

MANIFESTAÇÃO PRELIMINAR

Denúncia n. 1.148.581

Apenso: **Denúncia n. 1.167.241**

Excelentíssimo Senhor Relator,

I RELATÓRIO

Trata-se de denúncia, com pedido liminar, formulada pela sociedade empresária Aegea Saneamento e Participações S.A em face de possíveis irregularidades no edital de concorrência pública n. 001/2022, promovido pela Prefeitura Municipal de Barão de Cocais, cujo objeto é a contratação de sociedade empresária especializada na exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do referido Município.

A unidade técnica deste Tribunal apresentou estudo (cód. arquivo: 3229234, n. peça: 12).

O relator julgou prejudicada a análise da medida cautelar, em razão da suspensão do certame (cód. arquivo: 3242658, n. peça: 14).

Intimado, o responsável Douglas Aleixo Pena juntou aos autos cópia do processo licitatório, bem como se manifestou informando a suspensão do certame e solicitando a extensão do prazo para apresentação de esclarecimentos (cód. arquivos: 3250568, 3250569, 3250572, 3250571 e 3250570, n. peças: 19/23).

A representante juntou novo documento aos autos (cód. arquivo: 3255398, n. peça: 24).

Novamente intimados, os responsáveis se manifestaram nos autos às peças n. 37/43.

A unidade técnica deste Tribunal apresentou novo estudo (cód. arquivo: 3329181, n. peça: 45).



O Ministério Público de Contas se manifestou requerendo o aditamento da denúncia e a citação dos responsáveis (cód. arquivo: 3379403, n. peça: 47).

Intimados, os responsáveis pugnaram pela dilação do prazo para apresentação das informações e documentos requeridos (cód. arquivos: 3418782 e 3418821, n. peças: 52 e 53).

Concedida a dilação do prazo, os responsáveis juntaram documentos às peças n. 59/82, inclusive o edital retificado (cód. arquivo: 3450180, n. peça: 80).

A denunciante apresentou nova petição requerendo a juntada de precedente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, bem como reiterando o pedido para que seja reconhecida a nulidade do edital de concorrência pública n. 001/2022 (cód. arquivos: 3433170 e 3433171, n. peças: 84 e 85).

O relator determinou a redistribuição do feito para o Tribunal Pleno, tendo em vista a alteração do valor da licitação no edital retificado (cód. arquivo: 3458565, n. peça: 93).

A denunciante apresentou recomendação conjunta do Ministério Público de Minas Gerais, referente ao inquérito civil n. MPMG 0251.23.000097-7, que trata da concorrência n. 001/2023 do Município de Extrema/MG, cujo objeto é semelhante ao do edital pugnado nos presentes autos (cód. arquivos: 3483425, 3483426 e 3483427, n. peças: 95/97).

A unidade técnica deste Tribunal apresentou novo estudo (cód. arquivo: 3497016, n. peça: 101).

Intimados, os responsáveis apresentaram manifestações (cód. arquivos: 3523504 e 3523546, n. peças: 112 e 113).

A unidade técnica deste Tribunal apresentou novo estudo (cód. arquivo: 3596163, n. peça: 118).

A denunciante se manifestou nos autos requerendo a suspensão cautelar do edital de concorrência pública n. 001/2022, republicado em março de 2024, bem como sua posterior retificação quanto aos vícios alegados (cód. arquivo: 3565701 e 3606636, n. peças 121 e 123).

A unidade técnica deste Tribunal apresentou novo estudo (cód. arquivo: 3625656, n. peça: 126).



Os autos do processo n. 1.167.241 foram apensados a esta denúncia (cód. arquivo: 3630047, n. peça: 129).

Novamente intimados, os responsáveis se manifestaram nos autos (cód. arquivo: 3656300, n. peça: 135).

A unidade técnica deste Tribunal apresentou estudo acerca dos apontamentos apresentados na denúncia 1.167.241, apensa ao presente processo (cód. arquivo: 3728032, n. peça: 139).

Após, retornaram os autos ao Ministério Público de Contas.

É o relatório. Passo a me manifestar.

II FUNDAMENTAÇÃO

A unidade técnica deste Tribunal apresentou estudo (cód. arquivo: 3625656, n. peça: 126) nos seguintes termos:

4 CONCLUSÃO

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

Tais quesitos, por exemplo, poderiam ser objeto de pontuação na técnica de forma objetiva, seja por meio do licitante que propuser cronograma mais avançado para atendimento de metas de universalização, maior redução de perdas de água além daquela estabelecida como meta pelo edital, seja na maior quantidade de efluentes a serem reutilizados ou de água de chuva a ser captada pelo sistema proposto.

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

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

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

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

Posteriormente, quanto aos apontamentos da denúncia 1.167.241, a unidade técnica deste Tribunal concluiu em estudo (cód. arquivo: 3728032, n. peça: 139), o seguinte:

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 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 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.

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 nº 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 responsáveis** 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 nº 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 reúso 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 n° 8.666/1993, em detrimento da Lei Federal n° 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 n° 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 equilíbrio 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.

Assim, verifica-se que a unidade técnica deste Tribunal concluiu seu estudo pela procedência parcial das irregularidades em análise. Porém, o presente certame se encontra suspenso administrativamente, subsistindo, portanto, a possibilidade de retificação do edital, de modo que as irregularidades identificadas podem ser sanadas.

Dessa forma, antes de proceder com a diligência de citação dos responsáveis, faz-se necessária a intimação de Douglas Aleixo Pena, secretário de obras e saneamento, de Cristiano de Oliveira Lage, secretário de meio ambiente, e de



Leonei Moraes Pires, presidente da comissão de licitação, para que encaminhem, **assim que publicado**, cópia do edital retificado para novo exame.

Após, este Ministério Público de Contas requer a realização de novo estudo pela unidade técnica, para que se manifeste sobre as irregularidades apontadas na presente ação de controle externo, devendo o relator fixar prazo razoável para o cumprimento de tal diligência.

Após realizadas todas as diligências, este órgão ministerial pugna por nova vista dos autos a fim de que, com base nos novos elementos carreados, possa requerer as medidas necessárias ao correto deslinde do feito.

III CONCLUSÃO

Pelo exposto, o Ministério Público Contas **REQUER** a realização das diligências mencionadas na fundamentação desta manifestação. Após, **REQUER** que seja concedida nova oportunidade para que possa se manifestar. Alternativamente, **REQUER** ser intimado da decisão interlocutória que eventualmente indefira, no todo ou em parte, os requerimentos acima formulados.

Belo Horizonte, 04 de outubro de 2024.

(Documento assinado digitalmente – arquivo digital disponível no SGAP)

Maria Cecília Borges

Procuradora do Ministério Público / TCE-MG