Poder Concedente, restando, portanto, excluída a previsão que atribuía à concessionária a responsabilidade pela proposição dos fatores de ponderação da fórmula de reajuste. Assim sendo, entende-se que **restou sanada a irregularidade inicialmente apurada na análise da denúncia**.

Desse modo, **não subsistem mais os óbices à continuidade da licitação** relacionados ao comprometimento da formulação de propostas e, sobretudo, os riscos de que o índice de reajuste não reflita a efetiva variação dos custos, o que poderia implicar o indevido encarecimento das tarifas ou não ser suficiente para garantir a sustentabilidade econômica do contrato, comprometendo a própria continuidade da prestação dos serviços.

3.2 NOVA PETIÇÃO DA AEGEA (PEÇA 121 SGAP)

3.2.1 Manifestação da denunciante

A denunciante alega que em 22 de março de 2024 o Município de Barão de Cocais teria republicado o Edital e procedido às alterações necessárias, fixando para o dia 09 de maio de 2024 a data da sessão de abertura da licitação. Segundo a denunciante, foram mantidas irregularidades graves que

comprometem a formulação de propostas, em franco prejuízo à competitividade. Sendo assim, entende ser urgente a concessão de medida cautelar.

A Aegea afirma não ignorar que o art. 15, V, da Lei 8.987/1995 admite que seja feita licitação para concessão e serviço público utilizando o critério melhor técnica e menor tarifa. Contudo, alega que, em linha com o disposto no artigo 124 da Lei 8.666/93, o permissivo em questão deve ser lido em conjunto com o art. 46 da Lei 8.666/1993, que limita a adoção dos tipos melhor técnica e técnica e preço exclusivamente para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual.

Assim, sustenta que a prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário não é compatível com as hipóteses legais para a contratação por técnica e preço, pois não se trata de “serviços de natureza predominantemente intelectual” e por não ser dependente de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito.

Alega que o Edital não preenche nenhum dos requisitos formais e materiais, previstos no art. § 3º do art. 46 da Lei 8.666/93, para aplicação da hipótese excepcional de técnica e preço para serviços que não tenham natureza predominantemente intelectual. Essas exigências são:

- i) Autorização expressa, mediante justificativa circunstanciada do Prefeito Municipal;
- ii) Atestação por autoridade técnica, de reconhecida qualificação, que o objeto licitado é dependente de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito;
- iii) Conformação de objeto que admita soluções alternativas e variações de execução, em que há a possibilidade de adoção livre de qualquer das soluções alternativas pelos licitantes, exigindo-se ainda que tais alternativas tenham repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis;
- iv) Existência de critérios objetivos, fixados no Edital, que permitam o julgamento da melhor alternativa técnica entre aquelas apresentadas pelos licitantes.

Quanto às duas primeiras exigências, aduz que inexistente justificativa circunstanciada e de atestação técnica de que o objeto depende de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, o que já seria suficiente para reconhecer a ilegalidade do Edital.

Também aduz que o objeto da licitação em análise não depende de tecnologia sofisticada e de domínio restrito. A esse respeito, alega que o item 4 do Termo de Referência se limita a apontar para soluções tecnológicas usuais e já difundidas na prestação dos serviços de saneamento básico, de acordo com

as próprias normas atinentes ao setor. Da mesma forma, em relação às “especificações técnicas” o item 5 do Termo de Referência se limita a indicar de forma genérica o que compreende os serviços da concessionária e a especificar atividades que são inerentes à prestação dos serviços de habilitação técnica. A denunciante também destaca que diversos casos de concessão dos serviços de água e esgoto dos últimos anos, de diferentes características e localidades, bem como de portes dos mais diversos e modelados por diferentes agentes, foram todos licitados unicamente sob o critério de preço, demonstrando que não há que se falar em atividade intelectual e muito menos em hipótese de técnicas “sofisticadas” e de “domínio restrito”.

Quanto a terceira exigência do art. § 3º do art. 46 da Lei 8.666/93, sustenta que a necessidade de apresentação de proposta técnica para uma licitação de abastecimento de água e esgotamento sanitário é incompatível com a exigência de que haja possibilidade de adoção livre de qualquer das soluções alternativas pelos licitantes, uma vez que o art. 19 da Lei 11.445/2007 determina que os serviços deverão ser prestados conforme o Plano de Saneamento Básico do Município de Barão de Cocais.

Alega que forma e cronograma de prestação dos serviços são essencialmente decisões indelegáveis do Poder Público, sobretudo porque é na definição desses fatores que o Poder Público influencia de maneira decisiva sobre o preço que será cobrado pelos serviços. A esse respeito, cita o artigo 19 da Lei nº. 14.445, segundo “a prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano”. Por sua vez, os planos de saneamento básico “serão aprovados por atos dos titulares” (art. 19, §1º da Lei 11.445) e, para sua criação, “será assegurada ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas” (art. 19, §3º da Lei 11.445).

Por esses motivos, a denunciante sustenta que não há como se dizer que existe a possibilidade de adoção livre de qualquer das soluções alternativas pelos licitantes porque não existe tal liberdade, uma vez que as soluções propostas têm que seguir as diretrizes do Plano Municipal de Saneamento de Barão de Cocais.

Quanto a última exigência, alega que critérios adotados para julgamento das propostas técnicas deixa evidente que os parâmetros de julgamento não são objetivos e os quesitos definidos pelo Município não permitem o julgamento da melhor alternativa. Sustenta que os parâmetros de julgamento são nitidamente subjetivos e os quesitos instam apenas uma avaliação de qual licitante conhece melhor

as circunstâncias da prestação dos serviços e o planejamento do Município, não permitindo que as soluções propostas por cada licitante sejam comparadas qualitativamente

Alega que, para o licitante receber nota máxima, bastaria apresentar respostas para todos os subtópicos, além de “estudos complementares”, independentemente de tais respostas denotarem em maior ou menor extensão a qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade das soluções propostas. Ou seja, desde que a solução seja apresentada de forma completa, não interessa, para os fins do Edital, se ela é melhor ou pior que a solução apresentada por um outro licitante, uma vez que não existe espaço para avaliação qualitativa ou comparação entre soluções propostas por diferentes licitantes. A esse respeito, destaca que o edital viola elemento que a lei determina que seja considerado para a definição da melhor proposta técnica.

A denunciante também sustenta que para a atribuição de nota máxima, o edital exige a apresentação de “estudos complementares que efetivamente contribuam na formulação da proposta da empresa”. Alega que a expressão “efetivamente” torna a avaliação subjetiva, na medida em que não existem parâmetros para distinguir entre estudos complementares que “efetivamente” contribuam para a solução técnica apresentada pelo cliente daqueles que não contribuiriam “efetivamente”.

Alega, ainda, que os quesitos para avaliação da proposta técnica sequer exigem dos licitantes a apresentação de soluções técnicas, limitando-se a solicitar a demonstração de que os licitantes conhecem a situação de prestação dos serviços.

Aduz que o conhecimento do problema é uma premissa para que a solução técnica do licitante seja apresentada, e não um elemento para ser pontuado na avaliação de proposta técnica. Também aduz que os quesitos que exigem a apresentação de “proposições” das licitantes para os sistemas de água e esgoto, em grande parte apenas exigem a indicação e identificação dos problemas, algumas já dispostas no PMSB.

Sustenta que os quesitos exigidos a título de proposta técnica revelam de maneira evidente que a licitante com a melhor nota técnica não será necessariamente aquela que apresentou a melhor solução técnica ao Município, mas sim, aquela que demonstra o melhor conhecimento da situação do Município e que tenha as melhores capacidades de narração descritiva do sistema. Assim, conclui que

Edital é incompatível com o disposto no art. 46, §3º, da Lei 8.666/1993 e, portanto, ilegal, conforme já reconhecido pela unidade técnica deste TCE-MG.

Alega que argumentação do Município, no sentido de que a proposta técnica garantiria que os serviços serão devidamente prestados se baseia em um entendimento equivocado da legislação relevante, pois o objetivo da proposta técnica é permitir que o Município compare qualitativamente soluções substancialmente distintas para execução do objeto do contrato, em um cenário em que tal execução depende de tecnologia sofisticada e de domínio restrito.

Segundo a denunciante, a adequação técnica da prestação dos serviços tem que ser garantida pela definição de critérios de habilitação técnica e por um Termo de Referência (e não por julgamento de proposta técnica).

Assim, sustenta que a avaliação de propostas pela perspectiva da “melhor técnica” não é razoável, porque o Poder Público tem como exigir que todos os licitantes habilitados prestem o serviço com a melhor técnica (o que será verificado na habilitação técnica), viabilizando a escolha daquele que se dispõe a prestar os serviços pela menor tarifa.

Por fim, requereu a concessão de medida cautelar para a imediata suspensão do Edital de Concorrência Pública n. 001/2022, bem como que seja reconhecida a nulidade do Edital em epígrafe, condicionando-se o prosseguimento da licitação à retificação de todos os vícios identificados, com a devida republicação do instrumento convocatório.

3.2.2 Análise Técnica

A petição apresentada pela denunciante não trouxe nenhum elemento novo e que já não tivesse sido apreciado por esta Unidade Técnica nos relatórios antecedentes. A denunciante reitera seu inconformismo com o critério de julgamento adotado na licitação em exame, bem como em relação à metodologia de avaliação da proposta técnica.

A questão acerca da adequação da utilização de melhor técnica, mesmo que parcialmente, como critério de julgamento para concessões de abastecimento de água e esgotamento sanitário já foi exaustivamente analisada por esta Coordenadoria no tópico 3.1.3 deste relatório, e esta Unidade

Técnica **compartilha do entendimento** defendido pela denunciante quanto a **inadequação** da utilização de melhor técnica como critério de julgamento de proposta. Do mesmo modo, os quesitos elencados pelo edital para avaliação das propostas foram analisados no item 3.1.2.

Desnecessário se faz, assim, trazer novamente a íntegra dessa argumentação, **remetendo-se às análises de mérito exaradas nos itens anteriores**, cabendo somente reforçar as principais conclusões.

Reitera-se, então, que esta Coordenadoria, alinhando-se aos posicionamentos recentes desta Corte, exarados no Agravo nº 1.144.840 e Processo nº 1.144.836, passou a considerar que a utilização do critério de julgamento menor tarifa conjugada com a melhor técnica em licitações para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário **não configura justa causa apta para a concessão de medida cautela para suspender a licitação**.

Não se pode desconsiderar, contudo, que houve **nova suspensão sine die do ato de abertura da sessão pública**²⁶, de forma que subsiste a possibilidade de ajuste do instrumento convocatório. Propõe-se, assim, que seja **determinado** ao município que promova a alteração das minutas do edital e seus anexos para adotar algum dos critérios de julgamento previstos no artigo 15 da Lei n. 8.987/95 que não incluam a avaliação de propostas técnicas, de forma a privilegiar a modicidade tarifária e a própria promoção e da ampliação do serviço de saneamento básico.

Subsidiariamente, caso esse entendimento não prevaleça, propõe-se que seja **determinado**, como forma de garantir a transparência do julgamento da licitação, que, após o julgamento das propostas técnicas, seja **publicado relatório circunstanciado** com o detalhamento dos motivos pelos quais foram atribuídas as notas técnicas pela comissão julgadora a cada licitante, em atendimento aos princípios da motivação, transparência e impessoalidade.

Do mesmo, caso reste superado o entendimento desta Unidade Técnica quanto à inadequação do critério de julgamento envolvendo análise de propostas técnicas no presente caso, **propõe-se que seja recomendado** ao município que avalie a possibilidade de alterar os quesitos de avaliação da técnica das soluções apresentadas pelos licitantes, de forma a **incluir quesitos que reflitam melhor**

²⁶ Disponível em: <https://www.baraodecocaes.mg.gov.br/detalhe-da-licitacao/info/co-1-2022/71126>. Acesso em: 10/05/2022.

qualidade na prestação do serviço, traduzindo-se, assim, em benefícios coletivos concretos, tais como os indicados ao longo da análise deste apontamento.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, cumpre enfatizar que esta Coordenadoria, alinhando-se aos posicionamentos recentes desta Corte, exarados no Agravo nº 1.144.840 e Processo nº 1.144.836, entende que a utilização do critério de julgamento menor tarifa conjugada com a melhor técnica em licitações para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário não configura justa causa apta para a concessão de medida cautela para suspender a licitação, concluindo-se pelo **indeferimento do pleito cautelar** formulado pela denunciante.

Não houve, contudo, o julgamento de mérito do tema por este Tribunal, subsidiado por uma análise exauriente quanto à inadequação, ou não, da utilização do critério de “melhor técnica” conjugado com o critério “menor tarifa” para licitações de concessões de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Diante desse contexto e alcançado nos autos o momento de enfrentar no mérito do tema, esta Unidade Técnica – alinhada com os posicionamentos da jurisprudência de outras Cortes de Contas e da doutrina de referência no tema, bem como com as melhores práticas e estruturas de projetos de concessões recentes – reitera o entendimento sobre a inadequação da utilização do critério “técnica e preço” na concessão em exame, diante da ausência de justificativa jurídica e factual para tanto e considerando, em especial, os fatores exhaustivamente elencados na análise.

Conclui-se, assim, pela procedência da denúncia nesse aspecto e, considerando que houve nova suspensão *sine die* do ato de abertura da sessão pública²⁷, de forma que subsiste a possibilidade de ajuste do instrumento convocatório, propõe-se que seja **determinado** ao município que promova a alteração das minutas do edital e de seus anexos para adotar algum dos critérios de julgamento previstos no artigo 15 da Lei n. 8.987/95 que não incluam a avaliação de propostas técnicas, de forma

²⁷ Disponível em: <https://www.baraodecocaes.mg.gov.br/detalhe-da-licitacao/info/co-1-2022/71126>. Acesso em: 10/05/202.

a privilegiar a modicidade tarifária e a própria promoção e da ampliação do serviço de saneamento básico.

Subsidiariamente, caso esse entendimento não prevaleça, propõe-se que seja **determinado**, como forma de garantir a transparência do julgamento da licitação, que, após o julgamento das propostas técnicas, seja publicado relatório circunstanciado com o detalhamento dos motivos que vincularam a atribuição de cada nota técnica pela comissão julgadora a cada um dos licitantes, em atendimento aos princípios da motivação, transparência e impessoalidade.

Já em relação aos quesitos eleitos pelo edital para a avaliação das propostas técnicas, importa pontuar que as alterações providenciadas pelo município nesse aspecto provocaram um considerável aperfeiçoamento do edital, com vistas a reduzir os riscos de comprometimento da competitividade.

Ocorre que, apesar dos ajustes significativos, o edital ainda manteve quesitos meramente descritivos e proposições genéricas que não refletem melhorias técnicas propriamente, tampouco colaboram para a seleção da melhor proposta técnica.

E aqui vale frisar que, mesmo nos casos em que se considera legítima a utilização de critério de julgamento envolvendo análise de propostas técnicas, sua adequação perpassa também por sua aptidão para promover avaliação do desempenho e da qualidade técnica da proposta, de forma a representar melhorias efetivas na qualidade da prestação dos serviços aos usuários.

Assim, apesar das alterações já realizadas, é forçoso reconhecer possibilidade de aprimoramento dos quesitos de avaliação estabelecidos no edital.

Inclusive, embora o município indique a necessidade de que sejam adotadas soluções técnicas para ampliar o acesso aos serviços de saneamento, não há qualquer quesito de técnica que contemple proposições relacionadas ao alcance das metas de universalização. Do mesmo modo, convém pontuar que a lei do saneamento estabelece como princípios fundamentais as metas de universalização e metas de reuso de efluentes, aproveitamento de água de chuva, redução de perdas de água, eficiência energética²⁸.

Tais quesitos, por exemplo, poderiam ser objeto de pontuação na técnica de forma objetiva, seja por meio do licitante que propuser cronograma mais avançado para atendimento de metas de

²⁸ Inciso XIII do art. 2º da Lei n. 11.445/2007.

universalização, maior redução de perdas de água além daquela estabelecida como meta pelo edital, seja na maior quantidade de efluentes a serem reutilizados ou de água de chuva a ser captada pelo sistema proposto.

Pondera-se, contudo, que no presente caso, embora a adoção do critério de julgamento que conjuga “melhor técnica” e “menor tarifa” revela-se potencialmente inadequada à seleção da melhor proposta para a prestação dos serviços de saneamento básico no município, na prática, a sua aplicação não se revestirá em maiores riscos à competitividade da licitação ou à execução contratual e poderá ser considerada até, em certa medida, inócua.

Diante desse contexto, caso reste superado o entendimento desta Unidade Técnica quanto à inadequação do critério de julgamento envolvendo análise de propostas técnicas no presente caso, entende-se que a manutenção dos quesitos estabelecidos no edital não constitui óbice à continuidade do certame.

Não obstante, tendo em vista que houve nova suspensão *sine die* do ato de abertura da sessão pública e ante a possibilidade de que os quesitos sejam aprimorados, opina-se por **recomendar** ao município que, caso se mantenha a avaliação técnica como integrante do critério de julgamento, avalie a possibilidade de alterar os quesitos de avaliação da técnica das soluções apresentadas pelos licitantes, de forma a incluir quesitos que reflitam melhor qualidade na prestação do serviço.

Por fim, quanto às alterações relacionadas à sistemática dos reajustes prevista no contrato, destaca-se que foi excluída a previsão que atribuía à concessionária a responsabilidade pela proposição dos fatores de ponderação da fórmula de reajuste. Assim sendo, restou sanada a irregularidade inicialmente apurada na análise da denúncia, de forma que não subsistem mais os óbices à continuidade da licitação em relação a esse aspecto.

5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, esta Unidade Técnica propõe:

- A **citação** dos responsáveis para apresentar suas razões de defesa tendo em vista as **irregularidades** apuradas e as **determinações e recomendações** propostas.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



- Em casos de anulação ou revogação do certame em epígrafe e promoção e elaboração de novo edital de licitação com objeto idêntico ou similar ao ora analisado, comunicar a este Tribunal de Contas, remetendo sua cópia para exame, após a publicação.

À consideração superior,

CFCP, aos 13 de maio de 2024.

Romário Teles Rochas
Analista de Controle Externo
TC 3398-4

Mayara C. Oliveira
Analista de Controle Externo
TC 3197-3