

PROCESSO Nº: 1.148.581
APENSO Nº: 1.167.241
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 úteis.

Em 21/06/2023 (peça nº 12 do SGAP) 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 (peça nº 14 do SGAP), 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 15/06/2023. 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 (peça nº 21 do SGAP), o Secretário Municipal de Obras 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.



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



Em 28/07/2023 (peça nº 33 do SGAP) 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 (peça nº 45 do SGAP), 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 (peça nº 47 do SGAP), 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 (peça nº 48 do SGAP), 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 úteis encaminhassem a documentação solicitada por esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações. Após solicitação do jurisdicionado, o Relator, em 29/11/2023, ampliou o prazo por mais 10 dias, conforme peça de nº 55 do SGAP.

Em 05/12/2023 (peça nº 69 do SGAP), o Município de Barão de Cocais, através da Secretaria de Obras e Saneamento e da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, juntou aos autos petição com as justificativas e documentos solicitados por esta Unidade Técnica.

Em 11/12/2023 (peça nº 84 do SGAP), a AEGEA Saneamento e Participação S.A. apresentou nova petição requerendo a juntada de precedente do TCE-RO, bem como reiterou o pedido para que seja reconhecida a nulidade do Edital de Concorrência Pública nº. 001/2022.

Em 12/12/2023 (peça nº 93 do SGAP), 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. Em seguida, 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 (peça nº 95 do SGAP) 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.

Em 06/02/2024 (peça nº 101 do SGAP) 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 (peça nº 103 do SGAP) 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 (peças nº 112 e 113 do SGAP), 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 (peça nº 118 do SGAP), esta Unidade Técnica elaborou relatório de análise técnica, 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, requereram 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, conforme peças de nº 123 e 125 do SGAP.

Em 07/05/2024, conforme página da Prefeitura¹, 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 1.167.241 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.

Em 13/05/2024 (peça nº 126 do SGAP), esta Unidade Técnica elaborou relatório de análise técnica inicial, concluindo pelo indeferimento do pleito cautelar. Em sede de análise de mérito, contudo, concluiu pela presença de irregularidades e, tendo em vista que houve nova suspensão *sine die* do ato de abertura da sessão pública, considerando, portanto, que subsistia a possibilidade de ajuste do instrumento convocatório, propôs que, observado o contraditório e ampla defesa, seja determinado aos gestores a retificação das irregularidades identificadas.

Em 14/05/2024 (peça nº 128 do SGAP), o Conselheiro em exercício Telmo Passareli determinou o apensamento da Denúncia nº 1.167.241, apresentada pela empresa GS INIMA BRASIL LTDA., aos presentes autos, determinando também o encaminhamento da referida denúncia e do presente feito a esta Coordenadoria, para que se procedesse a análise técnica conjunta de ambos os processos.

Ainda no dia 14/05/2024, nos autos da Denúncia 1.167.241 (peça nº 17), o Conselheiro em exercício Telmo Passareli determinou a intimação do atual Secretário de Meio Ambiente de Barão de Cocais, Sr. Davi Pessoa Guedes (ou de quem o houvesse substituído), para que, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, apresentasse esclarecimentos acerca dos fatos denunciados pela GS INIMA BRASIL LTDA. e encaminhasse cópia de toda a documentação relativa às fases interna e externa do certame.

Em 04/06/2024 (peça nº 130 do SGAP), o Conselheiro em exercício Telmo Passareli encaminhou o presente feito à Secretaria do Tribunal Pleno a fim de que fosse reiterada a intimação do Sr. Davi

¹ [Prefeitura Municipal de Barão de Cocais - Detalhe da Licitação CO-1/2022 \(baraodecocais.mg.gov.br\)](http://baraodecocais.mg.gov.br)

Pessoa Guedes, (ou de quem o houver substituído), haja vista o retorno dos autos no dia 03/06/2024 com certidão de não manifestação juntada à peça nº 24 da Denúncia 1.167.241.

Em 05/06/2024 (peça nº 135 do SGAP), o Município Barão de Cocais apresentou manifestação com as justificativas em relação aos apontamentos formulados nos autos da Denúncia 1.167.241.

Por fim, em 06/06/2024 (peça nº 138 do SGAP), o Exmo. Sr. Conselheiro em exercício Telmo Passareli encaminhou os presentes autos a esta Coordenadoria para exame técnico.

É o relatório, no essencial.

2. ESCOPO

Este relatório tem como escopo a análise técnica da manifestação da empresa GS Inima Brasil LTDA. (Denúncia em apenso nº 1.167.241) e dos esclarecimentos apresentados pelo atual Secretário de Meio Ambiente de Barão de Cocais, Sr. David Pessoa Guedes, e pelo Secretário de Obras e Saneamento, Sr. Douglas Aleixo Pena (peça nº 135 do SGAP), a fim de complementar a inicial já realizada no relatório de peça 126 do SGAP.

Ressalta-se que esta Coordenadoria já elaborou análise técnica sobre apontamentos feitos na denúncia n.º 1.148.581, à luz das manifestações da Prefeitura de Barão de Cocais, bem como sobre as alterações promovidas pelo município no Edital de Concorrência Pública nº. 001/2022, republicado em 22/03/2024, conforme se pode verificar nas peças de nº 12, 45, 101, 118 e 126 do SGAP.

Frisa-se que relatório de peça 126 do SGAP dos autos do processo principal consta a análise inicial das irregularidades identificadas na denúncia n. 1.148.581, de modo que a presente análise se restringirá aos apontamentos apresentados na denúncia nº 1.167.241.

Ademais, salienta-se que quaisquer outros aspectos não abordados neste relatório e em relatórios pretéritos poderão ser objeto de nova análise por este Tribunal em momento oportuno.

3. ANÁLISE TÉCNICA

3.1 Indevida utilização de norma de regência revogada, Lei Federal nº 8.666/1993, em detrimento da Lei Federal nº 14.133/2021

Denúncia:

Alega a denunciante que o Edital objeto da demanda foi republicado e disponibilizado no dia 22 de março de 2024, data esta posterior ao início da vigência da Lei Federal nº 14.133/2021, a qual foi responsável por revogar a Lei Geral de Licitações e Contratos (Lei nº 8.666/1993). Diante disso, alega ser indevida a utilização desta Lei em detrimento daquela, requerendo, por isso, que seja utilizada a Lei 14.133/2021 no lugar da já revogada Lei 8.666/1993.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Aduz o município que o fato de um Edital já publicado vir a ser suspenso, e posteriormente republicado, não é ocorrência, por si só, capaz de obrigar que a lei de regência do certame seja alterada, permanecendo, dessa forma, hígida a unidade do procedimento, haja vista que o objeto posto em disputa é o mesmo e a fase preparatória continua servindo à Administração.

Noutros termos, afirma que o aperfeiçoamento do Edital, bem como seus anexos, não configura uma intercorrência capaz de apresentar a quebra no certame, não conduzindo à conclusão de que se trata de “outra licitação”. Diante disso, o Município se opõe à denunciante informando não haver qualquer mácula ou irregularidade no prosseguimento da licitação utilizando a Lei nº 8.666/1993.

Análise Técnica:

Primeiramente, convém destacar que o Edital Retificado 2, republicado em 22/03/2024, inclui a Lei nº. 8.666/93 no rol de legislações que fundamentam a Concorrência nº. 01/2022, conforme se pode observar nos itens 1.1 e 1.2 do Edital. Contudo, a Lei 8.666/93 foi revogada em 30/12/2023, segundo disposto no art. 193, II, a, da Lei nº 14.133/21. Dessa forma, o novo edital foi republicado após a revogação da extinta Lei de Licitações 8.666/93.

Nesse sentido, o art. 191 da Lei nº 14.133/21 disciplina o regime de transição para a nova lei de licitações, estabelecendo que a Administração poderá optar, até o decurso do prazo previsto no art. 193, II, da Lei nº. 14.133/21, por licitar com base na Lei nº. 8.666/93, devendo a escolha ser indicada expressamente no edital.

Com base nesse dispositivo legal, o TCU fixou o entendimento de que a opção pela Administração por licitar ou contratar com base no regime antigo deve ter sido manifestada até o dia 31/03/2023, desde que a publicação do Edital tenha ocorrido até o dia 31/12/2023, conforme trecho do dispositivo do acórdão abaixo.

9.2.1. os processos licitatórios e os de contratação direta nos quais houve a “opção por licitar ou contratar” pelo regime antigo (Lei 8.666/1993, Lei 10.520/2002 e arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011) **até a data de 31/3/2023** poderão ter seus procedimentos continuados com fulcro na legislação pretérita, **desde que a publicação do Edital seja materializada até 31/12/2023**.

(Acórdão nº. 507/2023, Relator augusto Nardes, Sessão de 22/03/2023)

Diante dessa situação, surge o seguinte questionamento: a opção feita pelo Poder Concedente de adotar expressamente a Lei nº. 8.666/93, quando da publicação do primeiro edital, ainda dentro do prazo estabelecido no art. 191 da Lei nº. 14.133/2021, prevalece mesmo com a republicação do edital após o dia 31/12/2023?

Para responder a esse questionamento, é importante destacar que o Edital da Concorrência nº 01/2022 foi publicado inicialmente em 17/08/2022 e retificado em 26/04/2023, tendo sido o certame suspenso, por ato publicado em 15/06/2023, em razão de impugnações formuladas em face do edital. Posteriormente, o Município se propôs a retificá-lo, conforme petição juntada aos autos (peça nº 42 do SGAP), com a finalidade de solucionar eventuais irregularidades discutidas neste processo. Como resultado, novo edital foi publicado em 16/01/2024. Contudo, após solicitações de esclarecimento, houve nova suspensão do certame em 01/03/2024, tendo sido o Edital Retificado 2 publicado em 22/03/2024 e o certame suspenso novamente em 07/05/2024.

Pelo exposto, e considerando os princípios da economicidade, eficiência, celeridade, razoabilidade e do interesse público, **entende esta Coordenadoria que deve prevalecer a opção manifestada pela Administração Pública na primeira publicação**, pois, do contrário, o edital teria que sofrer nova reformulação e, até mesmo, novos estudos para adequá-lo às disposições da nova lei de licitações, o que poderia gerar novo atraso para a conclusão do certame e prejuízo para o interesse público.

Assim, à luz de julgado do TCU e dos princípios da economicidade, eficiência, celeridade e razoabilidade, é perfeitamente defensável a interpretação no sentido de que o certame pode continuar sendo regido pela Lei 8.666/93, ainda que o Edital tenha sido republicado após a revogação dessa lei, pois, conforme demonstrado, a primeira publicação do instrumento convocatório foi efetivada no dia 17/08/2022, data esta anterior ao dia 31/12/2023.

Nesse sentido, vale destacar, apenas a título de referência, que o Poder Executivo estadual regulamentou o regime de transição através da Resolução Conjunta 10742/2023, não abordando, entretanto, a situação analisada neste apontamento.

Por sua vez, o Estado da Paraíba tratou sobre o marco temporal para a realização de procedimentos licitatórios com base no regime antigo, estabelecendo, expressamente, que na hipótese de republicação do edital será considerada a data da publicação da primeira versão, senão vejamos:

Art. 2º Em consonância com as disposições do referido parecer, os processos licitatórios instaurados no Sistema Eletrônico Gestor de Compras – SEGC até o dia 31 de março de 2023, contendo a autorização do dirigente do órgão ou entidade até esta data, com a opção expressa nos fundamentos das Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002, e dos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011, serão por elas regidas, bem como os contratos decorrentes e seus aditamentos durante toda a sua vigência, ou outro instrumento hábil, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 2º No caso de necessidade de republicação do edital, será considerada a data da publicação da sua primeira versão para fins de atendimento a este regulamento.

(Portaria Conjunta 1/2023/CGE/PGE/SEAD - Estado da Paraíba)

Desse modo, esta Unidade Técnica entende pela a **ausência de irregularidade** quanto à utilização da Lei nº. 8.666/93 como fundamento para licitação em exame, concluindo pela **improcedência** do apontamento em análise.

3.2 Ausência de justificativa para a adoção do critério de julgamento pelo tipo técnica e preço para o serviço em questão, e, menos ainda, pela adoção de percentual paritário de 50% para cada qual, em detrimento da modicidade tarifária

Denúncia:

Insurge a denunciante que, a fim de compor a Nota Final da Licitante, o instrumento convocatório estabelece o percentual de 50% para as Propostas Comerciais e 50% para as Propostas Técnicas, sem que tenha havido, contudo, qualquer justificativa para a sua fixação.

Alega ainda ser imperioso que haja justificativa plausível para a adoção do critério de julgamento pelo tipo técnica e preço, tendo em vista a redução da importância da modicidade tarifária em prestígio à melhor técnica da Licitante. Por esse motivo, requer que seja justificada a adoção do critério de julgamento escolhido.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o Município que o Edital será complementado nesse ponto, com a justificativa expressa acerca do critério de julgamento eleito, bem como os motivos para a ponderação/pontuação das propostas técnicas e propostas comerciais.

Análise Técnica:

- a) Da ausência de justificativa para a adoção do critério de julgamento pelo tipo técnica e preço

Quanto a esta parte do apontamento da Denúncia nº 1.167.241 (apenso), esta Coordenadoria já abordou amplamente o tema em questão nos autos do processo principal (Denúncia nº 1.148.581), tendo sido feita a análise exauriente de mérito e concluído pela **inadequação da utilização do critério “técnica e preço” para a concessão de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário na licitação em análise**, haja vista a ausência de justificativa jurídica e factual para tanto.

Em nova manifestação do município à peça n. 135 do SGAP, limitou-se a mencionar que a motivação será complementada sobre o critério de julgamento do certame e os critérios de pontuação. No entanto, o edital, ainda, encontra-se em suspensão em caráter *sine die*, não havendo qualquer fato novo a alterar a análise feita anteriormente nos autos.

Dessa forma, **reitera-se, *ipsis litteris*, os fundamentos de Análise Técnica contida na peça de nº 126, item 3.1.3.3 deste processo no SGAP**, conforme transcrição colacionada abaixo:

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 Corte².

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, 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

² Cabe destacar os processos nº 1.141.610, 1.144.629, 1.144.836, 1.144.925 e 1.148.581.

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**³.

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

³ Medida Cautelar acostada à Peça nº 121 do Processo.

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.⁴

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.

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

⁴ Acórdão do Processo 1144840. Sessão do Tribunal Pleno de 07/06/2023.

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 técnicas⁵, 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**

⁵Exemplifica 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.

concessões e do próprio 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 Filho⁶:

[...] 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).

⁶ 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 tarifária**, 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 proposta⁷ 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.

⁷ Acórdão 126/2007 do Plenário do TCU

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 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*⁸:

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

⁸ 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-inadeguacao-do-criterio-de-melhor-tecnica-nas-concessoes-de-saneamento-30112023>

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.**

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. (Destaques 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 Saneamento⁹. 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**¹⁰, 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

⁹ Inciso XIII do art. 2º da Lei n. 11.445/2007.

¹⁰ 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).

serviço com a qualidade prevista no contrato. Nesse sentido, vale trazer a lição de Maurício Portugal¹¹:

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 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*¹², 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

¹¹ Ribeiro, Maurício Portugal. Concessões e PPP: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, Pág. 14.

¹² 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.

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 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 técnica¹³.

Ocorre que os contratos de concessão de serviços públicos, diferentemente das contratações comuns, pressupõem uma relativa liberdade para que a concessionária possa prestar os

¹³ 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.

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.

E nas concessões de saneamento não é diferente, como expõem os autores do artigo publicado¹⁴ 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**

¹⁴ 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.

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.

Sobre o tema, vale colacionar os ensinamentos de Fernando Vernalha¹⁵ 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

¹⁵ 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

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 artigo¹⁶ 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 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*

¹⁶ 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>

*técnica e preço para delegações de serviços de setores maduros tecnicamente no âmbito das Concessões e PPPs*¹⁷:

A experiência acumulada nas estruturas 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 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 superiores¹⁸.

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 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).

¹⁸ 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 2020¹⁹

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 Santo²⁰, 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

¹⁹ 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).

²⁰ 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.

inadequada a adoção do 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 técnico 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 ²¹, 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.

Reitera-se, igualmente, conclusão deste relatório de Análise Técnica contida na peça de nº 126, item 3.1.3.3, de que é **forçoso reconhecer a inadequação da adoção do critério de julgamento que**

²¹ TCM-GO.

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 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, em 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 de 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**²², 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 foram atribuídas as notas técnicas pela comissão julgadora a cada licitante, não se limitando a meramente expressar um dos conceitos elencados pelo edital para a definição das notas, em atendimento aos princípios da motivação, transparência e impessoalidade.

- b) Da adoção de percentual paritário de 50% para as Propostas Comerciais e 50% para as Propostas Técnicas

Primeiramente, 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 ponderação da avaliação das propostas técnica e comercial.

Dito isso, quanto à ausência de justificativa para a fixação dos pesos em 50% para a proposta comercial e 50% para a proposta técnica, a jurisprudência do TCU revela que sempre que houver disparidade entre os pesos atribuídos à técnica e ao preço (um ou outro superior ou inferior a 50%), cabe ao órgão licitante justificar os pesos das notas **quando o peso do critério de preço ficar abaixo do critério técnico**, de forma a demonstrar que eles não representam privilégio ou direcionamento e

não proporcionarão aumento de preços que, embora relevantes, decorram de pequenas vantagens técnicas²³.

Essa orientação, aliás, consta, desde 2008, da instrução normativa publicada pela Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, a IN nº 2, de 2008, posteriormente alterada pela IN nº 5, de 2017, mas mantida a redação original do artigo 27, § 3º, agora sob o item 8.7, dispondo que “é vedada a atribuição de **fatores de ponderação distintos para os índices “técnica e preço”** sem que haja justificativa para essa opção”.

Além disso, como está expresso no Acórdão nº 1.041/10, proferido pelo Plenário do TCU, de relatoria do Min. Augusto Sherman Cavalcanti, a justificativa dos pesos das notas não pode ser genérica, pouco esclarecendo acerca da efetiva necessidade de **pesos díspares entre técnica e preço**, sendo indevido, como salientado nos Acórdãos nº 309/11 - Plenário, de relatoria do Minº Augusto Sherman Cavalcanti; e 327/10 - Plenário, de relatoria do Minº Benjamin Zymler, tornar irrisório o fator preço no julgamento por técnica e preço.

No Acórdão nº 479/15 – Plenário, de relatoria do Minº Benjamin Zymler, a questão da adoção de critérios díspares de ponderação foi enfrentada, tendo sido alcançada a conclusão de que, ainda que seja possível a adoção do peso de 70% para a proposta técnica e de 30% para a proposta de preço, é imprescindível a apresentação de justificativa no caso concreto, por ser excepcional a atribuição de **fatores de ponderação distintos para as notas técnica e de preços**, nos termos da citada IN 2/2008.

Como se pode observar, todos os julgados e precedentes acima expostos são no sentido de justificar a ponderação **no caso de pesos diferentes para a técnica e para o preço, privilegiando-se ainda mais a técnica, em detrimento do preço**.

Contudo, **não houve disparidade entre os pesos atribuídos no caso do presente processo**, haja vista o percentual de 50% para a técnica e de 50% para o preço.

Analisando o caso concreto, não se percebe particularidade a justificar uma análise detida pelo Poder Público sobre a equivalência escolhida entre técnica e preço, ou seja, à pontuação de 50% para técnica e preço, na medida em que não há prevalência da técnica na presente ponderação, não se revelando

²³ Veja-se alguns casos decididos pelo TCU: Acórdão 3.217/14, Plenário, Rel. Minº. Marcos Bemquerer; Acórdão 743/14 - Plenário, Rel. Minº. Augusto Sherman; Acórdão 210/11 - Plenário, Rel. Minº. Augusto Nardes; Acórdão 1.041/10 - Plenário, Rel. Minº. Augusto Sherman Cavalcanti; Acórdão 1.597/10 - Plenário, Rel. Minº. Augusto Sherman Cavalcanti; Acórdão 1.782/07 - Plenário, Rel. Minº. Augusto Sherman Cavalcanti.

razoável que as situações ordinárias necessitem de fundamentação robusta tais quais as situações excepcionais.

Assim, nos casos em que se verificar a existência de robusta motivação para a escolha da técnica (o que, vale enfatizar, **não ocorreu no caso concreto**, de modo que, conforme exaustivamente defendido no subitem “a” do item 3.2, o critério de melhor técnica no caso em exame não se revela adequado), o **equilíbrio entre as ponderações técnica e preço** reforçaria a importância mútua da tarifa justa para um serviço de qualidade, de modo que restariam demonstrados os benefícios de cada critério de julgamento.

Ao sopesar de forma equânime ambos aspectos, técnica e preço, não se verifica particularidade no caso concreto que indique prejuízos ao interesse público, tal como um motivo que ensejaria, *a priori*, maior peso ao critério de técnica, visto que ambos critérios de julgamentos resultariam, em alguma medida, em benefícios à coletividade.

Entende-se, em síntese, que o edital em análise não apresenta **irregularidade em função da proporção entre os critérios de julgamento**, haja vista que não houve privilégio da técnica em detrimento do preço, motivo pelo qual esta Unidade Técnica opina pela **improcedência** da denúncia nesse subtópico.

3.3 Inconformidade no valor estimado da contratação

Denúncia:

Insurge a denunciante contra o método de determinação do valor total do contrato, alegando que considera valores em duplicata ao abranger a soma das receitas totais e os investimentos, conforme cláusula 1.7.1 do edital.

Como reflexo, sustenta que erros na estimativa do valor do contrato impactam a garantia de execução, que tem por base a incidência de um percentual sobre o valor contratual.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que o edital será retificado nesse ponto.

Análise Técnica:

O valor do contrato para concessões e PPPs, em que pese ser cláusula obrigatória, não possui o mesmo impacto para a competitividade do certame e para a continuidade do serviço de outras cláusulas. Seu impacto é indireto, visto que o valor do contrato impacta em exigências para a participação no certame (como garantias de proposta e execução) que, caso superdimensionadas, podem impactar a competitividade do certame. De outro lado, se este mesmo valor for subavaliado, poderá ocorrer de a Administração contratar quem não disponha de capacidade financeira para assumir os compromissos previstos.

Nessa ordem, a estipulação do valor do contrato deve observar as características singulares de cada concessão, tomando-se os devidos cuidados para se evitar o estabelecimento de exigências de garantias que limitem o universo de licitantes, além de assegurar que o futuro contratado seja capaz de fazer frente às obrigações contratuais.

Não há, contudo, na Lei, a definição de qual o parâmetro a ser utilizado como referência. Já na doutrina, por sua vez, há posições que defendem a utilização do montante de investimentos que o concessionário fará como baliza para o valor do contrato. Notadamente, Marçal Justen Filho escreve que:

Outra questão relevante é a do capital social ou patrimônio líquido mínimos [...]. O artigo 31, § 3º, da Lei nº 8.666 prevê que a exigência deverá limitar-se a 10% do valor estimado da contratação. Tem-se entendido, muitas vezes, que o valor estimado do contrato de concessão é o valor total a ser arrecadado pelo futuro concessionário. Assim, se o montante total das tarifas, durante o período do contrato, for estimado em vinte bilhões de reais, o limite da exigência seria de dois bilhões de reais. Parece que essa interpretação desnatura a exigência. Não há qualquer vínculo entre o montante total a ser arrecadado durante o contrato e a idoneidade para executar dito contrato. A elevação do montante a ser arrecadado não faz presumir exigência de patrimônio líquido mais elevado. O problema reside no montante estimado de desembolsos. A titularidade de um certo patrimônio mínimo é imposta pela necessidade de recursos para custeio da atividade necessária ao cumprimento do contrato. Portanto, se é estimado que o sujeito desembolsará quinze bilhões de reais para executar a concessão, não é possível utilizar como base de cálculo valor da arrecadação projetada com as tarifas (vinte bilhões).

No mesmo sentido, destaca-se a Súmula nº 43, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, que estabelece que nos contratos de concessão os requisitos de qualificação econômico-financeira devem ter como base de cálculo o valor dos investimentos devidos pela concessionária.

Assim, é necessário conceituar o assunto no contexto da concessão de serviços públicos. Diferente do que ocorre nas licitações convencionais, na hipótese de concessão, há a realização de investimentos iniciais, que são a própria razão do contrato de concessão, com a posterior amortização e justa remuneração da concessionária, os quais, por sua vez, são elementos diretamente relacionados com o regime tarifário e prazo de duração da delegação. Neste caso, as condições de avaliação

econômico-financeira estão direcionadas a resguardar os investimentos e custos operacionais necessários para a regularidade da prestação dos serviços como foram projetados para o empreendimento.

No entanto, alternativamente, Cintra do Amaral²⁴ entende que o valor estimado do contrato deva ser calculado em função das receitas tarifárias previstas para todo o prazo de concessão, o que reflete, em alguma medida, o total de encargos assumidos pelo concessionário:

Estou convicto, portanto, que em licitações para outorga da exploração de serviços públicos pela iniciativa privada o valor estimado da contratação para fins de delimitação do patrimônio líquido ou capital social a ser exigidos, bem como para demarcação da garantia de proposta a ser solicitada deverá ser, tal como tem sido feito nos programas de concessão levados a termo pelo Estado de São Paulo, o valor estimado das receitas tarifárias a serem obtidas, pois que assim restará a Administração coberta em todas as obrigações a serem trespasadas para a Concessionária (investimentos, operação e ampliação do serviço, pagamento do ônus etc) e não quanto à obrigação secundária de pagamento do valor da outorga.²⁵

A título ilustrativo, o Manual de Parcerias do Estado de São Paulo assim dispõe:

O valor dos contratos de concessão, a incluir os contratos de PPP, deve ser calculado com base nos ativos da concessão ou nos recebíveis da futura Concessionária. Para tanto, poderá levar em consideração, caso a caso:

- Valor total estimado de pagamentos a serem realizados pelo Poder Concedente a título de contraprestação e aporte de recursos durante todo o prazo da concessão;
- Valor total estimado de receitas da Concessionária durante todo o prazo da concessão, podendo incluir receitas com tarifas, preços públicos e demais decorrentes de atividades complementares e acessórias;
- Valor total dos investimentos a serem feitos pela Concessionária durante todo o prazo da concessão; ou
- Valor dos ativos da concessão, em especial daqueles desenvolvidos e implantados em decorrência do contrato assinado.²⁶

No caso concreto, contudo, o edital não se vale de uma premissa nem de outra, estabelecendo o uso combinado dos investimentos com as receitas totais:

1.7. VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO

1.7.1. O valor estimado do presente CONTRATO, para todos os fins e efeitos de direito, correspondente ao valor dos investimentos mais a receita, conforme demonstrado no anexo 3, parte integrante deste edital, que ao longo do prazo de concessão corresponde a R\$ 1.252.555.476,41 (Hum bilhão, duzentos e cinquenta e dois milhões, quinhentos e cinquenta e cinco mil, quatrocentos e setenta e seis reais e quarenta e um centavos), sendo o valor de R\$ 208.421.822,59 (duzentos e oito milhões quatrocentos e vinte um mil oitocentos e vinte dois reais e cinquenta e nove centavos) referente aos **investimentos** e R\$ 1.044.133.653,82

²⁴ Do Amaral, Antônio Carlos Cintra. *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Malheiros, 1996. P. 68.

²⁵ Marques Neto, Floriano de Azevedo. *Cálculo de Patrimônio líquido ou capital social exigível em licitação para concessão – garantias*. Disponível em www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 05/04/2010.

²⁶ Governo do Estado de São Paulo. *Manual de Parcerias do Estado de São Paulo*. Disponível em: https://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf. Acesso em 12/07/2024.

(Hum bilhão, quarenta e quatro milhões, cento e trinta e três mil, seiscentos e cinquenta e três reais e oitenta e dois centavos) referente à **projeção de receita total água e esgoto**.

E aqui vale enfatizar que inexistente no arcabouço jurídico pátrio fundamentação suficiente para se adotar como base de cálculo do valor do contrato o valor correspondente à soma dos investimentos mais a receita, devendo-se, portanto, optar por um ou outro critério. Como o total das receitas já reflete a remuneração de todos os encargos do parceiro privado, a consideração dessas receitas somadas aos investimentos resulta, de fato, em dupla contabilização dos investimentos no valor contratual, distorcendo seu montante e impactando em cláusulas vinculadas a este valor contratual, como a de garantia:

32.1. Em garantia ao bom cumprimento das obrigações a serem assumidas, a CONCESSIONÁRIA, no prazo máximo de 05 (cinco) dias úteis após a assinatura do CONTRATO, conforme estabelecido no EDITAL, prestará GARANTIA correspondente a **5% (cinco por cento) do valor do CONTRATO**, equivalente a R\$ XXX (XXX), na forma prevista no art. 56, § 2º da Lei Federal nº. 8.666/1993.²⁷ (negritos acrescentados)

Vale destacar a manifestação do Município de Barão de Cocais, que se comprometeu a retificar o edital para corrigir o vício apontado. Entende-se que tal medida, **se realmente efetivada, terá o condão de sanar a irregularidade** apontada na denúncia. Não obstante, **deve-se aguardar que o município republique novo edital**, para que seja verificada se as adequações foram, de fato, efetivadas.

Dessa forma, conclui-se pela **procedência** do apontamento em epígrafe e, considerando que o edital se encontra suspenso, subsistindo a possibilidade de aperfeiçoamento, propõe-se que seja **determinado** ao município que retifique o edital quanto ao valor total da contratação quando de sua republicação, para que seja considerando apenas o montante total de investimentos ou a totalidade de receitas, conforme abordagem que se revelar mais adstrita ao caso concreto.

No tocante ao pedido de suspensão liminar da denúncia, importante considerar que este vício é de possível correção, tendo sido esta também a intenção manifestada pelo Município.

Por fim, o erro da dupla consideração de investimentos remonta a cerca de 20% do valor do contrato, caso se considere este valor total da contratação como sendo a projeção de receita total de água e

²⁷ Conforme minuta de contrato

esgoto. Trata-se de erro limitado e que, por impactar em outras cláusulas contratuais, como é o caso da garantia, seria passível de correção via termo aditivo.

Não há, portanto, grave irregularidade a ponto de prejudicar a competitividade do certame ou a execução contratual, tratando-se de vício sanável a tempo do início da execução contratual, razão pela qual se entende pelo **indeferimento do pedido cautelar** de suspensão do certame quanto a este aspecto.

3.4 Ausência de previsão das Normas de Referência nº3/2023 (Resolução nº 161/2023), nº 5/2024 (Resolução nº 178/2024) e nº 06/2024 (Resolução nº 183/2024), todas aplicáveis ao presente projeto e publicadas anteriormente à republicação do Edital, o que permitiria sua adequação

Denúncia:

Alega a denunciante que não existe qualquer menção às Normas de Referência já publicadas pela Agência Nacional de Águas (ANA) antes da republicação do Edital, de modo que, não havendo comprovação acerca da aderência às Normas de Referência da ANA na Minuta do Contrato, ainda que em cláusula genericamente redigida, haveria o comprometimento da obtenção de recursos federais para a financiabilidade do projeto com recursos do BNDES ou qualquer outra entidade administrada pela União.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que o Edital será retificado nesse ponto.

Análise Técnica:

Ao se fazer uma análise do Edital Retificado 2, em especial do item 1.2., é possível constatar que, de fato, não existe previsão das Normas de Referência nº 3/2023 (Resolução nº 161/2023)²⁸, nº 5/2024 (Resolução nº 178/2024)²⁹ e nº 06/2024 (Resolução nº 183/2024)³⁰.

²⁸ Dispõe sobre metodologia de indenização de investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados dos contratos de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário

²⁹Dispõe sobre a matriz de riscos para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

³⁰Dispõe sobre os modelos de regulação tarifária dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

De início, convém registrar que, apesar da não obrigatoriedade quanto à observância das Normas de Referência editadas pela ANA por parte do poder concedente, a não observância a tais Normas obsta a alocação de recursos públicos federais e a realização de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União, conforme dispõe o artigo 50, inciso III, da Lei n. 11.445/2007, *in verbis*:

Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados:

(...)

III - à observância das normas de referência para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico expedidas pela ANA; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

Além disso, é certo que a observação às normas de referência da ANA constitui um dos objetivos da regulação do setor de saneamento, nos termos do artigo 22, inciso I, da referida legislação, que possui a seguinte redação:

Art. 22. São objetivos da regulação:

I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020).

Ocorre que a não indicação no Edital sobre a aderência às Normas de Referência não indica, por si só, sua não observância. A aderência às normas de referência por parte dos Municípios, em grande medida, ocorre por meio da sua vinculação a uma agência reguladora que esteja alinhada com as normas da ANA e, no caso, o Município indica no edital sua vinculação à Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento Básico de Minas Gerais (Arisb-MG).

Neste sentido, é, inclusive, presumível que a Arisb-MG vá seguir as normas da ANA, visto que a agência contratou a Fundação João Pinheiro para reformular seus protocolos de intenção, com vistas ao novo cenário de regulação que advém da participação da ANA:

Na 1ª Assembleia Geral Ordinária do Consórcio Público da Arisb-MG, realizada em 28 de maio de 2024, foi aprovado o novo Protocolo de Intenções da Agência. A reunião ocorreu na sede da Arisb-MG em Belo Horizonte e contou com a presença do Presidente Neider Moreira, além dos diretores da Agência Arley Silva, Filipe Woods e Gleice Guimarães, junto aos

representantes dos municípios consorciados e membros da Fundação João Pinheiro, instituição contratada para desenvolvimento do novo protocolo.

Durante a assembleia, as representantes da Fundação apresentaram o novo protocolo, destacando a importância do Estatuto Social como instrumento regulador para essa alteração. Foi enfatizada a necessidade dessa alteração para fortalecer a capacidade de gestão e fiscalização da Arisb-MG no setor de saneamento básico, **em resposta ao aumento das atividades regulatórias da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA)** nos últimos tempos.

O diretor-geral da Arisb-MG, Arley Silva, destacou que a aprovação unânime do novo protocolo durante a assembleia foi um passo importante. Agora, o próximo passo será encaminhar o documento para votação nas câmaras municipais dos municípios consorciados à Agência.

(...)

Assim, a 1^a Assembleia Geral Ordinária de 2024 da Arisb-MG marcou um avanço estratégico importante para a Agência, **garantindo que esteja alinhado com as melhores práticas e regulamentações vigentes no setor.**³¹ (negritos acrescidos)

A própria ARISB-MG tem promovido fóruns em sua própria rede social referente à nova regulação da ANA:

ARISMIG em parceria com ARIS ZM, **ARISB** e RSAMB promove Webinar sobre Resíduos Sólidos com apoio da ANA

As Agências Reguladoras Intermunicipais de Minas Gerais, com o apoio da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), têm o prazer de convidá-los para um importante webinar sobre o **preenchimento das informações referentes a adoção da NR 01/ANA2021**. Esta norma trata da instituição de mecanismo de cobrança, equilíbrio econômico-financeiro e regulação dos serviços de manejo de resíduos sólidos urbanos.

O webinar acontecerá na próxima quinta-feira, dia 11 de julho de 2024, às 9h, e será transmitido pelo canal do **YouTube da ARISB**. O evento será ministrado pela Analista Ambiental da ANA, Zilda Faria Veloso.³² (negritos acrescidos)

³¹ ARISB-MG. Arisb-MG adotará Novo Protocolo de Intenções para fortalecer os serviços de regulação e fiscalização em Saneamento Básico. 20/06/2024. Disponível em: <https://www.arisb.com.br/portal/noticias/0/3/2113/arisb-mg-adotara-novo-protocolo-de-intencoes-para-fortalecer-os-servicos-de-regulacao-e-fiscalizacao-em-saneamento-basico>. Acesso em 25/07/2024.

³² ARISMIG. ARISMIG em parceria com ARIS ZM, ARISB e RSAMB promove Webinar sobre Resíduos Sólidos com apoio da ANA. 05/07/2024. Disponível em: <https://arismig.mg.gov.br/noticias/geral/arismig-em-parceria-com-aris-zm-arisb-e-rsamb-promove-webinar-sobre-residuos-solidos-com-apoio-da-ana>. Acesso em 25/07/2024.

Não obstante, é importante que se deixe claro no Edital sobre a observância ou não às Normas de Referência da ANA. Tal esclarecimento não somente afeta a financiabilidade do projeto, como também confere maior clareza ao licitante sobre a futura atividade regulatória, em face de se dispor previamente de diretrizes que serão observadas pelo órgão regulador, *in casu*, a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento Básico de Minas Gerais (ARISB-MG).

A fim de garantir vinculação da agência reguladora aos termos contratuais da nova concessão, recomenda-se, inclusive, que ela seja interveniente anuente no contrato, ao contrário do que se verifica na minuta de Barão de Cocais, que prevê apenas concessionária e Poder Concedente.

Trata-se de medida prevista nos contratos de concessão de saneamento estruturados pelo BNDES (Rio de Janeiro e Macapá) e no recente contrato da SABESP, bem como na concessão Governador Valadares em Minas:

MINUTA DE CONTRATO

CONCESSÃO N. 001/2024

CONTRATO DE CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO MUNICÍPIO DE GOVERNADOR VALADARES/MG.

Aos 22 de março de 2024, pelo presente instrumento, as partes a seguir identificadas, SERVIÇO AUTÔNOMO DE ÁGUA E ESGOTO - SAAE DO MUNICÍPIO DE GOVERNADOR VALADARES/MG, CNPJ nº 20.607.735/0001-95, neste ato representado por Fernando Rodrigues Pascoal, doravante denominado PODER CONCEDENTE OU CONCEDENTE;

Águas de Governador Valadares Sociedade de Propósito Específico - SPE SA, neste ato representada por Erich Wyatt e Marcos Vinícius Antunes, na forma dos seus atos constitutivos, doravante denominada CONCESSIONÁRIA;

e, na condição de interveniente anuente,

o Município de Governador Valadares, neste ato representado pelo prefeito municipal, Sr. Andre Luiz Coelho Merlo, na forma dos seus atos constitutivos, doravante denominado ANUENTE/INTERVENIENTE e a

AGÊNCIA REGULADORA INTERMUNICIPAL DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO DA ZONA DA MATA DE MINAS GERAIS E ADJACÊNCIAS - ARIS - ZM neste ato representada por Gustavo Gastão Corgosino Cardoso, na forma dos

seus atos constitutivos, doravante denominada AGÊNCIA REGULADORA³³; (negritos acrescidos)

Contudo, essa omissão do Edital não obsta a vinculação do Município a uma Agência Reguladora que esteja alinhada com as normas de referência, não havendo que se falar em irregularidade no presente.

Apesar da ausência de irregularidade, importa destacar que o município indicou a intenção de realizar a retificação do edital quanto a este ponto, medida que, se implementada, terá o condão de promover o aperfeiçoamento da contratação em análise.

Diante do exposto, conclui-se pela **improcedência** do apontamento. Não obstante, **recomenda-se** aos gestores públicos que, na republicação do edital:

- (i) Indiquem expressamente a aderência às normas da ANA ou, no caso de não se seguirem normas da ANA, fundamente o Município devidamente a sua escolha, à luz da restrição de financiamentos federais e contratação de financiamentos com terceiros em um contrato de longo prazo como este;
- (ii) Avalie a possibilidade de prever a agência reguladora como interveniente-anuente no contrato de concessão.

3.5 Desconsideração da Convenção de Haia para a nacionalização de documentos estrangeiros por meio de apostila

Denúncia:

Insurge a denunciante que o item 3.6.5 do Edital exige que todos os documentos em língua estrangeira devam ser acompanhados de tradução juramentada para a língua portuguesa, realizado por tradutor juramentado, além de devidamente consularizados no Consulado Brasileiro do País de origem dos respectivos documentos, ignorando o disposto na Convenção de Haia e restringindo indevidamente a participação de licitantes.

³³ Prefeitura Municipal de Governador Valadares. Minuta de Contrato. Disponível em: https://www.valadares.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Concorrenca_5_2023_contrato_assinado_anexo_i?cdLocal=3&arquivo={1B1C61E3-47ED-A07B-A1BC-82AD61BA45BA}.pdf&cdLicitacaoArquivo=136614. Acesso em 25/07/2024.

Dessa forma, a denunciante informa que tal exigência editalícia não deixa qualquer margem para apostilamento de documentos por países signatários da Convenção de Haia, o que dificulta a participação dos Licitantes que pretendam utilizar documentos estrangeiros, requerendo, por isso, a imediata retificação do dispositivo 3.6.5 do Edital.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que o Edital será retificado nesse ponto.

Análise Técnica:

Inicialmente, convém transcrever o item do Edital objeto da Denúncia:

3.6.5. Qualquer documento em língua estrangeira deve ser acompanhado de tradução para a língua portuguesa, realizada por tradutor juramentado, sendo que documentos estrangeiros deverão estar devidamente consularizados no Consulado Brasileiro do País de origem dos respectivos documentos.

Pelo exame do item em análise, é possível verificar que, numa primeira leitura, tal exigência poderia dificultar a participação dos Licitantes que pretendessem utilizar documentos estrangeiros, dado que a Lei 8.666/93 se refere especificamente aos documentos necessários à habilitação, e não a qualquer documento, senão vejamos:

Art. 32. **Os documentos necessários à habilitação** poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

(...)

§ 4º **As empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências dos parágrafos anteriores mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.**

(Lei 8.666/93) (grifos nossos)

Contudo, apesar de tal exigência não encontrar razoabilidade nem amparo legal, deve-se ponderar que, em que pese o fato de o licitante vencedor vir a ter um gasto extra com a tradução juramentada dos documentos, ao se considerar o valor estimado do contrato (R\$ 1.252.555.476,41) com os valores para a adequação ao edital, verifica-se que tais valores seriam um percentual insuscetível de impedir que eventuais *players* que se interessem por contratos deste porte participem do certame.

Nesse sentido, vale destacar recente acórdão do TCE/ES:

Da análise dos autos, verifica-se que a exigência contida no item 23.9 do Edital, extrapolou em parte os ditames legais, no que se refere aos documentos suplementares (item 23.9.1 do edital), dado que a legislação, referente a necessidade de tradução juramentada, se refere, especificamente, aos documentos necessários à habilitação.

Todavia, não se vislumbra que essa exigência possa restringir a participação de interessados, já que, tendo ofertado os melhores lances, sagrando-se vencedor, bastaria ao mesmo providenciar a documentação requerida. E caso o interessado não sagra-se vencedor, ele não necessitaria desembolsar esse gasto extra, tendo em vista que não participaria da habilitação. (g.n)

Cabe também destacar, em que pese esse fato poder gerar gasto extra ao vencedor do certame, na medida em que teria que custear a tradução juramentada dos documentos, ao se considerar o montante envolvido na contratação com os valores para adequação ao edital, pode-se concluir que temos um percentual ínfimo, não impedindo o interessado de participar do certame.

Diante do exposto, entende-se que a solução processual mais adequada ao caso, seria prosseguir com o feito, determinando-se aos gestores públicos que nos próximos certames, com essas características, se abstenha de exigir tradução juramentada em documentos alheios aos necessários à habilitação dos licitantes.

Por todo o exposto, entende-se pelo afastamento da suposta irregularidade. (Acórdão 00620/2022-6) (grifos nossos)

Dessa forma, **este apontamento alegado pela denunciante não possui o condão necessário para macular o certame**, haja vista que não se configura prejuízo aos interessados em participar da fase de julgamento da licitação.

Além disso, vale destacar que a manifestação do Município de Barão de Cocais se comprometeu a retificar o edital para corrigir o vício apontado, medida que, **se realmente efetivada, terá o condão de sanar a irregularidade** apontada na denúncia.

Conclui-se pela **procedência** deste apontamento, mas essa unidade técnica deixa de propor a aplicação de qualquer medida nesse caso, em face de não se verificarem prejuízos a uma contratação de grande vulto como esta ao se exigir tradução juramentada e validação no Consulado de documentos de habilitação.

3.6 Múltiplos locais de entrega da Documentação

Denúncia:

Alega a denunciante que o Edital prevê múltiplos locais de entrega da Documentação, alegando que pode colocar em risco a vigilância cruzada, pelos demais Licitantes, sobre a data e o local de entrega, razão pela qual requer a retificação do Edital para que, preferencialmente, seja escolhida a Superintendência de Licitação para o recebimento da Documentação dos Licitantes.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que o Edital foi retificado nesse ponto.

Análise Técnica:

Com relação a esse apontamento, faz-se necessário transcrever o caput do art. 40 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, **o local**, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (grifo nosso)

A partir da leitura desse dispositivo, é possível perceber que o legislador utiliza o termo “local”, no singular, para indicar o lugar de recebimento da documentação. Contudo, deve-se ter em mente que um texto tem, muitas vezes, seu significado atrelado a uma situação fática, ficando, assim, seu sentido atrelado a essa situação.

Dessa maneira, pode-se entender que a interpretação permite ultrapassar as barreiras da literalidade e voltar os olhos para todo o contexto, de modo a chegar a uma conclusão ampla e dinâmica, considerando todos os fatos e situações envolvidas com o tema.

Nesse contexto, o doutrinador Marçal Justen Filho comenta o caput do art. 40 da Lei 8.666/93 nos seguintes termos:

O ato convocatório deverá determinar, de modo claro e preciso, a data, o horário e local para apresentação de propostas. **Essa orientação deve ser interpretada de modo compatível com a forma de processamento da licitação.** Na forma tradicional (em que existem

envelopes contendo documentos), deverá haver indicação de **locais** físicos para o desenvolvimento das atividades da licitação. (Marçal Justen Filho, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª Edição, pág. 537, item 5) (grifo nosso)

Como se pode observar, o ilustre doutrinador adverte que o conteúdo do caput do art. 40 da Lei 8.666/93 deve ser interpretado de modo compatível com a forma de processamento da licitação. Nesse sentido, ele comenta sobre a indicação de **“locais”**, no plural, para o desenvolvimento das atividades da licitação, o que inclui a entrega da documentação. Ou seja, na visão do doutrinador, é possível a entrega da documentação em múltiplos locais.

Além disso, deve-se considerar que a entrega da documentação em múltiplos locais não acarreta qualquer prejuízo à segurança e integridade do processo competitivo, sobretudo quando se considera o que dispõem os itens 3.6.8. e 3.6.10. do “Edital Retificado 2”:

3.6.8. Os envelopes deverão ser opacos, fechados e rubricados sobre o fecho, contendo, cada envelope, em sua parte externa frontal, a seguinte identificação, conforme o caso: (...)

3.6.10. Os envelopes contendo a DOCUMENTAÇÃO e as PROPOSTAS deverão ser entregues diretamente na Superintendência de Licitação, local onde está instalada a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, localizada na Sala 13 do Anexo Administrativo Alexandre Nunes Silva, na Avenida Getúlio Vargas, nº 10 - Centro, até às 17h do dia 08 de maio de 2024. No dia 09 de maio de 2024, impreterivelmente de 08h as 09h, os envelopes também serão recebidos na sala de auditório da UAB - Universidade Aberta do Brasil, localizada na Rua Paulo Geraldo Coelho Jácome nº 262, Bairro Cidade Nova, neste Município, onde posteriormente ocorrerá a sessão pública de Abertura.

Como se pode verificar, os envelopes da proposta técnica, da proposta comercial e dos documentos de habilitação deverão ser **opacos** (que não permitem a passagem de luz), **fechados** e **rubricados sobre o fecho**. Além disso, as datas (dois dias consecutivos) e os dois locais de entrega da documentação (cerca de 2 km, conforme se pode verificar na foto a seguir) são próximos um do outro, o que reflete mera decisão gerencial da administração.

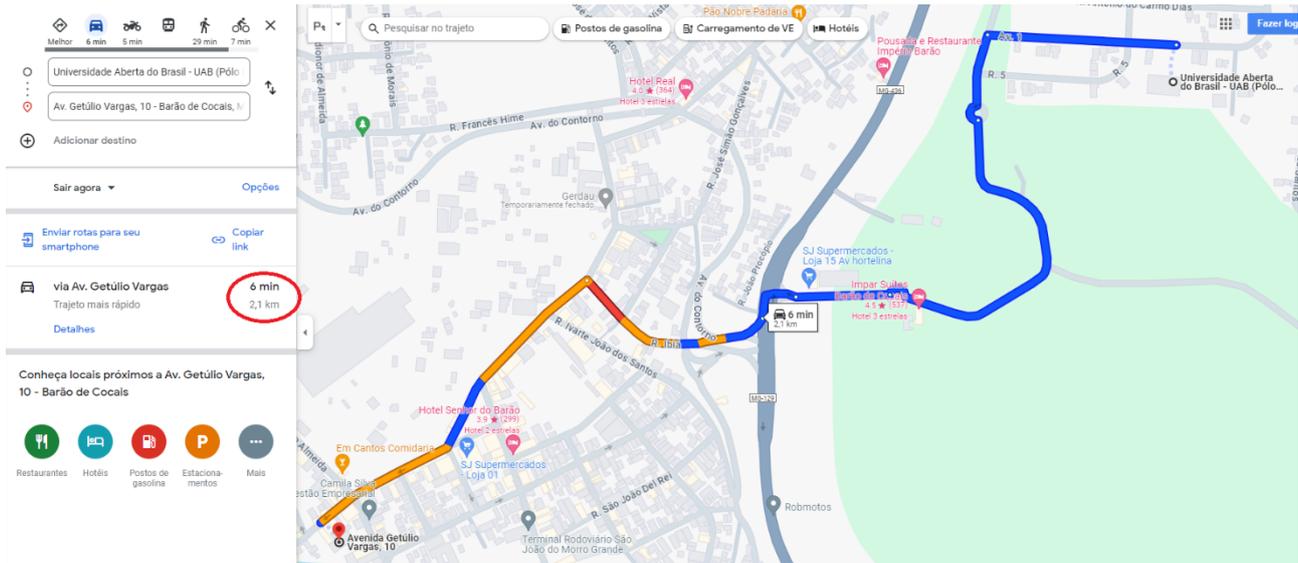


Figura 1: localização dos locais de entrega de propostas pelos licitantes

À vista de tudo isso, embora o poder concedente tenha informado que o Edital já foi retificado nesse ponto, não se verificou até o momento tal retificação, tampouco necessidade de alteração deste ponto em análise, sendo, contudo, uma decisão afeta à sua discricionariedade do município.

Por todo o exposto, esta Coordenadoria entende que não há irregularidade nesse apontamento, razão pela qual conclui-se pela **improcedência** da denúncia com relação aos múltiplos locais de entrega da documentação.

3.7 Ausência de indicação da empresa detentora do direito de receber o ressarcimento pela elaboração dos estudos que baseiam a Licitação

Denúncia:

Alega a denunciante que o Edital apenas prevê que o Poder Concedente vai indicar a empresa responsável pelo recebimento dos valores devidos a título de ressarcimento pelos estudos apresentados, informando ainda que a ausência de previsão, quando é possível fazê-lo, pode colocar sob risco o adequado pagamento por parte da Licitante vencedora, razão pela qual requer a retificação do Edital para que seja prevista a empresa responsável pelo recebimento dos valores de ressarcimento dos estudos apresentados.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que o Edital será retificado nesse ponto.

Análise Técnica:

O edital considera o seguinte pagamento a título de estudos realizados por terceiro:

3.8.5. Na formulação da PROPOSTA COMERCIAL as PROPONENTES deverão considerar ainda os seguintes fatores:

(...)

c. O pagamento do valor de R\$ 65.902,68 (sessenta e cinco mil, novecentos e dois reais e sessenta e oito centavos), a título de ressarcimento pela realização dos estudos elaborados à empresa a ser indicada pela Prefeitura Municipal de Barão de Cocais/MG

Em consulta em endereço eletrônico do certame³⁴, constata-se que foi realizado Procedimento de Manifestação de Interesse.

Embora o certame seja regido pela lei 8.666/93, a lei de concessões já previa a possibilidade de pagamento por estudos realizados por terceiros, conforme artigo seguinte:

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

Posteriormente, a lei 14.133/21 passou a admitir tais estudos na forma de PMI, ampliando sua aplicação aos contratos administrativos. No entanto, a aplicação do PMI é delimitada no âmbito de cada ente federativo:

Diferentemente de outros dispositivos da lei, que para certas circunstâncias exigiu regulamento de abrangência nacional (por exemplo, o art. 26, 2º), o regulamento do PMI não depende de ação normativa do Poder Executivo federal. Poderá ser editado via decreto estadual ou municipal. Mesmo na ausência de norma geral local, o próprio edital de chamamento poderá disciplinar o PMI. Contudo, é bom lembrar que a função do regulamento é uniformizar comportamentos dentro da administração pública, dando maior segurança jurídica para gestores e para parceiros privados; por isso, ainda que ele não seja condição necessária para a publicação de edital de chamamento público, a edição de decreto ou norma geral pelo órgão que utilizará o instrumento é uma boa prática, pois é meio adequado para que o ente aplique as ações descritas a seguir.

1) Fixar a competência para abertura, autorização e aprovação do PMI.

(...)

7) **Estabelecer as regras e parâmetros para eventual reembolso dos dispêndios realizados pelos autorizados³⁵** (negritos acrescidos)

³⁴ Vide, por exemplo: <https://www.baraodecocais.mg.gov.br/detalhe-da-materia/info/consulta-publica-para-concessao-dos-servicos-de-abastecimento-de-agua-e-esgotamento/78669>. Acesso em 02/07/2024.

³⁵ IPEA.

Pois bem, o edital de chamamento do PMI de Barão de Cocais assim especifica sobre a remuneração:

2.2 Os interessados em participar deverão protocolar, na Secretaria Municipal de Obras e Saneamento – Ac. Comissão Especial, requerimento de autorização, conforme **modelo Anexo II**, que contenha:

(...)

2.2.1 Nome completo da pessoa física ou jurídica, inscrição no Cadastro de Pessoa Física – CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ;

2.2.2 Qualificação completa que permita a identificação da pessoa física ou jurídica, conforme asrt. 5º Inc. I do Decreto Federal 8428/2015;

2.2.3 Endereço para eventual envio de notificações, informações, erratas e respostas a pedidos de esclarecimentos;

(...)

2.2.6 **Indicação do valor de ressarcimento pretendido, acompanhado de informações e parâmetros utilizados para a sua definição, observando o disposto nos itens 5.6 deste edital;**

2.2.7 Declaração de transferência à Administração Pública dos direitos associados ao estudo, caso selecionado.³⁶ (negritos acrescidos)

Portanto, a identificação do autor do estudo constará no formulário do anexo II do edital de chamamento do PMI, indicando ainda valor de ressarcimento pretendido.

Em linha com a concessão em análise, o referido edital estipula que toda a remuneração a ser feita ao autor do PMI estará a cargo do futuro concessionário de saneamento, cabendo à Comissão de licitação do PMI o escrutínio sobre o valor de ressarcimento:

5.7 O valor definido pela Comissão Especial será ressarcido exclusivamente pelo futuro contratado, desde que o estudo selecionado seja efetivamente utilizado no eventual certame. Em nenhuma hipótese será devida qualquer quantia pecuniária pelo poder público em razão da realização dos estudos.

5.8 Concluída a seleção do estudo, aquele que tiver sido selecionado terá valor apresentado para eventual ressarcimento apurado pela Comissão Especial. Caso a Comissão conclua pela não conformidade dos estudos apresentados com aqueles originalmente propostos e autorizados, ou conclua pela não conformidade dos cálculos utilizados para definição do valor de ressarcimento com o disposto no item 5.6 deste edital, deverá arbitrar o montante nominal para eventual ressarcimento com a devida fundamentação.³⁷

Nesta perspectiva, embora o edital de concessão não mencione quem seja o autor do PMI, não se verifica prejuízo à elaboração da proposta por tal desconhecimento. É que o real beneficiário não

³⁶ Edital de Chamamento Público para Procedimento de Manifestação de interesse – PMI 0001/2019. Disponível em: https://www.baraodecocais.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/EDITAL_DE_CHAMAMENTO_PUBLICO_PARA_PROCEDIMENTO_DE_MANIFESTACAO_DE_INTERESSE_PMI_0001_2019?cdLocal=2&arquivo={78BBDCAA-2A77-634E-CECA-C1A5BA888CD8}.pdf#search=pmi. Acesso em 02/07/2024.

³⁷ *Ibid.*

guarda qualquer relação com a qualidade da solução a ser proposta pelo parceiro privado, representando informação que seria fornecida posteriormente pelo Poder Concedente.

É certo que para a formulação das propostas importa o montante que será repassado ao estruturador do projeto, porquanto se trate de despesa pré-operacional da concessão, que será custeada com as receitas a serem auferidas pela exploração da atividade econômica objeto a delegação. Esses valores que serão repassados a título de indenização pelos estudos técnicos, portanto, precisam ser precificados nos estudos econômicos financeiros da concessão, o que ocorreu no caso em tela³⁸.

Não obstante, não se vislumbra irregularidade na ausência de divulgação de informação sobre o real ganhador do PMI, visto que o procedimento administrativo do PMI, em que constam todos os participantes e o resultado, deve ser disponibilizado pela prefeitura para amplo acesso público, à luz do princípio da transparência que rege toda a administração estatal³⁹. Assim, qualquer licitante interessado em saber o real beneficiário do pagamento pelo PMI teria condições de fazê-lo.

Pois bem, no caso concreto, em mera leitura do documento “PMI Barão de CocaisMG Parecer Jurídico”, disponibilizado no endereço de consulta pública da licitação, verifica-se que houve apenas uma empresa que participou do PMI⁴⁰ feito pelo município, o que permite a dedução de ser ela a ganhadora:

Em função da instauração da PMI, a empresa **PREFISAN ENGENHARIA LTDA. (“PREFISAN”)** apresentou pedido de autorização para elaboração de referidos Estudos, sendo essa concedida pelo Município de Barão de Cocais/MG, em 14 de fevereiro de 2020. (negritos acrescidos)

³⁸ Conforme anexo 07, que se refere à modelagem do fluxo de caixa da concessão.

³⁹ A título ilustrativo, a lei geral 8.666/93, que não aborda especificamente o PMI, previa, em seu art. 3º:

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

O Decreto federal, n.º 8.428/2015, que se refere ao PMI, já previa analogamente a necessária transparência ao certame feito pela União, objeto de amplo chamamento público:

Art. 3º O PMI será aberto mediante chamamento público, a ser promovido pelo órgão ou pela entidade que detenha a competência prevista no art. 2º, de ofício ou por provocação de pessoa física ou jurídica interessada.

(...)

Art. 4º O edital de chamamento público deverá, no mínimo:

(...)

III - divulgar as informações públicas disponíveis para a realização de projetos, levantamentos, investigações ou estudos; e

IV - ser objeto de ampla publicidade, por meio de publicação no Diário Oficial da União e de divulgação no sítio na internet dos órgãos e entidades a que se refere o art. 2º. (negritos acrescidos)

⁴⁰ Trata-se do Edital de Chamamento Público n.º 0001/2019, Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI.

Destaca-se, ainda, que o município informou que irá retificar este ponto no instrumento convocatório, o que pressupõe o preenchimento de eventual lacuna, facilitando a identificação do autor ganhador do PMI.

Diante do exposto, entende-se pela **improcedência** do apontamento em epígrafe.

3.8 Divulgação simultânea do julgamento das Propostas Técnica e Comercial que contraria o disposto no artigo 46, §2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/1993

Denúncia:

Alega a denunciante que não existe, na Lei 8.666/93, margem interpretativa para que haja julgamento simultâneo das Propostas Técnica e Comercial, sob pena de a nota atribuída à Proposta Técnica sofrer influência a partir do apurado na Proposta Comercial, razão pela qual requer a adequação da ordem de julgamento das Propostas.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Alega o município que não há vício no Edital nesse ponto, ressaltando que as propostas técnicas serão avaliadas inicialmente e, somente na sequência, será realizado o exame das propostas comerciais, de modo que apenas após a avaliação individualizada de cada tipo de proposta é que se fará o julgamento das propostas técnica e de preço, com a consequente divulgação dos resultados.

Análise Técnica:

Diante das alegações da denúncia e da manifestação do município, convém transcrever a parte do edital objeto deste apontamento:

5. PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

5.1. ABERTURA, EXAME E JULGAMENTO DAS PROPOSTAS TÉCNICA E COMERCIAL E DOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

5.1.1. Após o Credenciamento, a COMISSÃO, em sessão pública, receberá os envelopes de cada LICITANTE, conquanto estes tenham sido protocolados nos termos e prazos constantes do EDITAL. Nesta ocasião, os envelopes nº s.1, 2 e 3 de cada LICITANTE, serão rubricados, ainda fechados, por todos os membros da COMISSÃO e pelos representantes credenciados das empresas presentes à sessão.

(...)

5.1.2. **Em seguida, serão abertos os envelopes nº. 1, contendo a PROPOSTA TÉCNICA,** cujo conteúdo será rubricado obrigatoriamente pelos membros da COMISSÃO DE LICITAÇÃO e pelos representantes credenciados das LICITANTES presentes, sendo permitida a sua rubrica de forma alternada.

(...)

5.1.3. A verificação quanto à adequação e compatibilidade das PROPOSTAS TÉCNICAS poderá ocorrer na própria sessão ou em outra a ser realizada entre os membros da COMISSÃO DE LICITAÇÃO, de acordo com avaliação da conveniência pelo Presidente da COMISSÃO, sendo que, nesta hipótese, o resultado será adequadamente comunicado.

a. **O julgamento da PROPOSTA TÉCNICA será feito mediante critérios objetivos, conforme ANEXO 09 deste EDITAL.**

5.1.4. **Na sequência serão verificadas as PROPOSTAS COMERCIAIS das LICITANTES,** quanto à adequação e compatibilidade.

(...)

5.1.5. Depois de divulgados os resultados do julgamento simultâneo das PROPOSTAS TÉCNICAS e COMERCIAIS, será aberto o prazo recursal de 05 (cinco) dias úteis, contados da intimação do ato ou da lavratura da ata de julgamento.

5.1.7. Verificado o atendimento das exigências contidas no presente EDITAL, **a LICITANTE com a melhor Nota Final será declarada classificada,** passando-se, assim, a fase seguinte.

(...)

5.2. JULGAMENTO FINAL DAS PROPOSTAS

5.2.1. Concluída a fase recursal, o julgamento final das PROPOSTAS será efetuado mediante cálculo da pontuação final, considerando as notas da PROPOSTA COMERCIAL e da PROPOSTA TÉCNICA, que terão, respectivamente, pesos 50% (cinquenta por cento) e 50% (cinquenta por cento), 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

(grifos nossos)

A partir da leitura do instrumento convocatório, é possível perceber que somente **após** a avaliação das propostas técnicas é que será realizado o exame das propostas comerciais. Isso é verificado pela leitura consecutiva dos itens 5.1.3.a e 5.1.4., sendo possível extrair do edital que **na sequência** do julgamento da proposta técnica serão verificadas as propostas comerciais das Licitantes.

Nesse contexto, vale transcrever trechos do art. 46 da Lei 8.666/93, senão vejamos:

Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior.

§ 1o Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

(...)

§ 2o Nas licitações do tipo "técnica e preço" será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório. (grifo nosso)

Como se pode observar, o Edital atendeu às determinações da Lei 8.666/93, pois, conforme leitura consecutiva dos itens 5.1.3.a. e 5.1.4., existe previsão das propostas técnicas serem avaliadas antes das propostas comerciais, não havendo que se falar em julgamento simultâneo das propostas técnica e comercial como aduz a denúncia.

Neste sentido, a combinação do item 5.1.7 com o item 5.2.1 do edital faz cumprir a determinação contida no inciso II do §2º do art. 46 da Lei 8.666/93. Essa conclusão é percebida através da leitura do item 5.2.1, o qual demonstra como será calculada, a partir da ponderação das valorações das propostas técnicas e de preço, a Nota Final da Licitante.

Ainda nesse contexto, faz-se importante trazer a redação do art. 36, §2º da Lei 14.133/21, a qual tratou de forma mais clara sobre o procedimento que já vinha sendo adotado desde antes de sua publicação, senão vejamos:

§ 2º No julgamento por técnica e preço, **deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço** apresentadas pelos licitantes, na proporção máxima de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica. (grifo nosso)

Diante do exposto e, em razão do alinhamento do Edital com os ditames legais, esta Unidade Técnica entende pela **improcedência** deste apontamento alegado pela denunciante.

3.9 Responsabilidade por eventual indenização à COPASA alocada ao Município, com indicação da rubrica orçamentária, mas sem qualquer demonstração de disponibilidade orçamentária

Denúncia:

Sustenta o denunciante que não há qualquer comprovação de efetiva disponibilidade orçamentária, como na Lei de Diretrizes Orçamentárias, para os exercícios subsequentes, ou na Lei Orçamentária Anual para suportar eventual indenização à COPASA. Fundamenta-se na Lei de Responsabilidade Fiscal, para sustentar que há risco de intercorrências pelo exercício do direito da COPASA de se ver indenizada, impactando na continuidade da prestação do serviço e atingimento de metas contratuais, prejudicando a população.

Manifestação do Município⁴¹ (peça n. 135 do SGAP):

Alega o município que se busca resguardar à atual concessionária o direito a eventual ressarcimento por seus ativos não amortizados. No entanto, diz que tal montante ainda não é sabido e deverá ser apurado nos termos estabelecidos pela ARSAE/MG (Análise de Impacto Regulatório – ARSAE/MG – setembro de 2023) e pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA (Resolução nº 161/2023 e demais atualizações).

Cumprе ressaltar que, apurando-se a necessidade de ressarcimento à Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA), fica, desde já, estabelecido que o Município de Barão de Cocais/MG se responsabilizará por tal pagamento, de modo que as licitantes não deverão considerar este ônus em suas propostas comerciais.

⁴¹ Na manifestação do município, o apontamento é denominado “Ausência de vício quanto a responsabilidade pelo pagamento de qualquer valor de indenização à Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA)”. Embora o nome seja outro inferiu-se que se trata do mesmo apontamento ora considerado da denúncia.

Análise Técnica:

O edital assim dispõe sobre o pagamento de indenização à atual prestadora do serviço de saneamento, COPASA:

9.4.6. Fazendo-se necessário o pagamento de qualquer valor à Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA), a título de indenização, fica, desde já, estabelecido que o Município de Barão de Cocais/MG se responsabilizará por tal pagamento (se devido), de modo que as LICITANTES não deverão considerar tal situação em suas PROPOSTAS COMERCIAIS.

9.4.6.1. As despesas recorrentes da realização do pagamento que se trata a cláusula anterior, correrão por conta seguinte dotação orçamentária da Secretaria Municipal de Obras e Saneamento: 02.14.01.04.122.15.09.2126.339093

Entende-se que o município, nos termos editalícios, assume integral responsabilidade por eventuais indenizações devidas à COPASA.

Neste sentido, aduz a denúncia que a indenização deveria constar nas LOA e LDO. No entanto, deve-se perquirir, neste momento, se a indenização à COPASA já configura uma obrigação contratada com valor líquido e certo.

Para tanto, deve-se conhecer os fundamentos para a referida indenização. Em verificação do contrato da atual prestadora no endereço eletrônico da Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais (ARSAE)⁴², constata-se que há apenas um contrato com a COPASA, versando somente sobre abastecimento de água, tendo se encerrado em 2020.

Assim, depreende-se que a prestação atual da COPASA se dá em caráter precário. Nesta esteira, não havendo contrato a sustentar formalmente o atual serviço e verificando a existência de tarifa mensal para amortizar os custos do prestador na atualidade, não haveria, em uma primeira análise, indenização subjacente a sustentar a cobrança de eventuais custos não amortizados pela tarifa. Todavia, eventualmente são necessários investimentos em ativos reversíveis para se garantir a continuidade e modernidade do serviço de saneamento, conforme prevê a lei de concessões:

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido. (negritos acrescidos)

⁴² Disponível em: http://arsae-homo.prodemge.gov.br/images/documentos/barao_de_cocais.PDF. Acesso em 18/06/2024.

Nesta perspectiva, existindo algum valor residual de indenização sem definição precisa, este encargo poderia ser classificado como passivo contingente, conceituado pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN) como:

Passivo contingente é:

- a. Uma obrigação possível resultante de eventos passados e cuja existência será confirmada apenas pela ocorrência ou não de um ou mais eventos futuros incertos que não estão totalmente sob o controle da entidade; ou
- b. Uma obrigação presente resultante de eventos passados, mas que não é reconhecida porque:
 - i. É improvável uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos ou potencial de serviços seja exigida para a extinção da obrigação; ou
 - ii. Não é possível fazer uma estimativa confiável do valor da obrigação.⁴³

A indenização à COPASA tem seu valor dependente da amortização dos ativos existentes para o atual prestador, amortização que se presume concorrer constante e gradualmente pela atual cobrança de tarifas no município, em linha com o instituto de concessão. Na hipótese de haver investimentos não amortizados, seria necessário o pagamento de toda indenização de uma vez apenas no caso de término do vínculo entre o município e o atual prestador, o que ainda não ocorreu no presente.

Assim, havendo incerteza na perspectiva de saída de recursos quanto à indenização no caso concreto, bem como com relação à exatidão de seu valor, compreende-se que a manifestação do município amolda a indenização a uma obrigação de caráter **eventual**, cujo valor indenizatório será apurado pela ARSAE, com base na resolução n. 161/2023 da ANA.

Por ser a indenização um encargo com certo grau de incerteza quanto à sua efetivação, a depender do término da atual prestação do serviço pela Copasa, concomitantemente à transição para um novo operador (seja o próprio município ou uma nova concessionária), requer acompanhamento de tal risco pelo município no âmbito de suas leis orçamentárias:

No ciclo do projeto de PPP, portanto, a avaliação dos passivos contingentes não é feita apenas quando de sua celebração, para a previsão nas leis orçamentárias imediatas. É certo que, anualmente, por ocasião da edição da LDO e da LOA, e quadrienalmente, para o PPA, o Poder Público deve reavaliar as PPPs em curso para aferir a eventual incidência de novas contingências ou, ainda, se determinado passivo contingente se tornou provisão ou mesmo obrigação direta.

(...)

⁴³ STN. Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP), publicado pela MCASP, 2023, 10a Edição. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::::9:P9_ID_PUBLICACAO:48458. Acesso em 14/06/2024.

É possível cogitar, portanto, de que, a cada marco temporal para a realização de novo orçamento, o produto deste diálogo constante entre os atores envolvidos na gestão do contrato fosse também submetido à detida apreciação do Legislativo pelo Poder Executivo (gestor da PPP), para a complementação do processo de interação, monitoramento e diálogo, para que o processo de elaboração das leis orçamentárias, refletindo passivos, provisões e contingências relacionadas às PPPs, se torne cada vez mais participativo e transparente.⁴⁴

Neste sentido, a lei de responsabilidade fiscal considera que cabe à LDO o anexo de Riscos Fiscais:

§3º A lei de diretrizes orçamentárias conterá Anexo de Riscos Fiscais, onde serão **avaliados os passivos contingentes e outros riscos capazes de afetar as contas públicas**, informando as providências a serem tomadas, caso se concretizem.⁴⁵ (negritos acrescidos)

O Manual de Demonstrativos Fiscais⁴⁶ assim aborda a consideração de passivos contingentes pelo anexo de riscos da LDO:

Sob o ponto de vista fiscal, as obrigações explícitas contingentes (ou passivos contingentes) decorrem de compromissos firmados pelo Governo em função de lei ou contrato e que dependem da ocorrência de um ou mais eventos futuros para gerar compromissos de pagamento. Tais eventos futuros não estão totalmente sob o controle da entidade, e podem ou não ocorrer. Como a probabilidade de ocorrência do evento e a magnitude da despesa resultante dependem de condições externas, a estimativa desses passivos é, muitas vezes, difícil e imprecisa. **No entanto, o Anexo de Riscos Fiscais deve espelhar a situação da forma mais fiel possível.** (negritos acrescidos)

Quanto à lei orçamentária anual (LOA), esta deve prever a reserva de contingência para tal fim:

Art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

(...)

III - conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:

(...)

b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.⁴⁷

É com base na reserva de contingência que são abertos os créditos adicionais para as despesas relacionadas aos passivos contingentes:

⁴⁴ COHEN, Isadora Chansky; SANTANA, Luísa Almeida Dubourcq; RIOS, Jéssica Loyola Caetano; CADEDO, Matheus Silva. PASSIVOS CONTINGENTES EM PROJETOS DE CONCESSÃO E PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA: uma análise do contexto e impacto dos passivos nas concessões e ppps e sua relação com as contratações públicas tradicionais. Uma análise do contexto e impacto dos passivos nas concessões e PPPs e sua relação com as contratações públicas tradicionais. [2021]. Disponível em: <https://publications.iadb.org/pt/passivos-contingentes-em-projetos-de-concessao-e-parceria-publico-privada-uma-analise-do-contexto-e>. Acesso em: 14 jun. 2024.

⁴⁵ Lei Complementar nº 101 de 2000.

⁴⁶ BRASIL. Secretaria do Tesouro Nacional. Ministério da Fazenda. Manual de Demonstrativos Fiscais: mdf. 14. ed. Brasília: Secretaria do Tesouro Nacional, 2023. 624 p. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/cosis/manuais/_pdf/327/MDF%20%20MDF%2014%20edicao%20%20v3.pdf. Acesso em: 28 jun. 2024.

⁴⁷ Lei Complementar nº 101 de 2000.

A reserva de contingência destinada ao atendimento de passivos contingentes e outros riscos, bem como eventos fiscais imprevistos, poderá ser utilizada para abertura de créditos adicionais, visto que não há execução direta da reserva.⁴⁸ (negritos acrescidos)

Pois bem, a LDO do município aloca especificamente 1% de rubrica orçamentária para a reserva de contingência⁴⁹:

Art. 16. A Lei Orçamentária Anual conterá dotação para reserva de contingência, no valor de até 1,00% (um inteiro por cento) da Despesa Consolidada Fixada, a ser utilizada para atender passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos ou como fonte de recursos para abertura de créditos adicionais observados o disposto nos artigos 40 e seguintes da Lei Federal n° 4.320, de 1964 e suas alterações, e no artigo 8° da Portaria Interministerial STN/SOF n° 163, 2001 e suas alterações.⁵⁰

Em análise da LOA de 2024 de Barão de Cocais, verifica-se o valor de 6 milhões de reais, enquanto o anexo de riscos fiscais da LDO considera valor menor para o pagamento de ações judiciais, 300 mil reais:

Tabela 1: anexo de riscos fiscais relativo a Barão de Cocais, mostrando passivos contingentes de apenas 300 mil reais

Município: 3105400 - Barão de Cocais
Histórico das Remessas: 24/07/2024

Exercício: 2024
Data e Hora de Geração do Relatório: 25/07/2024 14:11:20

Anexo de Riscos Fiscais
Riscos Fiscais e Providências

Art. 4º, § 3º da LRF

PASSIVOS CONTINGENTES		PROVIDÊNCIAS	
Descrição	Valor	Descrição	Valor
1 - Demandas Judiciais	300.000,00	1 - PAGAMENTO DE SENTENÇAS JUDICIAIS	300.000,00
Subtotal(A)	300.000,00		300.000,00
DEMAIS RISCOS FISCAIS PASSIVOS		PROVIDÊNCIAS	
Descrição	Valor	Descrição	Valor
7 - Frustração de Arrecadação	500.000,00	1 - COMPENSAR EM ALGUMAS DESPESAS PARA O EQUILIBRIO FINANCEIRO E ORÇAMENTÁRIO.	500.000,00
Subtotal(B)	500.000,00		500.000,00
Total Geral (A + B)	800.000,00		800.000,00

⁴⁸ STN. Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP), publicado pela MCASP, 2023, 10a Edição. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:48458. Acesso em 14/06/2024.

⁴⁹ Percentual similar ao de outros entes da federação, como o Estado de Minas Gerais.

⁵⁰ LEI N° 2.071, DE 28 DE JUNHO DE 2023. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a2/mg/b/barao-de-cocais/lei-ordinaria/2023/208/2071/lei-ordinaria-n-2071-2023-estabelece-as-diretrizes-a-serem-observadas-na-elaboracao-da-lei-orcamentaria-do-municipio-de-barao-de-cocais-para-o-exercicio-de-2024-e-da-outras-providencias?q=quadro+I>. Acesso em 18/06/2024.

Neste sentido, não se vislumbra, *a priori*, erro do ponto de vista de ausência de recursos orçamentários para eventual indenização, visto que há valor suficiente na conta contingência para aqueles do anexo de risco.

Certo ressaltar que, frente à imprecisão de não se saber o valor exato da indenização no momento de aprovação das leis orçamentárias, é possível que, em momento ulterior, quando se tiver o exato conhecimento do valor deste encargo, sejam, por exemplo, abertos créditos orçamentários adicionais, desde que haja a previsão de tal indenização nos passivos contingentes⁵¹.

Tal abertura é de importância para os municípios, em virtude da carência de recursos do executivo:

Nesse cenário, da receita municipal estimada devem ser destinados para a educação, no mínimo, 25% (vinte e cinco por cento), para a saúde, no mínimo, 15% (quinze por cento), para a folha de pagamento, no máximo, 60% (sessenta por cento), o que evidencia a pouca flexibilidade do gestor municipal para planejar investimentos na cidade e para manter a estrutura municipal funcionando adequadamente.

Lado outro, as fontes das receitas municipais decorre, basicamente, da arrecadação dos próprios tributos, da cobrança de preços públicos, de transferências obrigatórias e de transferências voluntárias.

A verdade é que boa parte dos Municípios brasileiros não sobrevivem tão somente da arrecadação dos próprios tributos e da cobrança de preços públicos e, dessa forma, dependem das transferências de recursos dos respectivos Estados e da União.⁵²

É que o orçamento municipal não é uma peça estática, que deve prever com exatidão na LOA todas as despesas:

O certo seria trabalhar sem créditos adicionais, sejam suplementares, especiais ou extraordinários, mas, para tanto, a projeção orçamentária de receitas e despesas contidas no projeto da LOA teria que ser realizada com total exatidão, o que é praticamente impossível, notadamente, no âmbito municipal considerando a dependência das transferências obrigatórias, cujo repasse poderá sofrer redução caso as receitas estaduais e federais não se realizem, e voluntárias, cujo repasse pode sofrer contingenciamento.⁵³

Para tanto, são previstos na lei 4.320/64 os créditos adicionais, que se dividem em três tipos:

- Extraordinários: para despesas imprevisíveis e urgentes;
- Especiais: para despesas desprovidas de dotação orçamentária específica;

⁵¹ Neste sentido, destaca-se, a título ilustrativo, consulta sob processo n.º CON-06/00019250 feita no TCE-SC que considera a necessidade da reserva de contingência se vincular, para fins de passivo contingente, àqueles previstos originalmente em lei orçamentária.

⁵² Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/87665/a-legislacao-orcamentaria-e-a-suplementacao-orcamentaria-no-ambito-municipal>. Acesso em 18/06/2024.

⁵³ *Ibid.*

- Suplementares: para reforço de dotação orçamentária existente.

Sobre o conhecimento do valor da indenização a se pagar à atual prestadora, a ARSAE editou a Resolução n.º 191 em 20/03/2024, que aborda a indenização por ativos reversíveis não amortizados. Essa resolução prevê que cabe à ARSAE comunicar ao município rotineiramente o valor referente aos ativos reversíveis não amortizados até 31 de dezembro do exercício anterior:

CAPÍTULO VII - DA ENTREGA DE INFORMAÇÕES ANUAIS AOS MUNICÍPIOS E AOS PRESTADORES DE SERVIÇOS

Art. 20. Após o prazo de entrega das informações a que se refere o § 1º do art. 19, a **Arsae-MG calculará e enviará aos Municípios e aos prestadores dos serviços um valor prévio referente aos investimentos em bens reversíveis não amortizados até 31 de dezembro do exercício anterior, atualizado pela inflação até a referida data.**

§ 1º Dado o caráter prévio e rotineiro do valor informado nesta etapa, o seu cálculo não contemplará:

I - Os acréscimos e deduções previstos no art. 18;

II - A análise do cumprimento das condições específicas necessárias para que as obras em andamento, os adiantamentos, os ativos inoperantes e os ativos com capacidade ociosa sejam indenizáveis;

III - A análise do cumprimento das condições para que os investimentos não previstos no contrato ou realizados após o fim do prazo contratual sejam indenizáveis.
(negritos acrescidos)

Todavia, o normativo da agência não estabelece prazo para esta comunicação, limitando-se a estipular a data de envio pela prestadora do serviço em 30 de abril de cada ano⁵⁴. Neste caso, embora a indenização à atual prestadora se refira a uma responsabilidade assumida pelo município, sem impacto na contratação deste edital, necessário que se intime o município sobre a existência de comunicação da ARSAE quanto ao valor indenizatório a ser devido à atual concessionária.

Ressalva-se que, caso a ARSAE ainda não tenha informado ao município eventual valor devido nos termos da nova Resolução n.º 191/2024, mesmo assim o município teria sido comunicado anteriormente pela COPASA sobre o valor de indenização de seus ativos reversíveis não amortizados, já que, antes desta resolução, estava em vigência outra resolução, n.º 72/2015, que assim previa:

Art. 1º A COPASA deverá informar aos entes concedentes, em até 60 (sessenta) dias após a publicação de suas demonstrações financeiras anuais, o valor presente na data do Balanço da indenização a ser paga pelo Município à Concessionária ao término do contrato, caso a concessão não seja renovada, acrescido da correção monetária pelo IPCA - Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo até a data-base da informação.

⁵⁴ § 1º O prestador dos serviços deverá encaminhar à Arsae-MG as informações anuais elencadas nos incisos deste artigo, referentes ao fechamento do exercício anterior, até o dia 30 de abril de cada ano ou no próximo dia útil.

Logo, o município teria conhecimento da existência ou não de algum valor a se indenizar o atual prestador e, caso discorde do valor apresentado pelo prestador, deveria considerar meios de arcar com aquela porção incontroversa para pagamento, avaliando, inclusive, sua consideração nas leis orçamentárias vigentes à época do pagamento.

Apesar da existência de anexo de riscos na LDO com valor inferior ao da reserva de contingência na LOA, é possível que o município não tenha considerado tal indenização à COPASA como passivo contingente na LDO, em linha com o previsto no edital, que aduz dúvida sobre a existência ou não de algum valor a se pagar:

9.4.6. Fazendo-se necessário o pagamento de qualquer valor à Companhia de Saneamento de Minas Gerais (COPASA), a título de indenização, fica, desde já, estabelecido que o Município de Barão de Cocais/MG se responsabilizará por tal pagamento (se devido), de modo que as LICITANTES não deverão considerar tal situação em suas PROPOSTAS COMERCIAIS.

Trata-se de fato que não afeta o contrato da nova concessão em análise, sobretudo porque o pagamento dessa indenização não está sendo endereçado à nova concessionária, não obstante a nova contratação.

Reforça-se que o cálculo indenizatório à COPASA deve observar os termos estabelecidos pela ARASAE e pela ANA, conforme previsão da última versão do edital:

8.6.2. Resguarda-se a atual concessionária o direito ao eventual ressarcimento por seus ativos não amortizados ao longo da vigência do contrato, se for pertinente, nos termos estabelecidos pela ARSAE/MG⁵⁵ e pela ANA⁵⁶, encargo que deverá ser suportado pela Administração Pública.

Quanto à prévia disponibilidade de recursos orçamentários, entende-se, tendo em vista a ausência de valor arbitrado para o pagamento e sendo uma despesa ainda incerta, que, ou o município alocou valor na forma de passivo contingente, no caso de uma obrigação possível⁵⁷, ou não o considerou na lei orçamentária por não enxergar tal risco materializável no horizonte orçamentário.

⁵⁵ Análise de Impacto Regulatório – ARSAE/MG – Setembro de 2023.

⁵⁶ Resolução nº 161/2023 – ANA.

⁵⁷ ou “Uma obrigação presente resultante de eventos passados, mas que não é reconhecida porque:

i. É improvável uma saída de recursos que incorporam benefícios econômicos ou potencial de serviços seja exigida para a extinção da obrigação; ou

ii. Não é possível fazer uma estimativa confiável do valor da obrigação.” (STN. Manual de Contabilidade Aplicada ao Setor Público (MCASP), publicado pela MCASP, 2023, 10a Edição. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:48458. Acesso em 14/06/2024.)

Constata-se que, sob a ótica orçamentária, não há impedimento à contratação em análise. Assim, entende-se pela **improcedência** do apontamento em epígrafe, em face da ausência de irregularidade que tenha o potencial de macular o presente certame.

3.10 Ausência de previsão acerca da ordem de preferência, em caso de divergências, entre os esclarecimentos prestados pelo Poder Concedente no âmbito da Licitação e os demais documentos dela constantes

Denúncia:

Alega a denunciante que a Minuta do Contrato é omissa com relação à posição dos esclarecimentos prestados pelo Poder Concedente no âmbito do certame, colocando em considerável dúvida a prevalência de informações conflitantes entre si para a formação do preço, razão pela qual sustenta ser necessário estabelecer a posição do Caderno de Perguntas e Respostas em relação aos demais documentos constantes do procedimento licitatório.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que o Edital será retificado nesse ponto.

Análise Técnica:

O denunciante insurge contra a ausência de definição quanto à ordem de prevalência dos esclarecimentos prestados pelo município a partir de solicitações dos licitantes, em virtude dos outros documentos que compõem o instrumento convocatório.

Pois bem, o edital, assim estabelece sobre os esclarecimentos:

2.2. ESCLARECIMENTOS SOBRE O EDITAL

2.2.1. Até 05 (cinco) dias antes da data de entrega da DOCUMENTAÇÃO, os PROPONENTES poderão requerer esclarecimentos sobre o EDITAL e seus anexos, sempre endereçados ao presidente da COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, mediante comunicação escrita, que deverá ser protocolada, pessoal e diretamente no Superintendência de Licitação, localizado na sala 13 do Anexo Administrativo Alexandre Nunes da Silva à Av. Getúlio Vargas, nº 10, Centro - Barão de Cocais, ou enviada por e-mail, no endereço eletrônico: concessao.licitacao@baraodecocais.mg.gov.br.

a. No pedido de esclarecimento deverá constar, os dados cadastrais da empresa solicitante e de seu representante legal, e, no caso de pessoa física, o nome completo e o número do CPF, além do telefone e e-mail para contato.

2.2.2.A COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO responderá, por escrito, os esclarecimentos solicitados, a todas as PROPONENTES, até 3 (três) dias antes da data de entrega da DOCUMENTAÇÃO.

Não se verifica, porém, incorporação dos esclarecimentos no bojo da documentação licitatória. No entanto, esclarecimentos são, *per si*, vinculantes quanto às informações que trazem relativas à interpretação do instrumento convocatório:

Os esclarecimentos prestados pela Administração ao longo do certame licitatório possuem **natureza vinculante**, não sendo possível admitir, quando da análise das propostas, interpretação distinta, sob pena de violação ao instrumento convocatório.⁵⁸ (negritos acrescidos)

Como o município afirma que o regramento editalício sobre esclarecimentos será retificado, subentende-se que estará ainda mais clara a vinculação dos esclarecimentos quanto ao conteúdo do edital, resultando em maior segurança jurídica à contratação.

Logo, conclui-se pela **improcedência** deste apontamento, visto que não subsiste irregularidade quanto ao impacto dos esclarecimentos sobre os termos editalícios.

3.11 Inclusão genérica de serviços de interesse geral ou social que potencialmente possam ser atribuídos à Concessionária, sem a garantia do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, prejudicando – considerada a incerteza – a precificação da Proposta Comercial

Denúncia:

Alega a denunciante que a Minuta do Contrato autoriza de forma genérica a inclusão de serviços de interesse geral ou social por meio da cláusula 7.2, o que poderia permitir o favorecimento de um ou outro Licitante, haja vista que, tão logo o Contrato fosse assinado, seria possível a inclusão de serviços que impactassem positivamente a receita da Concessionária e aumentassem a Taxa Interna de Retorno do projeto, razão pela qual requer que a Minuta do Contrato preveja os serviços, ainda que de forma exemplificativa, que poderiam ser incluídos no escopo da futura Concessionária.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que esse item será excluído do Edital.

Análise Técnica:

De início, destaca-se que a cláusula 7.2 do contrato assim dispõe:

⁵⁸ Acórdão 179/2021-TCU-Plenário

7.2. O CONCEDENTE poderá solicitar à CONCESSIONÁRIA, a ser formalizada em termo aditivo e obedecida a legislação vigente, a prestação de serviços de interesse geral ou social relacionados com a sua atividade. Essas demandas poderão ocorrer em caráter transitório ou vinculadas ao prazo de duração do presente instrumento.

Contratos de concessão, por serem de longo prazo e versando sobre objetos muitas vezes complexos, são por natureza contratos incompletos:

... segundo a teoria dos contratos incompletos, em contratos de longa duração ou de execução diferida, não se pode prever, *ex ante*, todas as contingências possíveis de materialização e suas respectivas consequências para as partes contratuais de forma exaustiva sob pena de se inviabilizar a contratação ou de se obter um resultado ineficiente. Assim, nenhum contrato complexo e de longa duração está isento de custos de transação *ex ante* e *ex post*.

A compreensão da incompletude contratual não afasta a necessidade de elaboração prévia de matriz de riscos e da previsão no instrumento contratual de mecanismos de integração de lacunas *ex post*. Pelo contrário, a partilha prévia dos riscos constitui elemento de estabilidade e de previsibilidade da relação negocial, enquanto mecanismos de integração *ex post* de lacunas¹⁰⁵ asseguram a flexibilidade e a adaptabilidade requerida frente às contingências possíveis de materialização durante a execução contratual.

A alocação de riscos em contratos incompletos pode fazer uso, portanto, dessas duas técnicas de regulação e gestão de riscos: alocação prévia (matriz de riscos) e alocação superveniente (diferimento de determinados riscos ou obrigações para futura integração).⁵⁹

Em linha com a citada doutrina, destaca-se, de um lado, que o contrato em análise apresenta matriz de riscos⁶⁰, alocando riscos de engenharia e projeto e ao parceiro privado, seja por custos supervenientes adicionais aos previstos ou estimativas incorretas no âmbito dos estudos referenciais. Há, portanto, mecanismo de estabilidade e previsibilidade sobre os encargos pactuados.

Por outro lado, a presença da impugnada cláusula 7.2⁶¹ na minuta contratual importa mecanismo para preencher lacunas inerentes a contratos de concessão a ser exercido pelo Poder Concedente, por meio de alteração de encargos a serem exercidos pelo parceiro privado ao longo da execução contratual. Trata-se de mecanismo de alteração contratual que, se exercido por meio de metodologia robusta de análise de viabilidade e precificação, pode representar ganhos para o município na associação de serviços complementares a preços módicos ao longo dos vários anos de execução contratual.

É que a presença de um prestador já mobilizado no município prestando um serviço de ampla capilaridade e por longo prazo implica economias de escala e de escopo que podem resultar em benefícios ao cidadão, por meio, por exemplo, da oferta de novos serviços acessórios a preços mais módicos que poderão surgir ao longo da vigência contratual.

⁵⁹ <https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/view/153/114>

⁶⁰ Anexo do edital intitulado “08_ANEXO_MATRIZ_RISCO_15_MAR_2024”.

⁶¹ 7.2. O CONCEDENTE poderá solicitar à CONCESSIONÁRIA, a ser formalizada em termo aditivo e obedecida a legislação vigente, a prestação de serviços de interesse geral ou social relacionados com a sua atividade. Essas demandas poderão ocorrer em caráter transitório ou vinculadas ao prazo de duração do presente instrumento

Ressalta-se, contudo, que eventual aditivo contratual que enseje a necessidade de reequilíbrio do contrato deverá ser precedido de critérios de governança mínima, a fim de se evitarem contratações desvantajosas ao Poder Público ou que não sejam acompanhadas de cuidado específico quanto à capacidade de desempenho do atual concessionário, tais como:

- (i) Avaliação e comprovação da vantajosidade e da sua celebração face à alternativa de realizar nova licitação;
- (ii) O contratado deverá demonstrar previamente à celebração de qualquer aditivo o atendimento aos requisitos de qualificação técnica e econômica para a realização de eventuais investimentos previstos em aditivo contratual;
- (iii) A celebração desses aditivos deve estar condicionada à comprovação da prestação adequada dos serviços públicos pela concessionária;

Diante do exposto, conclui-se pela **improcedência** deste apontamento, dada a natureza específica das concessões, caracterizada por intrínseca mutabilidade.

3.12 Divergência sobre as regras de integralização do Capital Social da Concessionária entre o item 12.5. da Minuta de Contrato e os itens 8.1.5. e seguintes do Edital

Denúncia:

Insurge a denunciante contra divergência entre o item 12.5. da Minuta do Contrato e os itens 8.1.5. e seguintes do Edital, os quais tratam sobre as regras de integralização do Capital Social da futura Concessionária, razão pela qual requer a retificação e republicação do instrumento convocatório, haja vista que tal divergência resulta em impacto na formação da Proposta.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que a Minuta do Contrato será retificada nesse ponto, mantendo-se a disposição posta inicialmente no Edital.

Análise Técnica:

Sobre o capital social, prevê o edital:

8.1.5.O Capital Social subscrito e integralizado da SPE deverá ser igual a, no mínimo, 15% (quinze por cento) do valor do investimento a serem realizados nos 15 (quinze) primeiros anos deste Contrato, sendo que:

8.1.5.1. Na presente data, a SPE deverá comprovar a integralização de, pelo menos, 30% (trinta por cento) do Capital Social Mínimo.

8.1.5.2. Até o término do 2º (segundo) ano deste Contrato, a SPE deverá comprovar a integralização de, pelo menos, mais 20% (vinte por cento) do Capital Social Mínimo.

8.1.5.3. Os 50% (cinquenta por cento) restantes do Capital Social Mínimo poderão ser integralizados pela SPE ao longo dos demais anos, porém nunca após o 5º (quinto) ano deste Contrato, e desde que a SPE comprove, anualmente, a integralização de pelo menos mais 10% (dez por cento) do Capital Social Mínimo.

8.1.6. Assim que a SPE concluir o ciclo de investimentos previstos para os primeiros 15 (quinze) anos do Contrato e atingir as metas de universalização previstas para esse período neste Contrato e em seus Anexos, a SPE poderá reduzir o seu Capital Social Mínimo até o patamar de 5% (cinco) por cento do valor dos investimentos a serem realizados nos 15 (dez) primeiros anos do Contrato, desde que previamente autorizados pelo PODER CONCEDENTE.

A denúncia aponta que tal cláusula contrasta com o seguinte item da minuta contratual:

12.5. O Capital Social subscrito e integralizado da SPE deverá ser igual a, no mínimo, 15% (quinze por cento) do valor do investimento a ser realizado no exercício, tal como estabelecido no Plano de Negócios por ela apresentado.

Da leitura da cláusula 12.5, percebe-se que se trata de mero limite inferior para cada ano da execução contratual, estipulação para que o capital social em cada exercício seja igual ao investimento realizado naquele respectivo lapso.

Por outro lado, o item editalício 8.1.5 se refere a outro montante de investimento (previsto para o ciclo de investimentos dos 15 primeiros anos do contrato) a afetar o capital social dos anos 1 a 5 do contrato. A citada cláusula também considera a redução do capital social após se passar o ciclo de investimento, quando se permite um capital social equivalente a 5% do investimento atinente aos 15 primeiros anos do contrato. Neste caso, poderia haver algum risco do valor residual de 5% (item 8.1.5 do edital) ser inferior ao valor de 15% do investimento de cada exercício (item 12.5 do contrato).

A fim de se verificar a ocorrência de tal contraste, analisaram-se os investimentos previstos ao longo de todo o contrato pelo Plano de Negócios Referencial:

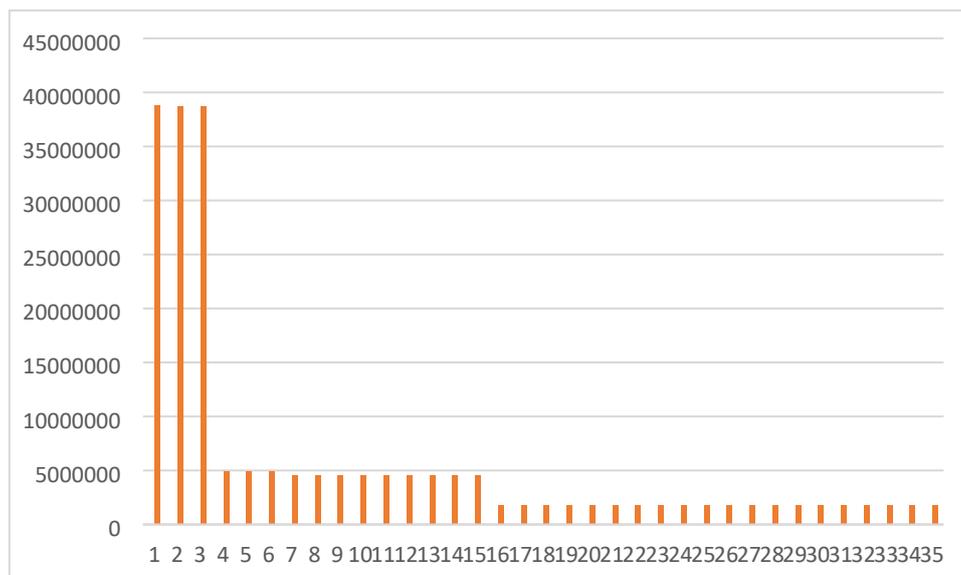


Figura 2: previsão de CAPEX ao longo de cada ano da execução contratual

Em simulação sobre os valores do capital social segundo cada ano da execução contratual, constatou-se que o valor exigido pela cláusula editalícia 8.1.5 (penúltima coluna da tabela seguinte) é sempre superior àquele da cláusula 12.5 do contrato (última coluna da tabela seguinte)⁶²:

⁶² Os valores da coluna “Investimento previsto” da simulação são oriundos da tabela 34, linha intitulada “Investimento”, do documento Plano de Negócios Referencial, p. 46 a 49.

Ano	Investimento previsto	Capital social	
		Item 8.1.5 do edital	Item 12.5 do contrato
1	R\$38.794.239,83	R\$51.646.736,53	R\$5.819.135,97
2	R\$38.728.337,15	R\$86.077.894,22	R\$5.809.250,57
3	R\$38.728.337,15	R\$103.293.473,06	R\$5.809.250,57
4	R\$4.957.533,48	R\$120.509.051,90	R\$743.630,02
5	R\$4.957.533,48	R\$172.155.788,43	R\$743.630,02
6	R\$4.957.533,48	R\$172.155.788,43	R\$743.630,02
7	R\$4.559.141,54	R\$172.155.788,43	R\$683.871,23
8	R\$4.559.141,54	R\$172.155.788,43	R\$683.871,23
9	R\$4.559.141,54	R\$172.155.788,43	R\$683.871,23
10	R\$4.559.141,54	R\$172.155.788,43	R\$683.871,23
11	R\$4.559.141,54	R\$172.155.788,43	R\$683.871,23
12	R\$4.559.141,54	R\$172.155.788,43	R\$683.871,23
13	R\$4.559.141,54	R\$172.155.788,43	R\$683.871,23
14	R\$4.559.141,54	R\$172.155.788,43	R\$683.871,23
15	R\$4.559.141,54	R\$172.155.788,43	R\$683.871,23
16	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
17	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
18	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
19	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
20	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
21	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
22	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
23	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
24	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
25	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
26	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
27	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
28	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
29	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
30	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
31	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
32	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
33	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
34	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26
35	R\$1.813.301,71	R\$8.607.789,42	R\$271.995,26

Figura 3: simulação de capital social segundo cláusula editalícia (8.1.5⁶³) e do contrato (12.5⁶⁴)

Tal fato revela que a cláusula 12.5 da minuta contratual é inócua, não afetando o capital social do plano de negócio de referência. A prevalência do item 8.1.5 do edital sobre o item contratual (12.5) se deve ao fato do investimento previsto no ciclo dos 15 primeiros anos do contrato ser de ordem muito superior àquele investimento previsto em cada ano da execução contratual. Para tanto, basta ver que o investimento dos 15 anos iniciais remonta a R\$ 172.155.788,00, contra um valor para todo

⁶³ “8.1.5.O Capital Social subscrito e integralizado da SPE deverá ser igual a, no mínimo, 15% (quinze por cento) do valor do investimento a serem realizados nos 15 (quinze) primeiros anos deste Contrato...”

⁶⁴ “12.5. O Capital Social subscrito e integralizado da SPE deverá ser igual a, no mínimo, 15% (quinze por cento) do valor do investimento a ser realizado no exercício, tal como estabelecido no Plano de Negócios por ela apresentado.”

o contrato de R\$ 208.421.822,00 em investimentos, concentrando naquele primeiro ciclo quinzenal cerca de 83% do total de investimentos a se contratar⁶⁵.

Não há, portanto, irregularidade no caso em tela, embora haja, de fato, uma inconsistência entre as cláusulas. Tal inconsistência, contudo, não tem o condão de macular o certame.

Não afetando o empreendimento modelado, a opção do município por retificar tal cláusula tem o condão de eliminar item que não afeta o empreendimento, resultando em maior segurança jurídica à contratação.

Logo, conclui-se pela **improcedência** deste apontamento, visto que a presença de cláusulas diferentes não resultam em prejuízos concretos à elaboração das propostas pelos licitantes.

3.13 Ausência de previsão do percentual de compartilhamento das Receitas Extraordinárias

Denúncia:

Alega a denunciante que o item 18.3 da Minuta do Contrato é omissivo com relação ao percentual de compartilhamento das Receitas Extraordinárias, razão pela qual requer, com base na Lei do Saneamento Básico, que seja previsto percentual de compartilhamento, com o Poder Concedente, das receitas extraordinárias potencialmente a serem auferidas pela futura Concessionária.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que o Edital será retificado nesse ponto.

Análise Técnica:

No caso do saneamento, importante destacar que a lei setorial⁶⁶, por meio do art. 10-A, II, também possibilita o compartilhamento das receitas acessórias entre o privado e o poder concedente. Basicamente, diz a lei que os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter as possíveis receitas alternativas, complementares ou acessórias, com

⁶⁵ Tal concentração de investimentos é visível, inclusive, na Figura 2.

⁶⁶ Lei 11.445/07

possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o Poder Concedente e a Concessionária, senão vejamos:

Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições:

(...)

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável;

Como se pode observar, a legislação **permite** o compartilhamento de percentual das Receitas Extraordinárias, **mas não o obriga**. O item 18.3 da Minuta do Contrato não estabelece compartilhamento de receitas extraordinárias:

18.3. Além da TARIFA cobrada em face da prestação do SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO e dos SERVIÇOS COMPLEMENTARES, a CONCESSIONÁRIA poderá, mediante prévia aprovação do CONCEDENTE, auferir RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS, oriundas da exploração direta ou indireta de fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e/ou de projetos associados ao objeto, desde que a execução dessas atividades não acarrete deficiência na normal prestação dos SERVIÇOS, nem ultrapasse o prazo da CONCESSÃO, observado o disposto no art. 11 da Lei Federal nº. 8.987/1995.

18.3.1. Para fins de alcance da modicidade tarifária, os resultados líquidos obtidos com as RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS serão considerados para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

Há que se considerar, contudo, que, embora o compartilhamento de percentual da receita acessória não seja obrigatório, sua consideração no equilíbrio econômico financeiro do contrato e seu direcionamento visando favorecer a modicidade tarifária o é.

Foi considerando a possibilidade de geração desses benefícios que o legislador ordinário fez constar, na Lei Geral de Concessões (Lei n. 8.987/95)⁶⁷, a faculdade⁶⁸ de o poder concedente prever, em favor da concessionária, a possibilidade de obter fontes outras de receita, nos seguintes termos:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (Destques acrescidos).

A matéria é ainda tratada no artigo 18, inciso VI, da mencionada legislação, que dispõe o seguinte:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

[...] VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

Pondera-se, contudo, que a Lei n. 8.987/95 pouco disciplina o tema, deixando a cargo do contrato firmado entre as partes, por meio do qual o poder concedente poderá prever a possibilidade de a concessionária explorar fontes acessórias de receitas e, se for o caso, detalhar a matéria, explicitando as fontes de receitas não tarifárias consideradas na modelagem econômico-financeira do empreendimento.

Ao fazer uma leitura atenta do item 18.3 da Minuta do Contrato, percebe-se que, de fato, não existe qualquer detalhamento sobre a destinação das Receitas Extraordinárias à modicidade tarifária ou seu compartilhamento com o Poder Concedente, limitando a sub-cláusula 18.3.1 do contrato a versar

⁶⁷ Na mesma direção, a Lei n. 12.587/2012, que institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana, editada posteriormente à celebração dos contratos ora em análise, estabelece, em seu artigo 10, inciso V, que, na contratação dos serviços de transporte público coletivo, devem ser identificadas eventuais fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, bem como da parcela destinada à modicidade tarifária.

⁶⁸ Segundo Marçal, a expressão “poderá” constante do artigo 11 da Lei n. 8.987/95 deve ser lida em termos, já que a Administração Pública tem o dever de aproveitar todas as oportunidades para benefício da comunidade. (Justen Filho, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 372).

genericamente sobre a sua consideração para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tal disposição apenas repete o parágrafo único do supracitado artigo da lei de concessões.

Do dispositivo legal, constata-se a necessidade de que as receitas extraordinárias se revertam à modicidade tarifária do contrato.

As receitas geradas pela exploração das atividades secundárias podem, portanto, ser, em parte, absorvidas pelas concessionárias, podendo reverter para a modicidade tarifária de diferentes formas, como por meio da redução da tarifa cobrada do usuário, dos subsídios ou da contraprestação paga pelo poder concedente⁶⁹; do direcionamento a um fundo de compensação; ou do compartilhamento com o poder público⁷⁰.

No caso em tela, não é possível dimensionar todas as receitas acessórias de antemão, dado o longo prazo do contrato, 35 anos, com a possível superveniência de novas receitas acessórias dado o surgimento de novas tecnologias ou de novas atividades conexas ao saneamento.

Assim, **optar por prever que parte da soma de todas as Receitas Acessórias deverá ser compartilhada com o Poder Concedente e será revertida à modicidade tarifária é um mecanismo para que seja dado cumprimento à lei**, além de mitigar o risco de lucros extraordinários com a Concessão, **dada a dificuldade em estimar tais receitas** considerando o longo prazo de vigência do Contrato.

Pondera-se, ainda, que o município deve estimular a exploração dessas receitas que, inclusive, poderão alcançar montantes importantes no longo prazo, a ponto de afetar os custos do serviço:

Ofenderia aos princípios constitucionais fundamentais que a prestação do serviço público fosse custeada por tarifas mais elevadas do que o necessário para assegurar a viabilidade da exploração. Quando o desempenho do serviço público comportar a exploração de atividades conexas, os ganhos econômicos correspondentes devem ser aproveitados para integração na equação econômico-financeira. Infringiria a ordem jurídica produzir a dissociação entre a

⁶⁹ No caso de uma PPP administrativa.

⁷⁰ PEREZ, Marcos Augusto. Receitas alternativas, complementares, acessórias ou derivadas de projetos associados. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Álvaro 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/50/edicao-1/receitas-alternativas,-complementares,-acessorias-ou-derivadas-de-projetos-associados>. Acessado em 03/07/2024.

prestação do serviço público e exploração de atividades econômicas conexas, eis que isso equivaleria à elevação da tarifa imposta ao usuário.

A delegação para a iniciativa privada da exploração do serviço público deve propiciar a mais eficiente articulação econômica possível. Tal se destina não propriamente a beneficiar o concessionário, mas a garantir que as receitas derivadas de atividades econômicas conexas seja uma fonte de custeio à prestação do serviço público.⁷¹

Não é que o compartilhamento de receitas acessórias se imponha ao Poder Concedente, mas constitui um instrumento acessível de se garantir a reversão à modicidade tarifária dessa exploração, sobretudo quando se considera que nem todas as receitas acessórias são de possível estimativa durante o momento da licitação, conforme a própria doutrina:

A previsão de compartilhamento desses recursos é um mecanismo válido a ser considerado, ao viabilizar, de um lado, a modicidade tarifária (em atendimento aos preceitos legais) e, de outro, o aumento da rentabilidade da concessão ao investidor privado ressalte-se que, nesse caso, é importante que o percentual seja definido de modo a manter o interesse do privado na exploração desses empreendimentos. Outra possibilidade é de constar no contrato um rol de atividades previamente autorizado pelo Poder Concedente.⁷²

Assim, o que vem se revelando mais adequado – sobretudo considerando a capacidade regulatória e fiscalizatória dos municípios em contratos de concessão de saneamento – é que, ao disciplinar contratualmente as receitas acessórias, **o poder concedente o faça por meio de uma cláusula aberta, enumerando, de forma exemplificativa, algumas das potenciais fontes secundárias de receitas e seu compartilhamento** devendo-se, ainda, ser **prevista a realização de revisões ordinárias**.

Nos ciclos dessas revisões, deverão ser considerados os ganhos de produtividade relativos às receitas acessórias auferidas pelas concessionárias e avaliados os percentuais de compartilhamento como forma de controle da reversão das receitas obtidas com as fontes alternativas para a modicidade tarifária.

No caso em tela, a exploração de receitas acessórias e seu compartilhamento poderiam ser avaliados na revisão ordinária, prevista para a cada 4 anos, mediante a previsão explícita deste reexame, a fim de se dispor de governança própria para esta integração à modicidade tarifária. A minuta de contrato é silente sobre tal análise:

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 368.

⁷² Rillo. R. Receitas extraordinárias em concessões. 16/09/2022. Disponível em: <https://vernalhapereira.com.br/receitas-extraordinarias-em-concessoes/>. Acesso em 10/07/2024.

CLÁUSULA VINTE E DOIS - REVISÃO ORDINÁRIA

22.1. As PARTES promoverão a REVISÃO ORDINÁRIA do CONTRATO a cada 4 (quatro) anos, com o fim de averiguar a adequação do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO face à PROPOSTA COMERCIAL, objetivando a reavaliação das condições de mercado e os ganhos de produtividade, quando também realizarão ajustes que reflitam possíveis distorções, para mais ou para menos, nos custos dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO, nos insumos em geral, consoante as disposições deste CONTRATO e seus anexos.

A título elucidativo, o novo contrato de concessão da SABESP assim dispõe no âmbito da revisão tarifária periódica:

SEÇÃO 15

DAS REVISÕES TARIFÁRIAS PERIÓDICAS

Cláusula 39. Na REVISÃO TARIFÁRIA PERIÓDICA, a ARSESP deverá definir as TARIFAS para o CICLO TARIFÁRIO subsequente, estabelecendo a RECEITA REQUERIDA a partir dos valores necessários para remunerar os custos incorridos na prestação dos SERVIÇOS, em regime de eficiência, e os INVESTIMENTOS realizados de modo prudente, nos termos e condições do Anexo V - MODELO REGULATÓRIO.

§ 1º. Por meio das REVISÕES TARIFÁRIAS PERIÓDICAS buscar-se-á, simultaneamente:

(a) assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO através da fixação das TARIFAS DE EQUILÍBRIO para o subsequente CICLO TARIFÁRIO, conforme as premissas, metodologia de cálculo e demais regras previstas no Anexo V - MODELO REGULATÓRIO; e

(b) assegurar a modicidade tarifária nos termos deste CONTRATO, inclusive por meio da distribuição dos ganhos de eficiência tecnológica pelo FATOR X, dos ganhos de eficiência operacional e dos resultados obtidos com as RECEITAS ADICIONAIS e RECEITAS COMPLEMENTARES, conforme as premissas, metodologia de cálculo e demais regras previstas no Anexo V - MODELO REGULATÓRIO.⁷³ (negritos acrescidos)

Caso o edital considerasse a análise das receitas acessórias na revisão ordinária, tal revisão estaria a cargo da agência reguladora. A título ilustrativo, destaca-se antiga prática de análise das receitas

⁷³ Contrato de Concessão de Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário nos Municípios Constantes Do Anexo I.

acessórias feita pela Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (ARSESP) no âmbito das revisões ordinárias anteriormente aplicadas à SABESP⁷⁴:

A definição do percentual de compartilhamento ocorrerá nos processos de **revisão tarifária ordinária**, podendo ter como premissa a avaliação da margem líquida das receitas alternativas, a partir da comparação dos custos associados à essas atividades com as respectivas receitas.

Após avaliação e definição da margem líquida, o percentual de compartilhamento definido será aplicado de maneira proporcional sobre a receita alternativa, podendo variar conforme os critérios específicos e as características das atividades. Desta forma, **os percentuais de compartilhamento serão definidos pela Arsesp, considerando, no mínimo, os critérios abaixo relacionados:**

- a. Nível de correlação com a atividade principal;**
- b. Intensidade do uso da estrutura;**
- c. Nível de rentabilidade (modicidade);**
- d. Impacto socioambiental; e**
- e. Potencial de redução de custos operacionais.**

O racional da definição do percentual de compartilhamento será de incentivar a maximização da utilização da estrutura e mão-de-obra associadas à prestação dos serviços regulados (abastecimento de água e esgotamento sanitário), de forma a obter benefícios à prestação de serviços, ao meio ambiente e à sociedade, em vez de estimular a atuação em outras atividades distintas do seu objeto principal.

Sendo assim, quanto mais próxima das atividades reguladas, menor será o compartilhamento das receitas alternativas. Esse modelo é o mesmo adotado pela Arsesp para o setor de gás canalizado.

À exceção daquelas prestadas por SPE, as atividades alternativas atualmente praticadas pela Sabesp serão avaliadas para fins de compartilhamento na 3ª Revisão Tarifária Ordinária.⁷⁵ (negritos acrescentados)

Ressalva-se, mais uma vez que não há uma única solução para a satisfação da finalidade pretendida pelo artigo 11 da Lei n. 8.987/95, sendo inegável que a referida legislação atribui grande margem de

⁷⁴ Destaca-se que o novo contrato de concessão da SABESP, relacionado à privatização, considera diferentes compartilhamentos/destinações da receita acessória a cada ciclo tarifário, conforme Anexo V (modelo tarifário) do novo contrato de concessão, pós-consulta.

⁷⁵ Nota Técnica Final. Receitas Alternativas Classificação e Critérios de Compartilhamento Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP. 2020. Disponível em: <https://www.arsesp.sp.gov.br/ConsultasPublicasBiblioteca/NT.F-0083-2020.pdf>. Acesso em 11/07/2024.

liberdade para o gestor que, no âmbito da sua discricionariedade, deverá definir a forma de reversão das receitas acessórias para a modicidade tarifária que mais atenda ao interesse público.

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 consideradas, quando da escolha do modelo a ser adotado, não só as peculiaridades de cada caso, mas, também, a capacidade de o poder concedente prever as fontes de receita não tarifárias possíveis e os valores que podem gerados pela sua exploração econômica. Também deve ser considerada a capacidade regulatória e fiscalizatória do ente contratante, a fim de que seja adotado um modelo de reversão cujos custos regulatórios não sejam capazes de esvaziarem o intuito do recurso previsto no artigo 11 da Lei n. 8.987/95.

Nesta linha de ideias, não prever o compartilhamento de receitas de difícil estimativa no momento da licitação, para um prazo de 35 anos, representa decisão com alto custo de transação para sua delimitação quanto à reversão à modicidade tarifária. Tal fato enrijece a execução contratual, de forma que o poder público abre mão de um compartilhamento em detrimento de um benefício cuja dimensão é, até então, desconhecida, o que pode implicar o próprio descumprimento da imposição constante do art. 11 da Lei n. 8.987/95.

Importante destacar que atividades extra concessão relacionadas à ampliação do mercado de águas de reuso; ou à geração de energia a partir dos gases gerados nas estações de tratamento de esgoto; ou, simplesmente, à assessoria a outras empresas do setor de saneamento básico; etc., certamente, por serem muito importantes socialmente, devem ser incentivadas. Ademais, trata-se de atividades que dependem do surgimento de novas tecnologias no longo prazo, podendo tornar-se viáveis a ponto de afetarem a viabilidade do serviço hoje precificado.

Nesse sentido, a previsão de compartilhamento das receitas extraordinárias é um mecanismo válido a ser considerado, pois viabiliza, de um lado, a obrigação legal de se buscar a modicidade tarifária e, de outro, o aumento da rentabilidade da concessão ao investidor privado, ressaltando-se que, nesse caso, é importante que o percentual ou outra forma de destinação que vier a ser definida seja de modo a manter o interesse do privado na exploração da concessão.

Nesta perspectiva e à luz do disposto no art. 11 da Lei n. 8987/95, considera-se irregular o não estabelecimento pelo contrato de governança sobre como se dará a destinação das receitas extraordinárias à modicidade tarifária.

Diante do exposto, conclui-se pela **procedência** do apontamento e propões que seja **determinada** a adequação do edital para que contemple regramento mínimo que detalhe percentual de compartilhamento de receitas acessórias ou outro mecanismo destinado à sua reversão à modicidade tarifária, acompanhado da previsão **de revisões ordinárias** em que sejam avaliados os resultados relativos às receitas acessórias auferidas pelas concessionárias e os percentuais de compartilhamento como forma de controle da reversão das receitas obtidas com as fontes alternativas para a modicidade tarifária.

3.14 Ausência de previsão da metodologia para a aferição do valor dos ativos não amortizados ou depreciados conforme a Norma de Referência nº 3 da ANA

Denúncia:

Insurge a denunciante que a Minuta do Contrato é omissa quanto à metodologia a ser eventualmente adotada para a aferição do valor dos ativos não amortizados ou depreciados, razão pela qual requer que haja previsão da metodologia do Valor Justo, nos termos da Norma de Referência nº 3 da ANA.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que o Edital será retificado nesse ponto.

Análise Técnica:

O artigo 23, XI, da Lei nº 8.987/95 define como cláusula essencial do contrato de concessão a relativa aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso.

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

No mesmo sentido, o artigo 10-A, III, da Lei nº 11.445/07 determina que os contratos de concessão devem estabelecer, sob pena de nulidade, a metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato.

Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as Cláusulas essenciais previstas no artigo 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições:

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato

Como se pode observar, a legislação vigente estabelece de forma inequívoca a obrigatoriedade, sob risco de nulidade, de que os contratos de concessão definam claramente a metodologia de cálculo para a indenização dos bens reversíveis que não foram amortizados ou depreciados, na eventualidade de uma extinção da concessão.

A definição precisa da metodologia de cálculo de indenização tem como objetivo principal garantir a justiça e a equidade no processo de reversão dos bens, evitando prejuízos tanto para o poder concedente quanto para a concessionária. Este dispositivo legal visa, portanto, resguardar os interesses públicos envolvidos e assegurar a continuidade e a eficiência na prestação dos serviços, mesmo em casos de extinção da concessão.

Pela leitura do Edital Retificado 2, verifica-se que o poder concedente não especificou a metodologia do cálculo da indenização dos bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, limitando-se a tratar de eventuais custos a se indenizar em cada tipo de extinção contratual, de eventuais prazos para pagamentos e multas por atrasos, entre outros aspectos. O instrumento convocatório da forma publicada é silente quanto ao emprego do método de indenização, o que inclui diversas técnicas, tais como o método do valor justo, o custo histórico corrigido, ou o valor novo de reposição.

É importante salientar que, a partir das alterações introduzidas pela Lei n. 14.026/20, a ANA foi incumbida de uma nova função regulatória, qual seja, a de elaborar as Normas de Referência, nos termos do artigo 3º c/c o artigo 4º -A, caput, § § 1º, 2º, 3º e 4º, todos da Lei nº 9.984/00:

Art. 3º Fica criada a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), autarquia sob regime especial, com autonomia administrativa e financeira, integrante do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e vinculada ao Ministério da Integração e do Desenvolvimento Regional, com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos e de instituir normas de referência para a regulação dos serviços de saneamento básico.

(...)

Art. 4º -A. A ANA instituirá normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico por seus titulares e suas entidades reguladoras e fiscalizadoras,

observadas as diretrizes para a função de regulação estabelecidas na Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

§ 1º Caberá à ANA estabelecer normas de referência sobre:

I - padrões de qualidade e eficiência na prestação, na manutenção e na operação dos sistemas de saneamento básico;

II - regulação tarifária dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a promover a prestação adequada, o uso racional de recursos naturais, o equilíbrio econômico-financeiro e a universalização do acesso ao saneamento básico;

III - padronização dos instrumentos negociais de prestação de serviços públicos de saneamento básico firmados entre o titular do serviço público e o delegatário, os quais contemplarão metas de qualidade, eficiência e ampliação da cobertura dos serviços, bem como especificação da matriz de riscos e dos mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro das atividades;

IV - metas de universalização dos serviços públicos de saneamento básico para concessões que considerem, entre outras condições, o nível de cobertura de serviço existente, a viabilidade econômico-financeira da expansão da prestação do serviço e o número de Municípios atendidos;

V - critérios para a contabilidade regulatória;

VI - redução progressiva e controle da perda de água;

VII - metodologia de cálculo de indenizações devidas em razão dos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados;

VIII - governança das entidades reguladoras, conforme princípios estabelecidos no art. 21 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007;

IX - reúso dos efluentes sanitários tratados, em conformidade com as normas ambientais e de saúde pública;

X - parâmetros para determinação de caducidade na prestação dos serviços públicos de saneamento básico;

XI - normas e metas de substituição do sistema unitário pelo sistema separador absoluto de tratamento de efluentes;

XII - sistema de avaliação do cumprimento de metas de ampliação e universalização da cobertura dos serviços públicos de saneamento básico;

XIII - conteúdo mínimo para a prestação universalizada e para a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos de saneamento básico.

§ 2º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico contemplarão os princípios estabelecidos no inciso I do caput do art. 2º da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, e serão instituídas pela ANA de forma progressiva.

§ 3º As normas de referência para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico deverão:

- I - promover a prestação adequada dos serviços, com atendimento pleno aos usuários, observados os princípios da regularidade, da continuidade, da eficiência, da segurança, da atualidade, da generalidade, da cortesia, da modicidade tarifária, da utilização racional dos recursos hídricos e da universalização dos serviços;
- II - estimular a livre concorrência, a competitividade, a eficiência e a sustentabilidade econômica na prestação dos serviços;
- III - estimular a cooperação entre os entes federativos com vistas à prestação, à contratação e à regulação dos serviços de forma adequada e eficiente, a fim de buscar a universalização dos serviços e a modicidade tarifária;
- IV - possibilitar a adoção de métodos, técnicas e processos adequados às peculiaridades locais e regionais;
- V - incentivar a regionalização da prestação dos serviços, de modo a contribuir para a viabilidade técnica e econômico-financeira, a criação de ganhos de escala e de eficiência e a universalização dos serviços;
- VI - estabelecer parâmetros e periodicidade mínimos para medição do cumprimento das metas de cobertura dos serviços e do atendimento aos indicadores de qualidade e aos padrões de potabilidade, observadas as peculiaridades contratuais e regionais;
- VII - estabelecer critérios limitadores da sobreposição de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário final, independentemente da configuração de subcontratações ou de subdelegações; e
- VIII - assegurar a prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

§ 4º No processo de instituição das normas de referência, a ANA:

- I - avaliará as melhores práticas regulatórias do setor, ouvidas as entidades encarregadas da regulação e da fiscalização e as entidades representativas dos Municípios;
- II - realizará consultas e audiências públicas, de forma a garantir a transparência e a publicidade dos atos, bem como a possibilitar a análise de impacto regulatório das normas propostas; e
- III - poderá constituir grupos ou comissões de trabalho com a participação das entidades reguladoras e fiscalizadoras e das entidades representativas dos Municípios para auxiliar na elaboração das referidas normas. (Grifos acrescidos).

Essas normas são diretrizes para o exercício da atividade regulatória dos serviços públicos de saneamento básico no Brasil, as quais devem ser observadas pelas agências reguladoras infranacionais, sendo verificadas pela ANA, conforme prescreve o artigo 4º -B, § 2º, da Lei nº 9.984/00:

Art. 4º -B. A ANA manterá atualizada e disponível, em seu sítio eletrônico, a relação das entidades reguladoras e fiscalizadoras que adotam as normas de referência nacionais para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, com vistas a viabilizar o acesso aos

recursos públicos federais ou a contratação de financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal, nos termos do art. 50 da Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

(...)

§ 2º A verificação da adoção das normas de referência nacionais para a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico estabelecidas pela ANA ocorrerá periodicamente e será obrigatória no momento da contratação dos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da administração pública federal.

Dentro dessa perspectiva, a Agência Reguladora Federal editou a Resolução ANA nº 134/2022, que estabelece os requisitos e procedimentos para a comprovação da adoção das Normas de Referência para o saneamento básico, com o intuito de delinear as diretrizes gerais para o seu cumprimento, incluindo o cadastro das entidades reguladoras infranacionais, os requisitos e critérios para verificar a adoção das normas, especificados em cada regulamento, e os procedimentos para a comprovação e verificação do cumprimento das normas. A comprovação da adoção dessas normas deve ser realizada anualmente pelas entidades reguladoras infranacionais, mediante o envio de informações e documentos à ANA, respeitando os critérios de verificação e os prazos estipulados em cada norma.

A observância às Normas de Referência, conforme a citada legislação pertinente, é uma condição necessária para que os titulares e prestadores de serviços de saneamento básico possam acessar recursos públicos federais, bem como para a contratação de financiamentos com recursos provenientes da União ou administrados por órgãos e entidades da administração pública federal. A não observância a essas Normas de Referência cria grandes restrições ao titular e ao prestador do serviço para dispor de recursos para a universalização dos serviços.

No caso em questão, diante da ausência de regulação da questão pelo edital, não foi possível concluir se o poder concedente observará as Normas de Referência da ANA, a exceção da Resolução ANA nº. 106/2021, que padroniza os aditivos contratuais na prestação de serviços de saneamento para incorporar metas de universalização do novo marco do saneamento.

Isso merece destaque ao se considerar que a ANA editou em agosto de 2023 a Resolução nº 161/2023, que trata da metodologia de cálculo da indenização dos bens reversíveis ainda não amortizados. Essa norma, todavia, por ser referencial, nos termos do artigo 4-A da Lei nº 9.984/00, tem como destinatários os titulares dos serviços públicos de saneamento básico e as entidades reguladoras e fiscalizadoras que aderem às normas da ANA. Sendo assim, como não há previsão no Edital

Retificado 2 sobre a observância às Normas de Referência, não há tampouco clareza acerca da aplicabilidade da citada resolução n° 161/2023, quando, na verdade, deveriam constar disposições específicas no edital e em seus anexos acerca do assunto, sobretudo quando já se tem quase um ano de vigência desta resolução.

É importante esclarecer que a ausência de informação do critério adotado, de forma expressa no edital e em seus anexos, gera insegurança jurídica. Há muitas diferenças para a remuneração entre se adotar o método do valor justo para o seu cômputo, ou o custo novo de reposição ou o custo histórico corrigido, devendo, por isso, serem informações de prévio conhecimento do licitante.

Os bens reversíveis podem representar as principais fontes de dispêndios dos prestadores de serviço e sua adequada precificação envolve uma série de variáveis e premissas que nem sempre são tão objetivas, mesmo quando há regulamentação específica. Desse modo, essas questões precisam ser claramente definidas, a fim de se mitigarem riscos de impasses entre as partes envolvidas.

Não obstante o município manifeste que irá retificar o edital, não é possível antever a nova versão editalícia, dado que permanece suspensa a contratação em caráter *sine die*. Importante, no entanto, que reste clara a metodologia aplicável para indenização à luz das diversas tipologias de extinção contratual, bem como a opção ou não por se seguir normativo da ANA.

Ante do exposto, esta Unidade Técnica entende pela **procedência** deste apontamento, sendo necessário que seja **determinado** os responsáveis pelo referido certame que esclareçam de forma motivada no próximo Edital se irão ou não seguir a Normas de Referência n.º 3 da ANA, aprovada pela Resolução n° 161/2023, que trata da metodologia de cálculo da indenização dos bens reversíveis ainda não amortizados e, em caso diverso, que explicita a metodologia de indenização a se adotar nos múltiplos casos possíveis de extinção contratual.

No tocante ao pedido de suspensão liminar, deve-se considerar, à luz do art. 20 da lei 4.657/1942 (LINDB)⁷⁶, que tal irregularidade é sanável via esclarecimento por parte do Poder Concedente sobre a metodologia a se empregar no bojo de uma indenização à COPASA. Tal correção pode ser feita via, por exemplo, simples menção quanto ao seguimento da norma de referência n.º 3 da ANA ou com a republicação do edital, que se encontra suspenso pela administração.

⁷⁶ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Diante do exposto, não se verifica grave impacto da irregularidade em análise na execução contratual, concluindo-se pelo **indeferimento** do **pedido de suspensão liminar**.

3.15 Ausência de distinção entre o valor de indenização devida à Concessionária em decorrência da anulação da Concessão por concorrência ou culpa exclusiva do Poder Concedente

Denúncia:

Alega a denunciante que, caso haja culpa exclusiva do Poder Concedente ou concorrência da Concessionária, a Minuta do Contrato não distingue o critério de indenização devido à concessionária para o caso de anulação do certame, o que acaba por compartilhar o resultado negativo com a parte que não deu causa, razão pela qual requer que a Minuta do Contrato seja adequada no seguinte sentido: para o caso em que não haja qualquer culpa da Concessionária, em evento de anulação, a metodologia adotada seja a mesma aplicada para os casos de Encampação, ao passo que, para os casos em que haja culpa exclusiva da Concessionária, a metodologia adotada seja a mesma aplicada para os casos de Caducidade.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que não há vício no Edital nesse ponto, ressaltando que a Concessionária, na hipótese de anulação da concessão, será indenizada nos termos do artigo 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 e da Resolução nº 161 da ANA (Norma de Referência nº 3).

Análise Técnica:

De início, vale trazer o art. 59 da Lei 8.666/93, *in verbis*:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

A despeito da regulação constante no dispositivo em comento, faz-se importante saber o seu alcance. Nesse sentido, a pergunta que deve ser feita é a seguinte: caso a nulidade venha a ser causada pela

concessionária, faria ela jus aos valores dos serviços e parcelas de obras executadas até a decretação da nulidade?

Para responder a esse questionamento, o doutrinador Lucas Rocha Furtado faz o seguinte comentário:

Jurisprudência mais remota do STJ afastava a literalidade da lei, no ponto concernente à ressalva da expressão “contanto que não lhe seja imputável”. Aquela Corte Judicial afirmou que **o direito à indenização do particular subsiste mesmo quando o vício impugnado for a ele imputável**, como indica o excerto a seguir, entre outros julgados no mesmo sentido: “[...] a Administração deve indenizar a empresa contratada pela execução de etapas das obras ajustadas até a data da declaração de nulidade, ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa [...]” (REsp nº 408785-RN. DJU, 30 jun. 2003).

Todavia, uma recente decisão daquele Tribunal saiu do caminho até então trilhado, para afirmar que, na hipótese em que o administrado tenha agido de má-fé, a Administração Pública não teria o dever de indenizar os serviços prestados pelo contratado. Trata-se do ArRg no REsp nº 1.394.161, julgado em 8.10.2013.

Não nos parece correta essa divergência nova do STJ, em relação à jurisprudência anterior. Admitir que a Administração não deva pagar por parcelas de serviços ou obras executadas ou bens fornecidos seria o mesmo que admitir o enriquecimento sem causa, o que é vedado pelo ordenamento jurídico e veementemente combatido pelo Supremo Tribunal Federal. (Curso de Direito Administrativo, Edição 5, Ano 2016, Lucas Rocha Furtado, Capítulo 6) (Grifo nosso)

Nessa linha, há direito a indenização mesmo nos casos de nulidade não imputada à concessionária, ressaltando-se, contudo, conforme julgado mais recente do STJ, os casos de má-fé.

A despeito dessa ressalva feita pelo STJ, merece destaque o comentário acima feito pelo doutrinador Lucas Rocha Furtado, no sentido de alertar sobre a configuração do enriquecimento sem causa na hipótese do não pagamento de parcelas de serviços ou obras executadas no caso de má-fé, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, destaca-se recente acórdão do TCU⁷⁷, no qual o Plenário fixa o entendimento de que, no caso de contrato administrativo declarado nulo em função de fraude à licitação cometida pela

⁷⁷ Acórdão nº 1.842/2022 – Plenário

empresa contratada, caracterizada, portanto, a má-fé, **a indenização devida pelos serviços já prestados deve ser apurada considerando indevidos os lucros ilegítimos auferidos ao longo do contrato**, a fim de se buscar a restauração do *status quo ante*, preconizada pelo artigo 59 da Lei nº 8.666/93, e a observância aos princípios da vedação ao enriquecimento sem causa e o de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

Especificamente no direito brasileiro, conforme assenta o TCU na mencionada decisão, a matéria encontra guarida tanto no direito civil, especificamente no artigo 884 do Código Civil, que consagra o **princípio da vedação ao enriquecimento sem causa**, como no direito administrativo, como **decorrência do efeito retroativo da nulidade contratual**, amparada no artigo 59 da Lei nº 8.666/93 ou nos artigos 148 e 149 da Lei nº 14.133/21.

A matéria é, ainda, consoante o precedente do STJ, formada desde de 2012 no sentido de que **a declaração de nulidade do contrato administrativo implica o retorno das partes contratantes ao estado anterior**, o que deve ser providenciado, nos casos em que o objeto contratual já tenha sido executado, por meio da **remuneração do contratado de má-fé pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro, em atenção ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa**⁷⁸.

Essa obrigação de pagamento, vale aqui ressaltar, não é contratual – mesmo **porque um eventual contrato nulo não produziria qualquer efeito** –, mas, sim, extracontratual, em atenção ao que dispõe o artigo 884, *caput*, do Código Civil⁷⁹, que consagra o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, como anotado anteriormente, isso com vistas a evitar o locupletamento indevido da Administração Pública que recebeu a prestação de serviços contratada ao menos em parte.

Ressalva-se que, conforme já mencionado acima e tal como ocorre em outros institutos do direito administrativo⁸⁰, a Lei nº 8.666/93 tratou de modelar os efeitos da declaração de nulidade do contrato administrativo, em respeito ao princípio da proteção à confiança⁸¹, prevendo, em seu artigo 59,

⁷⁸ Nesse sentido, ver REsp nº 1.153.337/AC, REsp nº 1.188.289/SP, REsp nº 1.726.433/SP, REsp nº 1.749.626/SP, AgInt nos EDcl no REsp nº 1.895.508/SP.

⁷⁹ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

⁸⁰ Nesse sentido, ver as seguintes decisões que prestigiam a boa-fé do particular em relação a atos da Administração Pública: REsp 1.144.982/PR, RMS 29.493/MS, AgR no REsp 396.489/PR, ROMS 1.694/RS e REsp 488.905/RS.

⁸¹ Também conhecido como princípio da proteção da confiança legítima ou da lealdade, o princípio da proteção à confiança, conforme REsp nº 1.143.216/RS, “(...) decorre da cláusula geral de boa-fé objetiva, dever geral de lealdade e

parágrafo único, que, contanto que a nulidade contratual não seja imputável ao contratado, a ele será devida indenização pelo que houver executado até a data em que a nulidade for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados.

Essa modulação de efeitos, contudo, é aplicável apenas àqueles contratados que tenham agido de boa-fé (expressada pela ausência de conduta geradora da nulidade contratual), aos quais a lei concede especial proteção justamente em função da retidão da sua conduta, sendo à parte contratada, nesses casos, devida a indenização integral pelo que houver executado e, inclusive, por outros prejuízos regularmente comprovados. Nesse sentido, vale trazer aqui lição de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸²:

Na invalidação de atos administrativos há de se distinguir duas situações:

- a) casos em que a invalidação do ato ocorre antes de o administrado incorrer em despesas suscitadas seja pelo ato viciado, seja por atos administrativos precedentes que o condicionaram (ou condicionaram a relação fulminada). Nestas hipóteses não se propõe qualquer problema patrimonial que despertasse questão sobre dano indenizável;
- b) casos em que a invalidação infirma ato ou relação jurídica quando o administrado, na conformidade deles, já desenvolveu atividade dispendiosa, seja para engajar-se em vínculo com o Poder Público em atendimento à convocação por ele feita, seja por ter efetuado prestação em favor da Administração ou de terceiro.

Em hipóteses desta ordem, **se o administrado estava de boa-fé e não concorreu para o vício do ato fulminado, evidentemente a invalidação não lhe poderia causar um dano injusto e muito menos seria tolerável que propiciasse, eventualmente, um enriquecimento sem causa para a Administração.** Assim, tanto devem ser indenizadas as despesas destarte efetuadas como, *a fortiori*, hão de ser respeitados efeitos patrimoniais passados atinentes à relação atingida. Segue-se também que, se o administrado está a descoberto em relação a pagamentos que a Administração ainda não lhe efetuou, mas que correspondiam a prestações por ele já consumadas, a Administração não poderá eximir-se de acobertá-las, indenizando-o por elas.

Com efeito, se o ato administrativo era inválido, isto significa que a Administração, ao praticá-lo, feriu a ordem jurídica. Assim, ao invalidar o ato, estará, *ipso facto*, proclamando que fora autora de uma violação da ordem jurídica. **Seria iníquo que o agente violador do Direito, confessando-se tal, se livrasse de quaisquer ônus que decorreriam do ato e lançasse sobre as costas alheias todas as consequências patrimoniais gravosas que daí decorreriam, locupletando-se, ainda, à custa de quem, não tendo concorrido para o vício, haja procedido de boa-fé.** Acresce-se que, notoriamente, os atos administrativos gozam de presunção de legitimidade. Donde, quem atuou arrimado neles, **salvo se estava de má-fé** (vício que pode provar, mas não pressupor liminarmente), tem o direito de esperar que tais atos se revistam de um mínimo de seriedade. Este mínimo consiste em não serem causas potenciais de fraude ao patrimônio de quem neles confiou – como, de resto, teria de confiar. [...] (Negrito acrescido).

confiança recíproca entre as partes, sendo certo que o ordenamento jurídico prevê, implicitamente, deveres de conduta a serem obrigatoriamente observados por ambas as partes da relação obrigacional, os quais se traduzem na ordem genérica de cooperação, proteção e informação mútuas, tutelando-se a dignidade do devedor e o crédito do titular ativo, sem prejuízo da solidariedade que deve existir entre ambos”.

⁸² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015, páginas 493/494.

A mencionada proteção não alcança, portanto, é importante frisar, o contratado de má-fé, não só porque a ele é inaplicável o princípio da confiança, mas, também, porque ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

Nesse cenário, com fim de conferir maior clareza por nulidades com culpa da concessionária, tem-se observado cláusulas contratuais trazendo esclarecimentos neste sentido para a indenização, tal como na licitação de saneamento do Rio de Janeiro:

43.3. A AGÊNCIA REGULADORA, no caso de anulação da CONCESSÃO, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação do montante da indenização eventualmente devida à CONCESSIONÁRIA, nos termos deste CONTRATO.

43.4. A indenização a que se refere a subcláusula 43.3 acima será paga previamente à retomada dos SERVIÇOS e da assunção dos BENS REVERSÍVEIS, desde que não haja comprovada má-fé ou dolo da CONCESSIONÁRIA.

43.5. Em caso de anulação da CONCESSÃO por fatos atribuíveis exclusivamente ao ESTADO, será devida indenização à CONCESSIONÁRIA equivalente à encampação e calculada na forma prevista nas cláusulas 38.5, 38.6 e 40.2 deste CONTRATO.⁸³

No mesmo sentido, tem-se a previsão de indenização por nulidade no âmbito do novo contrato de concessão da SABESP:

Cláusula 57.

O CONTRATO poderá ser anulado em caso de ilegalidade não convalidável, de acordo com a previsão contida no artigo 35, V, da Lei Federal nº 8.987/1995, apurada em procedimento administrativo, iniciado a partir da notificação enviada de uma PARTE à outra, ou da ARSESP a ambas as PARTES, assegurados o contraditório e a ampla defesa.

§ 1º. Na hipótese de extinção antecipada do CONTRATO por anulação, os critérios de indenização devida à SABESP serão os seguintes:

- (a) Caso a anulação decorra de culpa da SABESP ou de seus acionistas, a indenização aplicável será equivalente àquela calculada para a hipótese de caducidade; e
- (b) Caso a anulação decorra de culpa do PODER CONCEDENTE, a indenização aplicável será equivalente àquela calculada para a hipótese de encampação.⁸⁴

Em que pese a distinção acima tenha o condão de conferir mais segurança jurídica aos certames, não há que se falar em irregularidade diante da ausência de regulação específica nesse aspecto, ressaltando-se que nem a lei 8.987/95 nem as normas de referência da ANA estabelecem essa distinção.

Assim, tendo em vista o silêncio contratual quanto às diversas tipologias de nulidade da contratação, ainda que haja anulação da concessão por culpa concorrente entre o Poder Concedente e a

⁸³ Anexo 01. Edital de Concorrência Internacional n.º 01/2021. Minuta de Contrato de Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário e dos Serviços Complementares Prestados nos Municípios Localizados no Bloco 3.

⁸⁴ Disponível em: <https://semil.sp.gov.br/desestatizacaosabesp/documentacao/>. Acesso em 17/07/2024.

Concessionária, a indenização descrita no parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 à luz dos diversos julgados do TCU, do código civil e da doutrina pátria, já faz tal distinção, razão pela qual esta Coordenadoria opina pela **improcedência** deste apontamento.

Não obstante, **recomenda-se** que, ocorrendo a republicação do edital, considere o município a previsão de cláusula que faça distinção entre indenização por nulidade por culpa da concessionária, associando-a à caducidade, daquela por culpa apenas do Poder Concedente, que deve ser associada à encampação, à luz da maior segurança jurídica proporcionada por tal previsão.

3.16 Ausência de metas de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso e efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados

Denúncia:

Insurge a denunciante contra a Licitação por não contar qualquer meta de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas da chuva, alegando que deve haver a fixação de todas as metas estabelecidas pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico, sob pena de nulidade do contrato.

Manifestação do Município (peça n. 135 do SGAP):

Informou o município que o Termo de Referência será retificado nesse ponto.

Análise Técnica:

A Lei nº 11.445/07, que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico, elenca princípios fundamentais que norteiam os serviços públicos dessa natureza, dentre eles o fomento à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas da chuva, senão vejamos:

Art. 1º Esta Lei estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico.

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

(...)

XIII - redução e controle das perdas de água, inclusive na distribuição de água tratada, estímulo à racionalização de seu consumo pelos usuários e **fomento à eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva;** (grifos nossos)

Dessa forma, o tema em questão deve ser considerado quando da elaboração do Edital, do Contrato e do Termo de Referência, o que não foi feito no presente caso.

Ainda nesse contexto, trata o art. 10-A da Lei nº 11.445/07 sobre as cláusulas essenciais nos contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico, dentre elas as metas de eficiência e de uso racional de recursos naturais, do reúso de efluentes e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados, senão vejamos:

Art. 10-A. **Os contratos** relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, **expressamente, sob pena de nulidade**, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, **além das seguintes disposições:**

I - **metas** de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, **de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados;** (grifos nossos)

Como se pode observar, aqui o legislador foi mais cuidadoso ao determinar que, nos contratos de saneamento, as cláusulas essenciais **devam estar expressamente contidas, sob pena de nulidade.**

Ao se fazer uma leitura do Edital Retificado 2 (peça nº 4 da Denúncia 1.167.241), da Minuta do Contrato (peça nº 5 da Denúncia 1.167.241) e do Termo de Referência Retificado (peça nº 6 da Denúncia 1.167.241), verifica-se que, em nenhum momento, tais documentos preveem as metas de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas da chuva.

Nesta perspectiva, limita-se o edital a estipular apenas diretrizes genéricas com vistas à manutenção da oferta de água e preservação da qualidade dos mananciais, mencionando simplesmente o combate a perdas e a busca da eficiência energética:

6. METAS

De forma abrangente, as metas obrigatórias do contrato são aquelas definidas no Art. 11-B da Lei 11.445/2007, atualizada pela Lei 14.026/2020. Em complemento, conforme definido no PMSB (versão 2021), as metas específicas para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que serão incorporados ao escopo do contrato de concessão são:

(...)

A priorização de cada ação (emergencial, curto, médio e longo prazo) para o sistema de abastecimento de água foi feita adotando-se os seguintes critérios:

I. Ação emergencial a ser implementada a partir do ano 01 (período de 3 anos - Ano 01 ao Ano 03): ação voltada para impedir a interrupção do fornecimento de água por déficit quantitativo atual;

II. Ação de curto prazo (período de 3 anos – Ano 4 ao Ano 6): ação voltada para corrigir problemas operacionais que possam representar risco de interrupção no fornecimento de água;

III. Ação de médio a longo prazo (período de 9 anos – Ano 07 ao Ano 15): ação em função do crescimento da demanda ou dos usos na bacia hidrográfica associada às captações utilizadas para abastecimento de água;

IV. Ação preventiva ao longo do período de planejamento : ações preventivas que permitam a manutenção da oferta de água, a extensão da universalização do serviço para a área de concessão e a preservação da qualidade dos mananciais de abastecimento. **Ações de combate às perdas de água e de eficiência energética.**⁸⁵ (negritos acrescidos)

No bojo do Plano Municipal de Saneamento Básico do município, presente anexo da lei ordinária n.º 1.978/2021, tem-se igualmente apenas menções genéricas de nível educacional e tributário para fomentar o reuso de água, **sem relação com o contrato de concessão**, tal como se percebe a seguir:

13.3 Instrumentos Econômicos

(...)

IPTU Verde

O IPTU Verde é um Instrumento Econômico destinado a incentivar a melhoria da qualidade ambiental urbana no que se refere tanto à drenagem como aos resíduos sólidos, além da melhoria da qualidade do ar e da paisagem. O benefício consiste em um desconto no IPTU para os imóveis edificados horizontais que possuírem uma ou mais práticas adequadas, tais como:

(...)

- sistema de reuso de água;

9. IDENTIFICAÇÃO DE PROGRAMAS, PROJETOS E AÇÕES

(...)

Programas Educacionais

(...)

- Programa de Utilização Racional da Água, com incentivo ao Reuso da Água;

(...)

QUADRO 12.8 – AÇÕES E CUSTOS DE INVESTIMENTOS – PROGRAMAS EDUCACIONAIS

<i>Ações</i>	<i>Intervenções</i>	<i>Custo (R\$)</i>	<i>Hierarquização</i>
Estímulo à população para apoio de programas ambientais	Realização de oficinas, programas educacionais nas escolas, teatros populares	R\$ 54.211,9	Preventiva (2021-2035)
Programa de Utilização Racional da Água	Realização de oficinas de conscientização com a população, programas educacionais nas escolas	R\$ 149.082,72	Preventiva (2021-2035)
Conscientização da Utilização do Sistema de Esgotamento Sanitário	Realização de oficinas de conscientização com a população e programas educacionais nas escolas	R\$ 149.082,72	Preventiva (2021-2035)
Conscientização da coleta seletiva	Mobilizar a população a realizar a coleta seletiva em suas residências e em locais públicos	R\$ 379.483,28	Preventiva (2021-2035)
Programa de Reuso da Água	Realização de oficinas com a população, com ênfase aos trabalhos desenvolvidas nas grades curriculares	R\$ 149.082,72	Preventiva (2021-2035)

Elaboração ENGECORPS, atualizado pela Revisão PMSB, 2020.

(...)

QUADRO 12.17 – CRONOGRAMA FÍSICO-FINANCEIRO – PROGRAMAS EDUCACIONAIS

<i>Ações</i>	<i>Intervenções</i>	<i>Cronograma Físico-Financeiro</i>													<i>Investimentos Previstos - R\$</i>		
		<i>Emergencial</i>			<i>Curto Prazo</i>			<i>Médio Prazo</i>				<i>Longo Prazo</i>					
		<i>2021</i>	<i>2022</i>	<i>2023</i>	<i>2024</i>	<i>2025</i>	<i>2026</i>	<i>2027</i>	<i>2028</i>	<i>2029</i>	<i>2030</i>	<i>2031</i>	<i>2032</i>	<i>2033</i>		<i>2034</i>	<i>2035</i>
Estímulo à população para apoio de programas ambientais	Realização de oficinas, programas educacionais nas escolas, teatros populares																54.211,90
Programa de Utilização Racional da Água	Realização de oficinas de conscientização com a população, programas educacionais nas escolas																149.082,72
Conscientização da Utilização do Sistema de Esgotamento Sanitário	Realização de oficinas de conscientização com a população e programas educacionais nas escolas																149.082,72
Conscientização da coleta seletiva	Mobilizar a população a realizar a coleta seletiva em suas residências e em locais públicos																379.483,28
Programa de Reuso da Água	Realização de oficinas com a população, com ênfase aos trabalhos desenvolvidas nas grades curriculares																149.082,72
Total do Investimento		176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	176.188,67	880.943,34

Elaboração ENGECORPS, atualizado pela Revisão PMSB, 2020.

Deve ser destacado que existem alguns atributos que caracterizam uma meta, sendo clássica a definição criada por Peter Drucker⁴⁸ para a gestão por objetivos. Segundo o mencionado autor, uma meta deve ser SMART (específica, mensurável, alcançável, realista e ter um prazo). O próprio autor já advertia: as instituições confundem boas intenções com metas.

Da forma como constam no termo de referência as ações de combate às perdas de água e de eficiência energética, não se sabe como será medida a meta, a sua abrangência no sistema de saneamento, o percentual de reuso a se atingir e o horizonte temporal para seu, **sendo impossível precificá-las no momento da licitação.**

Dessa forma, a ausência de metas claras e mensuráveis de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reuso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva na Minuta do Contrato é motivo suficiente para esta Unidade Técnica entender que **existe irregularidade neste apontamento.**

Vale ressaltar que, da forma como redigido, o instrumento convocatório não atende às exigências previstas no artigo 10-A, inciso I, da Lei n. 11.455/07, o que tem o potencial de ensejar **a nulidade da avença pretendida.**

Pondera-se que, em sua manifestação, o Município de Barão de Cocais se comprometeu a retificar o edital para corrigir o vício apontado, medida que, **se realmente efetivada, terá o condão de sanar a irregularidade** apontada na denúncia. Não obstante, tal irregularidade subsiste até que se verifique a correção editalícia mediante republicação.

Quanto a uma suspensão cautelar por ausência de tais metas, pontua-se que tais metas podem ser incluídas com a republicação do edital que se encontra suspenso pela administração, permitindo maior precificação dos encargos pelos licitantes. E, mesmo que ocorresse a assinatura do contrato, tais encargos podem ser objeto de inclusão via termo aditivo, razão pela qual se entende pelo **indeferimento** do pedido de **suspensão liminar** da denúncia, na medida em que se trata de vício que pode ser sanado.

Ressalva-se, contudo, que a assinatura do contrato sem a presença de inclusão de tais metas impõe a determinação para a **assinatura de termo aditivo** que considere as metas previstas no artigo 10-A, inciso I, da Lei n. 11.455/07, sob pena de nulidade da contratação. Contudo, tal postergação representará novos encargos, **sujeitos, portanto, a reequilíbrio econômico-financeiro para o privado, sem que incida sobre esses valores os efeitos do processo concorrência, o que pode dar ensejo à responsabilização dos gestores.**

Portanto, conclui-se pela **procedência** deste tópico da denúncia. Considerando-se que o certame se encontra suspenso e subsiste a possibilidade de retificação dessa irregularidade antes da assinatura do contrato, propõe-se que seja determinado município que **corrija o edital quanto a esse ponto, seguido de republicação, para se prever cláusula expressa, com meta explícita e quantificável, acerca da eficiência e do uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reuso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva.**

Alternativamente, caso ocorra a assinatura do contrato sem a presença de inclusão de tais metas, propõe-se que seja **determinada a assinatura de termo aditivo** que considere as metas previstas no artigo 10-A, inciso I, da Lei n. 11.455/07, sob pena de nulidade da contratação.

Ressalva-se, contudo, que tal postergação representará novos encargos, sujeitos **a reequilíbrio econômico-financeiro** para o privado, sem que necessariamente incida sobre esses valores os efeitos do processo concorrência, o que pode dar ensejo à **responsabilização** dos gestores.

CONCLUSÃO E MEDIDAS CABÍVEIS

Diante do exposto, registra-se que foram identificadas irregularidades, **não havendo, contudo, novos apontamentos que justifiquem a concessão de medida cautelar**, considerando-se, em especial, que o presente certame se encontra suspenso⁸⁶, subsistindo, portanto, a possibilidade de retificação do edital, de modo que as irregularidades identificadas podem ser sanadas.

Assim sendo, este Órgão Técnico conclui pela **procedência** dos apontamentos a seguir e/ou propõe, **observados o contraditório e a ampla defesa, a adoção das seguintes medidas visando sanar as irregularidades identificadas:**

- Ausência de justificativa para a adoção do critério de julgamento pelo tipo técnica e preço para o serviço em questão (item 3.2.a)

Diante de todo o exposto, esta Unidade Técnica, nessa análise exauriente de mérito, entende que no caso concreto não há motivação técnico-jurídica para justificar a utilização de 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, concluindo-se pela **procedência** da denúncia nesse apontamento.

Assim, alcançado nos autos o momento de enfrentar o mérito do tema e considerando que houve nova suspensão *sine die* do ato de abertura da sessão pública, 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 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 tarifaria 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 imparcialidade, a isonomia do julgamento da licitação e em atendimentos aos princípios da transparência e da motivação, 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 um dos quesitos apresentados por cada licitante, não se limitando a meramente expressar um dos conceitos elencados pelo edital para a definição das notas.

- Inconformidade no valor estimado da contratação (item 3.3)

Inexiste no arcabouço jurídico pátrio fundamentação suficiente para se adotar como base de cálculo do valor do contrato o valor correspondente à soma dos investimentos mais a receita, devendo-se, portanto, optar por um ou outro critério.

⁸⁶ Disponível

em:https://www.baraodecocaes.mg.gov.br/abrir_arquivo.aspx/Concorrenca_1_2022_COMUNICADO_DE_SUSPENS_AO_SINE_DIE_EDITAL_RETIFICADO_2?cdLocal=3&arquivo={6A6ADB4E-A1AD-1ABB-C5C6-ED0EDD6DECA8}.pdf&cdLicitacaoArquivo=193367. Acesso em: 25/07/2024

Conclui-se pela **procedência** do apontamento em epígrafe e, considerando que o edital se encontra suspenso, subsistindo a possibilidade de aperfeiçoamento, propõe-se que seja **determinado** ao município que retifique o edital quanto ao valor total da contratação quando de sua republicação, para que seja considerando apenas o montante total de investimentos ou a totalidade de receitas, conforme abordagem que se revelar mais adstrita ao caso concreto.

Alternativamente, caso ocorra a assinatura do contrato sem a retificação do edital, propõe-se que seja **determinada assinatura de termo aditivo** com o propósito de formalizar tal ajuste.

- Ausência de previsão das Normas de Referência nº3/2023 (Resolução nº 161/2023), nº 5/2024 (Resolução nº 178/2024) e nº 06/2024 (Resolução nº 183/2024), todas aplicáveis ao presente projeto e publicadas anteriormente à republicação do Edital, o que permitiria sua adequação (item 3.4)

Entende-se que a omissão do Edital não obsta a vinculação do Município a uma Agência Reguladora que esteja alinhada com as normas de referência, não havendo que se falar em irregularidade no presente.

Conclui-se, assim, pela **improcedência** do apontamento. Não obstante, considerando-se que tal previsão confere maior clareza ao licitante sobre a futura atividade regulatória, **recomenda-se** aos gestores públicos que, na republicação do edital:

- (i) Indiquem expressamente a aderência às normas da ANA ou, no caso de não se seguirem normas da ANA, fundamente o Município devidamente a sua escolha, à luz da restrição de financiamentos federais e contratação de financiamentos com terceiros em um contrato de longo prazo como este;
 - (ii) Avalie a possibilidade de prever a agência reguladora como interveniente-anuente no contrato de concessão.
- Ausência de previsão do percentual de compartilhamento das Receitas Extraordinárias (item 3.13)

À luz do disposto no art. 11 da Lei n. 8987/95, considera-se irregular o não estabelecimento pelo contrato de governança sobre como se dará a destinação das receitas extraordinárias à modicidade tarifária.

Conclui-se pela **procedência** do apontamento e propões que seja **determinada** a adequação do edital para que contemple regramento mínimo que detalhe percentual de compartilhamento de receitas acessórias ou outro mecanismo destinado à sua reversão à modicidade tarifária, acompanhado da previsão **de revisões ordinárias** em que sejam avaliados os ganhos de produtividade relativos às receitas acessórias auferidas pelas concessionárias e os percentuais de compartilhamento como forma de controle da reversão das receitas obtidas com as fontes alternativas para a modicidade tarifária.

- Ausência de previsão da metodologia para a aferição do valor dos ativos não amortizados ou depreciados conforme a Norma de Referência nº 3 da ANA (item 3.14)

A observância às Normas de Referência, conforme a citada legislação pertinente, é uma condição necessária para que os titulares e prestadores de serviços de saneamento básico possam acessar recursos públicos federais, bem como para a contratação de financiamentos com recursos provenientes da União ou administrados por órgãos e entidades da administração pública federal.

Ocorre que no edital em análise não há previsão 2 sobre a observância às Normas de Referência, não há tampouco clareza acerca da aplicabilidade da citada resolução nº 161/2023, quando, na verdade, deveriam constar disposições específicas no edital e em seus anexos acerca do assunto, a fim de trazer maior segurança jurídica aos licitantes.

Ante ao exposto, esta Unidade Técnica entende pela **procedência** deste apontamento, sendo necessário que seja **determinado** os responsáveis pelo referido certame licitatório do Município de Barão de Cocais esclareçam de forma motivada no próximo Edital se irão ou não seguir a Normas de Referência n.º 3 da ANA, aprovada pela Resolução nº 161/2023, que trata da metodologia de cálculo da indenização dos bens reversíveis ainda não amortizados e, em caso diverso, que explicita a metodologia de indenização a se adotar nos múltiplos casos possíveis de extinção contratual.

- Ausência de distinção entre o valor de indenização devida à Concessionária em decorrência da anulação da Concessão por concorrência ou culpa exclusiva do Poder Concedente (item 3.15)

Em que pese a distinção acima tenha o condão de conferir mais segurança jurídica aos certames, não há que se falar em irregularidade diante da ausência de regulação específica nesse aspecto, ressalvando-se que nem a lei 8.987/95 nem as normas de referência da ANA estabelecem essa distinção

Não obstante, **propõe-se que seja recomendado aos responsável** que, ocorrendo a republicação do edital, considere o município a previsão de cláusula que faça distinção entre indenização por nulidade por culpa da concessionária, associando-a à caducidade, daquela por culpa apenas do Poder Concedente, que deve ser associada à encampação, tendo em vista a maior segurança jurídica proporcionada por tal previsão.

- Ausência de metas de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso e efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados (item 3.16)

Da forma como redigido, o instrumento convocatório não atende às exigências previstas no artigo 10-A, inciso I, da Lei n. 11.455/07, o que tem o potencial de ensejar **a nulidade da avença pretendida.**

Portanto, conclui-se pela **procedência** deste tópico da denúncia. Considerando-se que o certame se encontra suspenso e subsiste a possibilidade de retificação dessa irregularidade antes da assinatura do contrato, propõe-se que seja determinado município que **corrija o edital quanto a esse ponto, seguido de republicação, para se prever cláusula expressa,**

com meta explícita e quantificável, acerca da eficiência e do uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reuso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva.

Alternativamente, caso ocorra a assinatura do contrato sem a presença de inclusão de tais metas, propõe-se que seja **determinada a assinatura de termo aditivo** que considere as metas previstas no artigo 10-A, inciso I, da Lei n. 11.455/07, sob pena de nulidade da contratação.

Ressalva-se, contudo, que tal postergação representará novos encargos sujeitos a **reequilíbrio econômico-financeiro** para o privado, sem que necessariamente incida sobre esses valores os efeitos do processo concorrência, o que pode dar ensejo à **responsabilização** dos gestores.

Por fim, acatando as alegações dos responsáveis, conclui-se pela **improcedência** ou **ausência de medidas cabíveis** em relação aos seguintes apontamentos:

- Indevida utilização de norma de regência revogada, Lei Federal nº 8.666/1993, em detrimento da Lei Federal nº 14.133/2021 (item 3.1)
- Ausência de justificativa para a adoção de percentual paritário de 50% para cada critério (item 3.2.b)
- Desconsideração da Convenção de Haia para a nacionalização de documentos estrangeiros por meio de apostila (item 3.5)
- Múltiplos locais de entrega da Documentação (item 3.6)
- Ausência de indicação da empresa detentora do direito de receber o ressarcimento pela elaboração dos estudos que baseiam a Licitação (item 3.7)
- Divulgação simultânea do julgamento das Propostas Técnica e Comercial que contraria o disposto no artigo 46, §2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/1993 (item 3.8)
- Responsabilidade por eventual indenização à COPASA alocada ao Município, com indicação da rubrica orçamentária, mas sem qualquer demonstração de disponibilidade orçamentária (item 3.9)
- Ausência de previsão acerca da ordem de preferência, em caso de divergências, entre os esclarecimentos prestados pelo Poder Concedente no âmbito da Licitação e os demais documentos dela constantes (item 3.10)
- Inclusão genérica de serviços de interesse geral ou social que potencialmente possam

ser atribuídos à Concessionária, sem a garantia do reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, prejudicando – considerada a incerteza – a precificação da Proposta Comercial (item 3.11)

- Divergência sobre as regras de integralização do Capital Social da Concessionária entre o item 12.5. da Minuta de Contrato e os itens 8.1.5. e seguintes do Edital (item 3.12)

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, esta Unidade Técnica propõe:

- A citação dos subscritores do edital e responsáveis pela condução do certame, Sr. Douglas Aleixo Pena, Secretário de Obras e Saneamento, Sr. Cristiano de Oliveira Lage, Secretário de Meio Ambiente e Sr. Leonei Moraes Pires, Presidente da Comissão de Licitação, para apresentar suas razões de defesa tendo em vista as irregularidades apuradas e as determinações e recomendações propostas no presente relatório, bem como no relatório de peça 126 do SGAP.
- 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 26 de julho de 2024.

Jonas Vale Lara
Analista de Controle Externo
TC 3204-0



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



Israel Freitas Moreira Giovannetti
Analista de Controle Externo
TC 3542-1