

PROCESSO N.: 1.148.581
APENSO N.: 1.167.241
NATUREZA: Denúncia
RELATOR: Telmo Passareli
JURISDICIONADO: Município de Barão de Cocais/MG
EXERCÍCIO: 2023

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Denúncia, com pedido de concessão de liminar, oferecida pela empresa Aegea Saneamento e Participações S.A., que alega a existência de irregularidades no Edital da Concorrência Pública n. 001/2022, deflagrada pelo Município de Barão de Cocais/MG, procedimento licitatório que tem como objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a concessão, pelo período de 35 (trinta e cinco) anos, dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do referido Município.

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, por meio de Despacho (peça n. 11 do SGAP¹), determinou que os autos fossem encaminhados para esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações (CFCP), para exame dos fatos narrados, inclusive quanto ao pedido liminar, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

Em 21/06/2023, esta Unidade Técnica apresentou Relatório de Análise Inicial (peça n. 12 do SGAP) recomendando a concessão de cautelar para que o Município de Barão de Cocais/MG se abstinhasse de dar continuidade ao certame, bem como que fossem realizadas diligências.

Em Decisão do dia 29/06/2023 (peça n. 14 do SGAP), o Conselheiro Relator julgou prejudicada a análise da medida cautelar, tendo em vista que o certame em comento havia sido suspenso *sine die* pela Administração Municipal, conforme comunicado

¹ Sistema de Gestão e Administração de Processos do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

disponibilizado, no dia 15/06/2023, no portal eletrônico do Município². O Relator, na oportunidade, também determinou a intimação dos Srs. Douglas Aleixo Pena (Secretário Municipal de Obras e Saneamento) e Cristiano de Oliveira Lage (Secretário Municipal de Meio Ambiente, à época) para que encaminhassem os esclarecimentos solicitados em sede de diligência, bem como a cópia integral dos documentos elaborados no âmbito da Concorrência Pública n. 001/2022.

Em 06/07/2023 (peça n. 21 do SGAP), o Secretário Municipal de Obras e Saneamento solicitou a extensão do prazo para resposta aos apontamentos feitos para 30 (trinta) dias úteis, de modo a permitir uma análise mais aprofundada e a elaboração de respostas adequadas.

Em 28/07/2023 (peça n. 33 do SGAP), o Conselheiro Relator acolheu as razões apresentadas pelo jurisdicionado e concedeu, em caráter excepcional, novo prazo de 10 (dez) dias úteis para apresentação dos esclarecimentos e documentos determinados.

Em 22/08/2023, o processo foi tramitado para esta Unidade Técnica para reexame.

Em 06/09/2023, foi juntado aos autos novo Relatório Técnico (peça n. 45 do SGAP), que concluiu pela procedência de alguns apontamentos da Denúncia, ressaltando que seria necessário aguardar a republicação do Edital para emissão de parecer considerando eventuais alterações.

Em 18/10/2023, o Ministério Público de Contas (MPC) apresentou Relatório de Manifestação Preliminar (peça n. 47 do SGAP), por meio do qual requereu aditamento da Denúncia e a citação dos responsáveis para apresentarem defesa.

Em 25/10/2023, o relator, por meio de despacho (peça n. 48 do SGAP), determinou nova intimação dos senhores Douglas Aleixo Pena, Secretário Municipal de Obras e Saneamento, e Cristiano de Oliveira Lage, Secretário Municipal de Meio Ambiente na época, para que no prazo de 15 (quinze) dias úteis encaminhassem a documentação solicitada por esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações (CFCP).

² Disponível no link [Comunicado de Suspensão Sine Die publicado em 15/06/2023](#). Acessado em 06/01/2025.

Após solicitação do jurisdicionado, o Relator, em 29/11/2023, ampliou o prazo por mais 10 (dez) dias, conforme peça de n. 55 do SGAP.

Em 05/12/2023, o Município de Barão de Cocais/MG, por meio da Secretaria Municipal de Obras e Saneamento e da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, juntou aos autos Petição (peça n. 69 do SGAP) com as justificativas e documentos solicitados por esta Unidade Técnica.

Em 11/12/2023, a Aegea Saneamento e Participações S.A. apresentou nova Petição (peça n. 84 do SGAP) requerendo a juntada de precedente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE-RO), bem como reiterou o pedido para que fosse reconhecida a nulidade do Edital de Concorrência Pública n. 001/2022.

Em 12/12/2023, o relator, por meio de Despacho (peça n. 93 do SGAP), 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 (um bilhão, duzentos e quarenta e cinco milhões, novecentos e oitenta e dois mil, quatrocentos e quarenta e três reais e setenta e oito centavos). Em seguida, o processo foi redistribuído e remetido a esta Coordenadoria para exame.

Em 16/01/2024, o Município de Barão de Cocais/MG publicou nova versão do Edital de Concorrência n. 001/2022 (versão 02), estabelecendo o dia 05/03/2024 como data para abertura dos Documentos de Qualificação e das Propostas Técnicas e Comerciais.

Em 31/01/2024, a denunciante Aegea Saneamento e Participações S.A. apresentou Petição (peça n. 95 do SGAP) 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 (MPMG), referente ao Inquérito Civil MPMG-0251.23.000097-7, que trata da Concorrência n. 001/2023, do Município de Extrema/MG.

Em 06/02/2024, foi juntado, por esta Unidade Técnica, Relatório de Análise Técnica (peça n. 101 do SGAP), que concluiu pela procedência parcial da Denúncia, bem como considerou que existiam elementos que justificavam a suspensão do certame.

Em 08/02/2024 (peça n. 103 do SGAP), o Relator determinou a intimação dos responsáveis pela licitação para que apresentassem informações sobre os apontamentos técnicos ou que procedessem à devida adequação do Edital.

Em 26/02/2024, o Secretário Municipal de Obras e Saneamento, Sr. Douglas Aleixo Pena, e o Secretário Municipal de Meio Ambiente na época, Sr. Cristiano de Oliveira Lage, apresentaram Manifestação (peças n. 112 e 113 do SGAP) sobre o Relatório Técnico elaborado por esta Unidade Técnica, indicando que seriam feitos ajustes no Edital.

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

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 Concorrência Pública n. 001/2022 pelo Município de Barão de Cocais/MG, no dia 22/03/2024, alegando que o referido procedimento licitatório se encontrava eivado dos vícios observados no instrumento convocatório anterior. Desse modo, requereram a concessão de medida cautelar para suspensão do certame.

Em razão da aposentadoria do Conselheiro Relator José Alves Viana, em 03/04/2024, os autos foram redistribuídos ao Conselheiro Substituto Telmo Passareli, que passou a exercer as funções do cargo até novo provimento, nos termos da Portaria da Presidência n. 25/PRES./2024³.

Em 25/04/2024, o Município de Barão de Cocais/MG 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 n. 123 e 125 do SGAP.

³ Portaria publicada no Diário Oficial de Contas – DOC, edição de 03/04/2024.

Em 07/05/2024, conforme página da Prefeitura⁴, o Município de Barão de Cocais/MG 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. Conforme 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 n. 1.167.241, perante este Tribunal de Contas. De acordo com o ato, a Comissão Especial de Licitação (CEL) necessitaria de tempo adicional para realizar análise acurada e as alterações necessárias no instrumento convocatório.

Em 13/05/2024, esta Unidade Técnica elaborou novo Relatório de Análise Técnica Inicial (peça n. 126 do SGAP), 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, fosse determinado aos gestores a retificação das irregularidades identificadas.

Em 14/05/2024 (peça n. 128 do SGAP), o Conselheiro Relator em exercício determinou o apensamento da Denúncia n. 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 n. 1.167.241 (peça n. 17 do SGAP), o Relator determinou a intimação do Secretário Municipal de Meio Ambiente de Barão de Cocais/MG, Sr. David Pessoa Guedes (ou de quem o houvesse substituído), para que, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, apresentasse esclarecimentos acerca dos fatos denunciados

⁴ Prefeitura Municipal de Barão de Cocais/MG - Detalhe da Licitação CO-1/2022 (www.baraodecocais.mg.gov.br).

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 n. 130 do SGAP), o Relator encaminhou o presente feito à Secretaria do Tribunal Pleno a fim de que fosse reiterada a intimação do Sr. David 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 n. 24 da Denúncia n. 1.167.241.

Em 05/06/2024, o Município de Barão de Cocais/MG apresentou Manifestação (peça n. 135 do SGAP) com justificativas em relação aos apontamentos formulados nos autos da Denúncia n. 1.167.241.

Em 06/06/2024 (peça n. 138 do SGAP), o Relator encaminhou os presentes autos a esta Coordenadoria para exame técnico.

Em 26/07/2024, após análise dos autos, esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações (CFCP) emitiu Relatório de Análise Técnica (peça n. 139 do SGAP), que concluiu pela inexistência de fundamentos para a concessão de medida cautelar, bem como pela procedência parcial da denúncia, com recomendação e determinações para que o Município de Barão de Cocais/MG promovesse alterações no Edital quando viesse a republicá-lo. Também foi proposta a citação dos subscritores do Edital e dos responsáveis pela condução do certame para apresentar defesa em relação às irregularidades apuradas.

Em 09/10/2024, o Ministério Público de Contas juntou aos autos Manifestação Preliminar (peça n. 141 do SGAP), por meio do qual requereu, registrando que o certame se encontrava suspenso, a realização de novo estudo pela Unidade Técnica após a republicação do Edital, para que se manifeste sobre as irregularidades apontadas na presente ação de controle externo considerando o novo instrumento convocatório da Concorrência Pública n. 001/2022.

No dia seguinte, o Relator proferiu despacho para determinar o encaminhamento do feito à esta Unidade Técnica para análise, tendo em vista a republicação do Edital da

Concorrência Pública n. 001/2022. Os documentos correspondentes a esse Edital foram juntados aos autos em 14/10/2024.

Em 16/10/2024, a Aegea Saneamento e Participações S.A. juntou aos autos nova Petição (peça n. 178 do SGAP), por meio da qual requereu a juntada ao processo de decisão Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) sobre a inadequação do critério “técnica e preço” no âmbito da licitação de saneamento básico do Município de Santa Maria de Itabira/MG, bem como a concessão de medida cautelar para a imediata suspensão do Edital de Concorrência Pública n. 001/2022, republicado no dia 02/10/2024 e o reconhecimento de sua nulidade, condicionando o prosseguimento da licitação à retificação de todos os vício identificados.

Em 21/10/2024, conforme peça n. 185 do SGAP, o Município de Barão de Cocais/MG também juntou Manifestação, através da qual apresenta “Esclarecimentos Complementares” a respeito da Denúncia apresentada pela GS Inima Brasil Ltda. e do Edital republicado.

Em 05/11/2024, conforme peça n. 189 do SGAP, esta Unidade Técnica concluiu, em análise perfunctória, pela necessidade de concessão da medida liminar, a fim de que o Município de Barão de Cocais/MG se abstinhasse de dar continuidade ao certame até que fosse promovida a alteração das minutas do Edital e de seus anexos, para adotar algum dos critérios de julgamento previstos no art. 15 da Lei Federal n. 8.987/1995 que não incluíssem a avaliação de propostas técnicas.

Em 19/11/2024, conforme peça n. 190 do SGAP, o relator, por meio de decisão monocrática, em consonância com a fundamentação técnica elaborada por esta Coordenadoria, determinou a suspensão da Concorrência Pública n. 01/2022 promovida pelo Município de Barão de Cocais/MG, fixando prazo de 5 (cinco) dias para que a Administração Municipal comprovasse nos autos a adoção da medida ordenada.

Em seguida, conforme peça n. 191 do SGAP, a empresa Aegea Saneamento e Participações S.A. apresentou Manifestação reiterando a existência de irregularidades no Edital Retificado 03 da Concorrência Pública n. 01/2022, sobretudo quanto à adoção do critério técnica e preço, e o pedido de concessão de medida cautelar para a imediata suspensão do Edital.

Ato contínuo, os Srs. Douglas Aleixo Pena, Secretário Municipal de Obras e Saneamento, e David Pessoa Guedes, Secretário Municipal de Meio Ambiente, em respeito à decisão proferida por este Tribunal, manifestaram-se, respectivamente, junto às peças n. 204 e 206 do SGAP, no sentido de tornar público a suspensão *sine die* do Processo Licitatório n. 01/2022.

Na sequência, conforme Acórdão instruído junto à peça n. 208 do SGAP, o Tribunal Pleno desta Corte, na sessão do dia 27/11/2024, referendou a decisão monocrática que concedeu a cautelar de suspensão da Concorrência Pública n. 01/2022 promovida pelo Município de Barão de Cocais/MG.

Por fim, conforme peça n. 210 do SGAP, o presente processo foi encaminhado a esta Coordenadoria para exame.

É o relatório, no essencial.

2. ESCOPO

O presente Relatório tem como escopo documentar a análise técnica inicial dos apontamentos constantes das denúncias apresentadas pelas empresas Aegea Saneamento e Participações S.A. e GS Inima Brasil Ltda., bem como das demais manifestações apresentadas pelas referidas empresas nos autos⁵, considerando, para tanto, os termos do Edital da Concorrência Pública n. 001/2022 republicado em 02/10/2024⁶, enviado pelo Município de Barão de Cocais/MG e encartado aos autos como a peça n. 143 do SGAP, em atenção ao despacho do Relator de 10/10/2024 (peça n. 142 do SGAP).

Ressalte-se que essa Coordenadoria já emitiu 7 (sete) relatórios nos autos, constando as referidas manifestações das peças n. 12, 45, 101, 118, 126, 139 e 189 do SGAP. Desses relatórios, os 5 (cinco) primeiros dizem respeito exclusivamente aos apontamentos da Denúncia n. 1.148.581, tendo, por outro lado, o Relatório encartado como a peça n. 139 do SGAP cuidado de analisar apenas as irregularidades suscitadas na Denúncia n. 1.167.241. Já o último relatório constante do feito, encartado como a peça n. 189 do

⁵ Peças n. 178 do Processo Principal (1.148.581) e n. 27 do Processo Apenso (1.167.241).

⁶ Disponível em <https://www.baraodecocais.mg.gov.br/detalhe-da-licitacao/info/co-1-2022/71126>. Acessado em 16/12/2024.

SGAP, tratou especificamente do pleito de concessão de medida liminar com vistas à suspensão da disputa.

A presente manifestação terá como foco, assim, promover nova análise das matérias que já foram tidas como, ainda que em parte, procedentes nos autos, considerando, desta vez, os novos termos do Edital recém-publicado pelo Município de Barão de Cocais/MG, cotejando-os com os aspectos em que forma identificadas quaisquer irregularidades nos supracitados relatórios, com o fito de sanear o feito e viabilizar o seu regular prosseguimento.

Com isso, é importante pontuar que não serão revisitados, nesta oportunidade, os temas que já foram considerados improcedentes por esta Unidade Técnica, tampouco os considerados superados ao longo do processo em função da republicação do Edital do certame, **ressalvados** apenas aqueles que foram objeto da nova manifestação apresentada pelo Município de Barão de Cocais/MG (peças n. 182 e 185 do SGAP) e pela empresa GS Inima Brasil Ltda. (peça n. 27 do SGAP do processo apenso), petições ainda não analisadas nos autos.

Não serão analisadas, portanto, as alegações de ilegalidade da exigência de visita técnica obrigatória⁷, ausência de definição de critérios essenciais para a formulação de propostas comercial⁸, ilegalidade da vedação ao somatório de atestados entre consorciadas para atendimento das exigências de qualificação técnica-profissional⁹, ausência de regulamentação acerca da participação de veículos de investimentos¹⁰, exigência indevida de atestados de qualificação técnica na prestação dos serviços¹¹, vedação indevida à participação isolada de fundos de investimento¹², ausência de previsão de apresentação de contrarrazões/impugnação aos recursos administrativos apresentados no curso da

⁷ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.3) e 101 (subitem 3.3) do SGAP, e foi considerada superada.

⁸ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.4), 101 (subitem 3.1), 118 (subitem 3.1) e 126 (subitem 3.1.3) do SGAP, e foi considerada superada.

⁹ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.5) e 101 (subitem 3.5) do SGAP, e foi considerada superada.

¹⁰ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.8) e 101 (subitem 3.8) do SGAP, e foi considerada superada.

¹¹ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.6), 45 (subitem 3.3) e 101 (subitem 3.6) do SGAP, e foi considerada superada.

¹² Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.9) e 101 (subitem 3.9) do SGAP, e foi considerada superada.

licitação¹³, ilegalidade na previsão de quantitativos mínimos para qualificação técnica profissional¹⁴ e vedação à participação de consórcios com mais de três licitantes¹⁵, todas já superadas por esta Unidade Técnica.

Vale consignar, ainda, que o certame ora em análise, conforme anotado no título anterior, encontra-se suspenso cautelarmente por força de decisão proferida por esta Corte, motivo pelo qual serão indicadas na presente manifestação as medidas que esta Unidade Técnica entende necessárias para o saneamento do procedimento licitatório em exame, em atenção ao que dispõe o artigo 121 do Regimento Interno.

Por fim, é importante frisar que não há aqui a pretensão de realizar uma análise integral das disposições do Edital republicado, de modo que os apontamentos ora analisados serão exclusivamente aqueles levantados nos autos, na forma prevista no artigo 150, §1º, do Regimento Interno.

3. ANÁLISE TÉCNICA

Conforme registrado no título anterior, serão revisitados, na seção 3.1 do presente Relatório, para análise complementar, os temas que, apesar de terem sido considerados inicialmente improcedentes por esta Unidade Técnica, foram objeto da nova Manifestação apresentada pelo Município de Barão de Cocais/MG (peças n. 182 e 185 do SGAP) e pela empresa GS Inima Brasil Ltda. (peça n. 27 do SGAP do processo apenso), petições que ainda não foram analisadas nos autos.

Na sequência, na seção 3.2, o presente Relatório terá como foco as principais alterações trazidas pelo instrumento convocatório, cotejando-as com os apontamentos elencados nos Relatórios Técnicos constantes das peças n. 126 e 139 do SGAP, a fim de verificar se as

¹³ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.10) e 101 (subitem 3.11) do SGAP, e foi considerada inicialmente improcedente e, após alteração do Edital, superada.

¹⁴ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.11) e 101 (subitem 3.12) do SGAP, e foi considerada inicialmente improcedente e, após alteração do Edital, superada.

¹⁵ Matéria que foi objeto de análise no relatório técnico que compõe a peça n. 101 do SGAP e foi considerada superada.

irregularidades identificadas nas referidas manifestações técnica subsistem no novo instrumento convocatório.

3.1. TEMAS QUE FORAM OBJETO DE NOVA MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS

3.1.1. Aplicação da Lei Federal n. 8.666/1993 mesmo em caso de republicação do Edital (item 3.1 do relatório à peça n. 139 do SGAP)

3.1.1.1. *Manifestação do Município*

Alega 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 a alteração da lei de regência do certame, porquanto o objeto que será posto em disputa é o mesmo, e a fase preparatória, que contempla os estudos prévios e a delimitação do objeto, seguirá servindo à Administração, como no presente caso. Aduz que o aperfeiçoamento do Edital e anexos não configura uma intercorrência capaz de configurar “outra licitação”.

Argumenta que esta Unidade Técnica já se manifestou sobre o tema na Denúncia n. 1.167.241.

Também ressalta que o certame em análise aproveita as regras de transitoriedade definidas na Lei Federal n. 14.133/2021, as quais possibilitam que os certames elaborados e publicados sob a égide da Lei Federal n. 8.666/1993 tenham prosseguimento até o seu desfecho.

Cita a doutrina de José Anacleto Abduch¹⁶, segundo o qual é fundamental que a primeira publicação do instrumento convocatório tenha sido efetivada até 29 de dezembro de 2023 para que se aproveite o processo licitatório segundo as regras da Lei Federal n. 8.666/1993. Cita, ainda, o entendimento do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCE-ES) no sentido de que todo o processo licitatório e os contratos decorrentes deverão também ser regidos pela mesma legislação escolhida, ainda que realizada nova publicação do Edital, após a referida data.

¹⁶ SANTOS, José Anacleto Abduch. Nova Lei de Licitações: regras de transição do velho para o novo regime. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 22/12/2023. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>.

Assim, conclui que não há óbices à continuidade do processo licitatório de concessão de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (Concorrência Pública n. 001/2022), ainda sob o regime da Lei Federal n. 8.666/1993, considerando que a republicação do instrumento convocatório teve a finalidade de aperfeiçoar alguns elementos do certame.

3.1.1.2. Análise técnica:

O tema objeto deste apontamento foi analisado no Relatório de peça n. 139 do SGAP, item 3.1, não tendo sido verificada qualquer irregularidade naquela ocasião.

Em razão de não ter sido apresentado nenhum fato novo ao presente apontamento, reitera-se que o Edital da Concorrência Pública n. 01/2022 foi publicado inicialmente em 17/08/2022, data esta anterior a 31/03/2023, podendo o certame se basear na Lei Federal n. 8.666/1993, em linha com a tese defendida naquele Relatório Técnico:

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 31/12/2023.¹⁷

Ressalta-se, ademais, a necessária consideração dos princípios da economicidade, eficiência, celeridade, razoabilidade e do interesse público, no sentido de que a alteração da lei de regência, no caso concreto, resultaria nova reformulação da contratação conforme a Lei Federal n. 14.133/2021, gerando atrasos na prestação de um serviço essencial à população.

Reitera-se, assim, à luz de julgado do Tribunal de Contas da União (TCU) e dos princípios da economicidade, eficiência, celeridade e razoabilidade, a conclusão de ser possível a interpretação no sentido de que o certame pode continuar sendo regido pela Lei Federal n. 8.666/1993, sendo, portanto, **improcedente** o apontamento em tela.

3.1.2. Exigência de que todos os documentos em língua estrangeira devem ser acompanhados de tradução juramentada para a língua portuguesa, realizada por tradutor juramentado, além de devidamente consularizados no Consulado

¹⁷ TCU. Acórdão n. 507/2023, Relator Augusto Nardes, Sessão de 22/03/2023.

Brasileiro do País de origem (item 3.6.5.), ignorando o disposto na Convenção de Haia e restringindo indevidamente a participação de licitantes.

3.1.2.1. *Manifestação do Município*

Assegura o Município que Edital n. 001/2022 foi retificado nesse ponto, considerando que a exclusão da referida exigência facilita a participação dos licitantes que pretendam usar documentos estrangeiros.

3.1.2.2. *Análise Técnica*

O tema objeto de manifestação foi analisado no Relatório de peça n. 139 do SGAP, item 3.5, sendo possível verificar que tal exigência poderia dificultar a participação dos Licitantes que pretendessem utilizar documentos estrangeiros, dado que a Lei Federal n. 8.666/1993 se refere especificamente aos documentos necessários à habilitação, e não a qualquer documento. Porém ao se considerar o valor estimado do contrato (R\$ 1.252.555.476,41) com os valores para a adequação ao Edital, verificou-se que tais valores seriam um percentual insuscetível de impedir que eventuais *players* que se interessem por contratos deste porte participem do certame.

Dessa forma, concluiu-se que este aspecto não possuía o condão necessário para macular o certame, haja vista que não configurava prejuízo aos interessados em participar da fase de julgamento da licitação.

Além disso, o Município de Barão de Cocais/MG retificou o Edital para corrigir o vício apontado, sanando, assim, a irregularidade apontada na Denúncia, de modo que a irregularidade levantada se encontra **superada**.

3.1.3. Múltiplos locais de entrega da documentação, o que coloca sob risco a fiscalização efetiva dos demais licitantes quanto ao regular prosseguimento do certame, especialmente quanto ao horário e data da entrega.

3.1.3.1. *Manifestação do Município*

Afirma o Município que, apesar de esta Unidade Técnica ter se manifestado pela improcedência do apontamento, essa cláusula teria sido modificada com o intuito de

descrever de modo mais assertivo as datas, horários e locais de entrega de documentação, bem como a data, horário e local de realização da sessão pública de abertura de propostas.

3.1.3.2. *Análise Técnica*

No Relatório de peça n. 139 do SGAP, item 3.6, esta Coordenadoria entendeu não ter havido irregularidade nesse apontamento, razão pela qual concluiu pela improcedência da Denúncia com relação à matéria.

Ainda assim, observa-se que, no Edital retificado 3 (peça n. 143 do SGAP), passando a estabelecer somente um local de entrega de documentação, nos seguintes termos:

3.7.17. 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 17h30min do dia 21 de novembro de 2024. No dia 22 de novembro de 2024, impreterivelmente de 08h as 09h, neste Município, onde posteriormente ocorrerá a sessão pública de Abertura.

Diante disso, reitera-se não haver irregularidade quanto a esse ponto, estando **superado** o tema.

3.1.4. Ausência de indicação da empresa responsável pela realização dos estudos.

3.1.4.1. *Manifestação do Município*

Apesar de esta Unidade Técnica ter se manifestado pela improcedência do apontamento, o Município prontificou-se a fazer a indicação expressa da empresa vencedora do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), que será ressarcida pelos estudos realizados.

3.1.4.2. *Análise Técnica*

No Relatório de peça n. 139 do SGAP, item 3.7, esta Coordenadoria entendeu que não houve irregularidade nesse apontamento, razão pela qual concluiu pela improcedência da Denúncia quanto a esse ponto. Não se vislumbrou 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 estatal. Assim, qualquer licitante interessado em saber o real beneficiário do pagamento pelo PMI teria condições de fazê-lo.

Ainda assim, observa-se constar, no Edital retificado 3 (peça n. 143 do SGAP), no item 3.9.5, alínea c, o ressarcimento pela realização dos estudos elaborados à empresa Prefisan Engenharia Ltda., vencedora do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI).

Resta, com isso, **superado** o apontamento ora em análise.

3.1.5. Inexistência de ilegalidade acerca da divulgação simultânea dos resultados dos julgamentos das propostas técnicas e comerciais.

3.1.5.1. Manifestação do Município

Conforme análise desta Unidade Técnica, não foi identificada irregularidade quanto a esse apontamento. Ressalta o Município que, inicialmente, as propostas técnicas serão avaliadas e, somente na sequência, será realizado o exame das propostas comerciais.

3.1.5.2. Análise Técnica

No Relatório de peça n. 139 do SGAP, item 3.8, esta Coordenadoria entendeu que não houve irregularidade nesse apontamento, pois, conforme apresentado pelo Município, 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.

Como se pode observar no Relatório supracitado, o Edital atendeu às determinações da Lei Federal n. 8.666/1993, pois, conforme leitura consecutiva dos itens, 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.

Em razão do alinhamento do Edital com os ditames legais, esta Unidade Técnica entende pela **improcedência** deste apontamento.

3.1.6. Vício quanto à responsabilidade pelo pagamento de valor a título de indenização à Companhia de Saneamento de Minas Gerais (Copasa-MG).

3.1.6.1. Manifestação do Município

O Município informa que, apesar de esta Unidade Técnica ter concluído pela improcedência desse apontamento, ressalta que, apurando-se a necessidade de ressarcimento à Companhia de Saneamento de Minas Gerais (Copasa-MG), atual concessionária, fica, desde já, estabelecido que o Município de Barão de Cocais/MG se responsabilizará por tal pagamento, de modo que os licitantes não deverão considerar este ônus em suas propostas comerciais.

3.1.6.2. Manifestação do denunciante (peça n. 27 da Denúncia 1.167.241)

Alega o denunciante que o Município confirmou não saber o valor devido sobre eventual indenização a ser paga à Copasa-MG, destacando que o Poder Concedente assegurou que o Município de Barão de Cocais/MG se responsabilizará por tal pagamento, de modo que os licitantes não deverão considerar esse ônus em suas propostas comerciais.

Por conta disso, o denunciante argumentou que essa medida traz grande insegurança jurídica ao projeto, já que não há pagamento de outorga por parte dos licitantes, o que garantiria algum recurso arrecadado pelo Município.

Por fim, concluiu que, em razão de não ter havido comprovação de disponibilidade orçamentária e financeira, há grave risco de suspensão dos atos praticados ou a serem praticados no âmbito da licitação ou, ainda e no limite, anulação, causando prejuízos não só aos licitantes, mas, também, à população atendida.

3.1.6.3. Análise Técnica

No relatório de peça n. 139 do SGAP, especificamente no seu subitem 3.9, esta Unidade Técnica, analisando a alegação da denunciante de que não havia qualquer comprovação de efetiva disponibilidade orçamentária para suportar eventual indenização devida à Copasa-MG, concluiu pela improcedência do apontamento, sob o ponto de vista orçamentário, dada a incerteza em relação ao *quantum* devido à atual concessionária por eventuais investimentos realizados ao longo do contrato e ainda não amortizados.

A dúvida quanto à própria existência de indenização a ser paga foi um ponto importante para esta Unidade Técnica chegar a essa conclusão, especialmente considerando que o

contrato firmado com a Copasa-MG chegou ao seu termo em 2020, de modo que, pelo menos em tese, todos os investimentos realizados ao longo da vigência contratual deveriam estar devidamente amortizados.

Não se olvida, no entanto, que pode ter sido necessária a realização de novos investimentos em ativos reversíveis para garantir a continuidade e a modernidade da prestação do serviço de saneamento, isso no curso do contrato ou mesmo após o seu vencimento, já que a Copasa-MG continua prestando os serviços sem amparo contratual, o que pode dar ensejo ao pagamento da indenização de que trata o artigo 36 da Lei Federal n. 8.987/1995.

É por isso que a obrigação de realizar levantamentos, avaliações e liquidações necessárias quando do encerramento do vínculo contratual está expressamente prevista no artigo 35, §2º, da Lei Federal n. 8.987/1995, para todas as formas de extinção contratual, inclusive para a hipótese de advento do termo contratual, dispositivo que possui a seguinte redação:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

§ 1º **Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis**, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no Edital e estabelecido no contrato.

§ 2º **Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.**

(...) (Destaques acrescidos).

Tendo isso em mente, já no Relatório Técnico que consta da peça n. 139 do SGAP, esta Coordenadoria chamou atenção para a necessidade de o Município **apurar** se há algum valor devido à Copasa-MG, considerando, inclusive, as informações prestadas seja pela Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário

do Estado de Minas Gerais (Arsae-MG), em atenção ao que dispõe o artigo 20, *caput*, da sua Resolução Arsae-MG n. 191, de 20/03/2024¹⁸¹⁹, seja pela Copasa-MG, em função do que previa o artigo 1º da Resolução Arsae-MG n. 72, de 09/07/2015²⁰²¹.

Sobre o tema, a minuta contratual até resguarda a futura concessionária a ser contratada em relação à eventual indenização devida à Copasa-MG, prevendo que o pagamento do valor devido a esse título será de responsabilidade exclusiva do Poder Concedente, nos seguintes termos:

8.8. RESSARCIMENTO DOS ESTUDOS RELATIVOS À CONCESSÃO E DOS EVENTUAIS ATIVOS NÃO AMORTIZADOS

8.8.1. Em até 5 (cinco) dias úteis antes da assinatura do CONTRATO, a LICITANTE VENCEDORA deverá comprovar 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 PREFISAN ENGENHARIA LTDA., relacionados à CONCESSÃO, com fulcro no art. 21, da Lei Federal nº. 8.987/1995.

8.8.2. 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-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) encargo que deverá ser suportado pela Administração Pública.

8.8.3. 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.

a. 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.

¹⁸ 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.

¹⁹ A Resolução Arsae-MG n. 191, de 20/03/2024, foi alterada pela Resolução Arsae-MG n. 200, de 10/12/2024, mantida a redação do art. 20 citado.

²⁰ 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.

²¹

A Resolução Arsae-MG n. 72, de 09/07/2015, foi revogada pela Resolução Arsae-MG n. 191, de 20/03/2024, conforme art. 34.

Não há, contudo, como é possível observar, **nenhuma informação no Edital em relação à apuração de eventual valor devido a título de indenização, o que, de fato, como alega a empresa GS Inima Brasil Ltda., pode gerar insegurança em potenciais interessados**, inclusive refletindo no número de interessados em participar do certame.

É que, nos termos do artigo 42, §5º, da Lei Federal n. 11.455/2007, cuja redação foi dada pelo Novo Marco Legal do Saneamento, a transferência dos serviços de um prestador de serviços a outro é **condicionada** à indenização dos investimentos realizados em bens reversíveis ainda não amortizados. O supracitado artigo possui os seguintes termos:

Art. 42. Os valores investidos em bens reversíveis pelos prestadores constituirão créditos perante o titular, a serem recuperados mediante a exploração dos serviços, nos termos das normas regulamentares e contratuais e, quando for o caso, observada a legislação pertinente às sociedades por ações.

(...) §5º **A transferência de serviços de um prestador para outro será condicionada, em qualquer hipótese, à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados**, nos termos da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, facultado ao titular atribuir ao prestador que assumirá o serviço a responsabilidade por seu pagamento.

(Destques acrescidos).

Sobre o mencionado dispositivo legal, é prudente registrar que ainda há muita celeuma em torno da sua interpretação, havendo vários precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ)²², anteriores às inovações trazidas pelo Novo Marco do Saneamento, é verdade, no sentido de que a transferência de titularidade dos bens reversíveis ao Poder Concedente se opera de imediato e não depende de prévia indenização por investimentos não amortizados, em homenagem ao princípio da continuidade do serviço público.

Há, ainda, recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), no bojo da Reclamação Constitucional n. 64.128/SP²³, tendo a Segunda Turma da mencionada Corte concluído ser razoável a flexibilização dos termos do artigo 42, §5º, da Lei Federal n. 11.445/2007, para afastar, como condição para a transferência dos serviços de saneamento, o pagamento prévio de eventual indenização devida, ainda pendente de liquidação, isso, no

²² Nesse sentido, destaca-se o REsp 1314050/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 19/12/2012 e o REsp 1059137/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 29/10/2008.

²³ Rcl 64128 AgR, Relator(a): André Mendonça, Segunda Turma, julgado em 20-05-2024, processo eletrônico, DJe-s/n, divulg. 27-06-2024, publicado em 28-06-2024.

entanto, considerando as peculiaridades do caso específico, entre as quais o fato de haver discussão judicial sobre o advento do termo do contrato, a continuidade da concessão e a forma de liquidação da indenização devida.

O receio da denunciante de que essa questão gere atraso na execução do projeto concedido em função da impossibilidade de reversão dos bens da concessão não se revela, assim, infundado ou ilegítimo, podendo o início da operação dos serviços efetivamente vir a ser afetado, dado que, *in casu*, não há notícia nos autos sobre nenhum fator que tenha o potencial de justificar a flexibilização da exigência de indenização prévia para a transferência dos serviços a uma nova concessionária.

Pelo contrário, o fato de o contrato ter seguido o seu curso normal, tendo sido encerrado pelo decurso do seu prazo de vigência inicialmente convencionado, permitiria que o Município de Barão de Cocais/MG se programasse e iniciasse tempestivamente a apuração de eventuais valores devidos à Copasa-MG, com vistas à realização do pagamento antes da transferência dos serviços à nova concessionária.

É certo, ainda, que eventual atraso na assunção dos serviços pela nova concessionária e na execução do projeto concedido pode vir a dar ensejo à recomposição econômica em seu favor, o que gerará prejuízo ao erário passível de ser imputado ao gestor que lhe deu causa.

Dito isso e considerando as razões expostas pela denunciante GS Inima Brasil Ltda. na peça n. 27 do Processo apenso n. 1.167.241, esta Unidade Técnica conclui pela **procedência** do apontamento, sugerindo que, observados o contraditório e a ampla defesa, seja **determinado** ao Município de Barão de Cocais/MG que, antes de assinar o contrato, promova os procedimentos administrativos necessários para apurar e liquidar eventual indenização devida à Copasa-MG pelos bens reversíveis ainda não amortizados, na esteira do que dispõe o artigo 35, §2º, da Lei Federal n. 8.987/1995, a fim de viabilizar a realização do seu pagamento tempestivamente, garantindo maior segurança jurídica aos potenciais interessados na disputa.

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

3.1.7.1. Manifestação do Município

Afirma o Município que, apesar de esta Unidade Técnica ter concluído pela improcedência desse apontamento, o instrumento convocatório foi retificado nesse ponto, com o objetivo de aprimorar as regras referentes à interpretação do Edital e seus anexos.

3.1.7.2. Análise Técnica

Este apontamento foi considerado improcedente no âmbito do Relatório de peça n. 139 do SGAP, item 3.10, em face da ausência de regramento específico pelo Edital sobre a prevalência dos esclarecimentos em relação às regras editalícias não representarem mácula ao certame, pois esclarecimentos são, per si, vinculantes quanto às informações 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.²⁴

A despeito disso, o Município informou que o Edital foi retificado para incluir referência à prevalência dos esclarecimentos com relação às peças editalícias, o que se confirma da nova versão republicada:

9.4. REGRAS DE INTERPRETAÇÃO

9.4.1. No caso de divergências entre as normas legais, o EDITAL, o CONTRATO e seus respectivos ANEXOS, prevalecerá a seguinte ordem:

9.4.2. Em primeiro lugar, as respostas às eventuais impugnações e pedidos de esclarecimentos;

9.4.3. Em segundo lugar, as disposições constantes das normas legais aplicáveis ao presente EDITAL, bem como as normas sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público previstas na Lei nº. 13.655/2018, sem prejuízo da valorização da boa-fé, da consensualidade, e do direito dialógico;

9.4.4. Em terceiro lugar, o EDITAL;

9.4.5. Em quarto lugar, o CONTRATO.

(Destaques acrescentados)

²⁴ Acórdão 179/2021-TCU-Plenário.

Entende-se, portanto, que o novo regramento se harmoniza com o citado julgado do TCU.

Resta, com isso, **superado** o apontamento ora em análise.

3.1.8. 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.

3.1.8.1. *Manifestação do Município*

Apesar de esta Unidade Técnica ter concluído pela improcedência desse apontamento, informa o Município que o item foi excluído do instrumento convocatório, mas permanece a cláusula relativa à possibilidade de se alterar o contrato, por meio de termo aditivo, para a inclusão de serviços e/ou obras caso haja futura e eventual necessidade, preservadas a obrigação de avaliar e comprovar a vantajosidade, em detrimento de uma nova licitação.

3.1.8.2. *Análise Técnica*

A inclusão genérica de serviços ao contrato de concessão foi analisada no Relatório de peça n. 139, item 3.11, tendo-se concluído pela improcedência do apontamento, mas ressalvada a necessária governança para eventuais alterações de escopo contratual.

Nesse sentido, informou o Município que o Edital foi retificado para excluir a impugnada cláusula relativa a alterações contratuais, o que se comprova pela leitura da nova minuta contratual²⁵.

Entende-se, portanto, que não subsiste mais cláusula genérica de alteração de escopo pelo Edital, de modo que resta **superado** o apontamento ora analisado.

3.1.9. Divergência sobre as regras de integralização do Capital Social da Concessionária entre o item 12.5 da Minuta de Contrato e o item 8.1.6 do Edital.

²⁵ Anexo 12 do CADERNO TÉCNICO, ANEXOS E MINUTAS RETIFICADOS 03 – 02/10/2024 – Disponível em [Prefeitura Municipal de Barão de Cocais - Detalhe da Licitação CO-1/2022](#)

3.1.9.1. Manifestação do Município

Alega o Município que, apesar de esta Unidade Técnica ter concluído pela improcedência desse apontamento, a Minuta do Contrato foi retificada, eliminando-se a divergência das informações e mantendo-se a disposição posta inicialmente no Edital.

3.1.9.2. Análise Técnica

Em análise deste apontamento no Relatório de peça n. 139, item 3.12, verificou-se que, apesar da divergência entre cláusulas editalícias quanto à integralização do Capital Social (item 8.1.5 do Edital e item 12.5 da Minuta de Contrato), a cláusula constante da minuta contratual não tem o potencial de ensejar qualquer efeito sobre o capital social do plano de negócio de referência, não havendo que se falar em irregularidade a ponto de macular o certame.

No entanto, informou o Município que, com a republicação, retificou este ponto, sanando a divergência.

Pois bem, em análise do Edital republicado, verifica-se a seguinte cláusula dispondo sobre a integralização de capital:

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

- a. No 1º (primeiro) ano, a SPE deverá comprovar a integralização de, pelo menos, 30% (trinta por cento) do Capital Social Mínimo.
- b. Até o término do 2º (segundo) ano do Contrato, a SPE deverá comprovar a integralização de, pelo menos, mais 20% (vinte por cento) do Capital Social Mínimo.
- c. 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 do Contrato, e desde que a SPE comprove, anualmente, a integralização de pelo menos mais 10% (dez por cento) do Capital Social Mínimo.

Na minuta contratual, constata-se o mesmo regramento, embora duplicado:

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

- 12.5.1. No 1º (primeiro) ano, a SPE deverá comprovar a integralização de, pelo menos, 30% (trinta por cento) do Capital Social Mínimo.

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

12.5.3. 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 do Contrato, e desde que a SPE comprove, anualmente, a integralização de pelo menos mais 10% (dez por cento) do Capital Social Mínimo.

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

12.7. 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.

12.8. 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.

12.9. 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.

Confirma-se, portanto, a devida compatibilização entre a minuta contratual e o Edital republicado, contribuindo para maior segurança jurídica quanto ao regramento sobre a integralização de capital.

Resta, com isso, **superado** o apontamento ora em análise.

3.2. ANÁLISE DO EDITAL RECÉM-PUBLICADO QUANTO ÀS IRREGULARIDADES IDENTIFICADAS ANTERIORMENTE

Conforme já registrado anteriormente, serão analisadas, nesta oportunidade, as principais alterações trazidas pelo instrumento convocatório recém-publicado, cotejando os seus termos com os apontamentos elencados no Relatório Técnico constante na peça n. 126 do SGAP e na peça n. 139 do SGAP, a fim de verificar se as irregularidades identificadas subsistem no novo Edital.

Com o intuito de facilitar o entendimento, cabe registrar que, com base nos apontamentos dos referidos Relatórios de Análise (peças n. 126 e 139 do SGAP), esta Unidade Técnica havia concluído pela procedência dos seguintes apontamentos:

- 3.2.1.** Ausência de justificativa para a adoção do critério de julgamento pelo tipo técnica e preço para o serviço em questão;
- 3.2.2.** Inadequação dos critérios e da metodologia de avaliação das propostas técnicas;
- 3.2.3.** Inconformidade no valor estimado da contratação;
- 3.2.4.** Ausência de previsão do percentual de compartilhamento das Receitas Extraordinárias;
- 3.2.5.** Ausência de previsão da metodologia para a aferição do valor dos ativos não amortizados ou depreciados conforme a Norma de Referência n. 03/2023 da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA); e
- 3.2.6.** Ausência de metas de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reuso e efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados.

Em outros apontamentos, embora esta Unidade Técnica tenha opinado pela improcedência, foi recomendado ao Município de Barão de Cocais/MG que, na hipótese de se republicar o Edital, fizesse adequações com a finalidade de conferir maior clareza e segurança jurídica, em especial quanto à aderência às normas regulatórias exaradas pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA). Assim, também será objeto de análise o seguinte apontamento:

- 3.2.7.** Ausência de previsão das Normas de Referência n. 03/2023 (Resolução n. 161/2023), n. 05/2024 (Resolução n. 178/2024) e n. 06/2024 (Resolução n. 183/2024), todas aplicáveis ao presente projeto e publicadas anteriormente à republicação do Edital, o que permitiria sua adequação (item 3.4).

Também com o objetivo de conferir ao certame e aos licitantes maior segurança jurídica, mesmo diante de um apontamento considerado improcedente, será também objeto de análise o seguinte apontamento:

3.2.8. 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)

Isso porque, quanto a esse último item, esta Coordenadoria entendeu pertinente recomendar que:

3.2.8.1. Na ocorrência da republicação do Edital, que o Município considerasse a previsão de cláusula que fizesse 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, garantindo assim maior segurança jurídica proporcionada por tal previsão.

3.2.1. Ausência de justificativa para a adoção do critério de julgamento pelo tipo técnica e preço para o serviço em questão (item 3.2.a da peça n. 139 e peça n. 189 do SGAP)

3.2.1.1. Apontamento

Na penúltima análise realizada sobre o tema, constante do relatório técnico que figura como a peça n. 139 do SGAP, esta Unidade Técnica concluiu pela procedência do apontamento em tela, manifestando-se pela inadequação da utilização do critério de julgamento que conjuga a “melhor técnica” e a “menor tarifa” no procedimento licitatório que precederá a concessão em exame, dada a ausência de justificativa jurídica e factual para tanto, entre outros fatores que desabonam a utilização do mencionado critério em concessões de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Na oportunidade, esta Unidade Técnica, considerando que o certame estava suspenso *sine die*, de modo que o poder concedente tinha oportunidade de fazer os ajustes necessários no instrumento convocatório, esta Unidade Técnica sugeriu a emissão de determinação ao Município para que fosse promovida a alteração das minutas do Edital e seus anexos

a fim de que fosse adotado algum dos critérios de julgamento previstos no artigo 15 da Lei Federal n. 8.987/1995 que não incluem a avaliação de propostas técnicas, de forma a privilegiar a modicidade tarifária e a própria promoção e ampliação do serviço de saneamento básico.

Subsidiariamente, foi proposta a emissão de determinação para que, após o julgamento das propostas técnicas, fosse 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.

Além disso, no último relatório técnico elaborado por esta Coordenadoria²⁶, concluiu-se que a justificativa apresentada pelo Município de Barão de Cocais/MG não teve o condão de afastar a irregularidade na adoção do critério de julgamento que combina melhor técnica e menor tarifa para a disputa que precederá a concessão dos serviços de saneamento do Município, motivo pelo qual esta Unidade Técnica manteve o seu entendimento pela procedência do apontamento ora em análise.

Na oportunidade, entendeu-se pela necessidade de deferimento da medida cautelar, até o julgamento de mérito do tema, diante do risco de ineficácia da decisão de mérito.

3.2.1.2. *Manifestação do Município*

Alega o Município que o Edital foi complementado para indicar expressamente o motivo para a escolha do referido critério de julgamento, bem como os motivos para a pontuação de 50% para as propostas técnicas e 50% para as propostas comerciais.

Também alega que acatou as recomendações para eliminar qualquer risco de julgamento subjetivo, direcionamento e prejuízos à competitividade. A esse respeito informa que incluiu a obrigação para a Comissão Especial de Licitação publicar, após o julgamento das propostas técnicas, o relatório circunstanciado relativo à motivação para as pontuações que serão atribuídas para as propostas técnicas das licitantes.

²⁶ Peça n. 189 do SGAP.

3.2.1.3. Análise Técnica

De início, é importante destacar que o tema objeto do presente apontamento já foi amplamente analisado por esta Coordenadoria em relatórios anteriores nos presentes autos²⁷, tendo sido analisado, inclusive, à luz da última versão editalícia²⁸, para fins de concessão ou não de medida cautelar.

Conforme analisado no último relatório técnico elaborado por esta Coordenadoria²⁹, o Edital republicado **manteve o critério de julgamento escolhido**, reforçando, em documento específico, as mesmas justificativas já apresentadas.

Além disso, na nova petição apresentada pela Denúncia³⁰, esse aspecto é reforçado sob a alegação de que as justificativas para a **escolha do critério de julgamento por técnica e preço**, motivadas na multiplicidade de possíveis soluções técnicas aplicáveis à prestação dos serviços, na essencialidade e a necessidade de expansão, continuidade e qualidade na execução dos serviços, não fundamenta adequadamente a escolha do critério de julgamento. Segundo a peticionante, essas justificativas referem-se a características inerentes a todos os contratos de concessão dessa natureza.

Ciente da irregularidade apontada e com o objetivo de saneá-la, **o Município de Barão de Cocais/MG apresentou, no Anexo 21 do Edital, justificativa para a adoção do critério “técnica e preço”**, amparada especialmente na falta de investimentos em novas tecnologias, controle de perdas de água, eficiência energética, automação, renovação eletromecânica, expansão e atualização das redes de abastecimento de água e redes de coleta de esgotos, investimentos nas estações de tratamento de água e de esgotos.

É que, segundo o Município, com o objetivo de resguardar o interesse público e considerando a precariedade dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário atuais, é necessário assegurar que a contratação pretendida tenha como prestadora de serviços uma empresa que demonstre expertise técnica suficiente para

²⁷ Peças n. 12, 45, 101, 118, 126, 139 e 189 do SGAP.

²⁸ Edital retificado 3, publicado em 02/10/2024 - [Prefeitura Municipal de Barão de Cocais - Detalhe da Licitação CO-1/2022](#)

²⁹ Peça n. 189 do SGAP.

³⁰ Peça n. 178 do SGAP.

suprir as demandas do Município, numa perspectiva de maior qualidade e eficiência dos serviços, o que deveria ser comprovado por meio da apresentação de um Programa de Trabalho.

Ainda conforme o Município, o Plano de Negócios Referencial e as Especificações Técnicas do Termo de Referência são parâmetros referenciais mínimos, havendo espaço para que as licitantes proponham soluções diversas que serão avaliadas por meio de quesitos objetivos.

Ocorre que, conforme ponderado no relatório de peça 189 do SGAP, **essas justificativas publicadas, mais uma vez, não são aptas a justificar a escolha do critério, tratando-se de alegações genéricas e desassociadas das próprias características do projeto de concessão.**

É que, novamente, não cuidou o Município de explicitar qual a situação fática e peculiar da localidade que atrai a necessidade de ser empregada uma técnica diferenciada na prestação dos serviços que serão objeto da concessão, **limitando-se a registrar a precariedade do sistema atual.** Também **não restou demonstrada a existência de alternativas e variações de execução inovadoras e com repercussões significativas sobre a qualidade da prestação dos serviços que o Município tanto busca.**

Na verdade, o que revela a justificativa apresentada no Anexo 21 do Edital é o desejo e a esperança do gestor de que a utilização do critério de julgamento que avalia a melhor técnica a ser empregada resulte em uma contratação bem-sucedida e em uma prestação de serviços mais satisfatória que a anterior.

Essa pretensão depositada no critério eleito não está, no entanto, refletida no Edital, que, apesar de exigir a apresentação, pelos licitantes, de um programa de trabalho que deverá conter a solução técnica proposta, não elenca quesitos que tenham aptidão para, de fato, contribuir para a escolha da melhor técnica a ser empregada na prestação dos serviços.

Cai por terra, assim, a justificativa apresentada pelo Município, que, portanto, não é suficiente para demonstrar que a opção feita pelo gestor quando da adoção do critério

de julgamento que combina a avaliação da melhor técnica com a menor tarifa está sendo guiada pela busca à satisfação de um interesse público.

Assim sendo, **remete-se à análise aprofundada ao relatório precursor, reiterando-se a conclusão sobre sua inadequação.**

Aqui, vale apenas repisar que o critério de julgamento de melhor técnica, ainda que combinado com o de menor tarifa, direciona a disputa ao aspecto técnico da prestação de serviços, cujo julgamento se reveste de inegável subjetividade, isso ainda que os quesitos exigidos sejam os mais objetivos possível, tendo, assim, o condão de comprometer a objetividade da seleção, além de ter potencial de comprometer a modicidade tarifária.

Aliás, 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 Filho³¹:

[...] 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

³¹ 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.

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.

[...]

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)

Por essa razão, a utilização de critério de julgamento que avalia a melhor técnica é medida excepcional e, portanto, deve ser suficientemente fundamentada, considerando o contexto fático do poder concedente, como, por exemplo, a necessidade do emprego de uma técnica específica em função de um fator geográfico especial, a ponto de afastar os prejuízos que a sua adoção pode causar à modicidade tarifária e à objetividade na avaliação das propostas, o que não se observa no caso em análise.

Além disso, é importante consignar novamente 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 Federal n. 8.987/1995. 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/1988, devendo serem observados, ainda, os princípios que regem a área em que a decisão administrativa será tomada.

É certo, ademais, que a liberdade deve ser direcionada à promoção do interesse público, sendo imprescindível que a definição desse critério esteja amparada em justificativas técnicas robustas, **sob pena dessa discricionariedade se revelar pura arbitrariedade.**

Aliás, essa necessidade de fundamentar tecnicamente a discricionariedade do gestor é **igualmente aplicável aos demais critérios previstos no art. 15 da supracitada Lei.** Por exemplo, a escolha do critério de maior outorga insere-se no âmbito discricionário, mas sua legitimidade está condicionada à demonstração, nos estudos econômico-financeiros, da existência de um excedente econômico apropriável pelo Poder Concedente. A ausência dessa fundamentação técnica comprometeria a viabilidade da concessão e, conseqüentemente, tornaria a escolha do critério irregular.

Não se trata, portanto, de negar a existência de discricionariedade, mas de reforçar a necessidade de que essa prerrogativa seja exercida de maneira fundamentada e alinhada à persecução do interesse público. Tal requisito não é atendido quando a escolha de um determinado critério de julgamento é baseada em justificativas genéricas, sem embasamento técnico adequado, especialmente quando os riscos e prejuízos decorrentes de sua adoção superam os benefícios esperados.

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 menor tarifa com melhor técnica, previsto no artigo 15, inciso V, da Lei Federal n. 8.987/1995, deve ser adequada e **circunstanciadamente motivada** para demonstrar que dela surtirão benefícios concretos para o usuário suficientes para justificar o comprometimento da objetividade na avaliação das propostas e os prejuízos à modicidade tarifária.

E aqui vale frisar que não há, nos documentos que regem a disputa que precederá a concessão, elementos suficientes para justificar a escolha do critério de julgamento eleito para o caso em análise, tampouco os quesitos eleitos pelo Edital 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.

Além disso, a complexidade técnica que justificaria aceitar um maior valor da tarifa diante do emprego do tipo melhor técnica no julgamento das propostas não encontra amparo nas características intrínsecas aos próprios contratos de concessão, tais como multiplicidade de possíveis soluções técnicas aplicáveis à prestação do serviço ou à existência de muitas 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 envolvessem a delegação de um serviço público, já que essas características são inerentes a todos os contratos de concessão.

Dessa forma, não bastam justificativas genéricas, sendo fundamental que sua adoção seja exercida a partir de juízos que levem em conta as particularidades do instituto das concessões e do próprio setor de saneamento no Município especificamente, bem como sejam demonstrados os benefícios decorrentes do emprego de uma melhor técnica no âmbito dos serviços concedidos.

É importante, ainda, frisar que o Novo Marco do Saneamento escancara um contexto fático no setor do saneamento que tem por escopo a ampliação dos serviços de saneamento 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*³²:

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

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

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

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

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

³² 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/ainadequacao-do-criterio-de-melhor-tecnica-nas-concessoes-de-saneamento-30112023>

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.

(Destques acrescidos).

Vale pontuar, ademais, que, nas concessões referentes a setores considerados tecnicamente maduros³³, a exemplo do setor de saneamento, deve-se buscar o preço, e não a técnica, na medida em que esta estará disponível no mercado e o concessionário ou parceiro privado terá os incentivos para adquirir no mercado a expertise técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade prevista no contrato. Nesse sentido, tem-se lição de Maurício Portugal³⁴:

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*

³³ 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).

³⁴ Ribeiro, Maurício Portugal. Concessões e PPP: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, Pág. 14.

*serviços de saneamento*³⁵, 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 em processo licitatório de concessão desses serviços**. Mesmo quando se considera as fases de construção e operação, não há alto grau de complexidade ou exclusividade tecnológica (com características de inovação e/ou domínio exclusivos de expertos), capaz de justificar a classificação de concorrentes em uma licitação de saneamento.

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

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

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

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

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

³⁵ 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.

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.

(Destaques acrescentados)

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

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

E nas concessões de saneamento não é diferente, como expõem os autores do artigo publicado³⁶ 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.

³⁶ 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.

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 possibilidade de a concessionária empregar 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.

Essa abordagem, em verdade, **compromete a eficiência do contrato**, uma vez que a definição da solução técnica recai exclusivamente sobre o licitante, sem a existência de mecanismos que permitam ao poder concedente exigir do parceiro privado qualquer desempenho ou metas relacionados ao nível de serviço esperado, **o que pode não apenas resultar em soluções técnicas inadequadas ou ineficientes, mas resultar comportamentos oportunistas dos parceiros privado, impactando negativamente a execução e a qualidade dos serviços prestados.**

E, para além desse risco de engessamento, deve-se ponderar mais uma vez que a vinculação da futura concessionária à solução técnica apresentada em sua proposta atrai para o Poder Concedente riscos do projeto que normalmente são alocados à concessionária, já que o contrato 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 Vernalha³⁷ 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”. 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.**

Esse cenário tem o condão de tornar o poder concedente sujeito a reequilíbrios econômico-financeiros decorrentes da necessidade de alteração da técnica utilizada na prestação dos serviços com vistas a obter melhores resultados, o que, considerando-se a mutabilidade e o longo prazo dos contratos de concessão de saneamento, reforça o quão inadequada pode se revelar a adoção do critério de julgamento de melhor técnica no presente caso, em face da possibilidade de alteração futura da solução a ser dada àquele sistema de saneamento. Nesse sentido, vale citar novel precedente da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo³⁸ que trata do tema:

[...] 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.

³⁷ 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: 18/12/2024

³⁸ 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.

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.[...]

(Destques acrescidos)

Sob essa perspectiva, mais uma vez, no lugar de se adotar o critério de julgamento “melhor técnica”, deveria **o Município priorizar o estabelecimento de metas e indicadores de desempenho**, como forma de garantir a qualidade dos serviços prestados pela concessionária e a eficácia da concessão, sem o risco de prejuízos à modicidade tarifária e ao julgamento objetivo. Essa medida permitiria, ainda, a atribuição ao parceiro privado da escolha das especificações de entrada, meios, processos e tecnologias a serem empregadas na prestação dos serviços, as quais passariam a ser um risco do concessionário, em conjunto com os demais riscos comerciais do projeto, em aderência ao instituto da concessão.

Da forma como o edital foi estabelecido há, em verdade, um incremento do risco moral associado ao contrato. **A ausência de uma estrutura de incentivos à boa performance neutraliza a eficiência do contrato de concessão e a eficácia da alocação dos riscos, deixando o poder concedente vulnerável perante o parceiro privado.**

Nesse sentido, vale aqui transcrever o seguinte trecho de artigo³⁹ 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.

³⁹ 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>

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. Ingressase 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.

(Destques acrescidos).

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

É que, para tanto, há outros mecanismos direcionados e mais efetivos para coibir a prática de ofertas agressivas dos licitantes. Nesse sentido, destaca-se o Relatório G9, elaborado pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, em análise sobre *O uso dos critérios técnica e preço para delegações de serviços de setores maduros tecnicamente no âmbito das Concessões e PPPs*⁴⁰:

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

⁴⁰ 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).

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.**

(Destques acrescidos)

Reitera-se, assim, nesta oportunidade, o entendimento de 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 têm 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 superiores⁴¹.

Destaca-se, também, a inexistência de concessões financiadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) que estejam utilizando da melhor técnica, conforme a Figura 1 a seguir:

⁴¹ 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.

Figura 1 - Projetos de Concessões e PPPs de água e/ou esgoto nos anos de 2023 e 2020⁴²

Item	Ano	Município	UF	Objeto	População Beneficiada (habitantes)	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 Engenharia 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

Fonte: Hub de projetos do BNDES

Depreende-se, portanto, que o critério de julgamento melhor técnica, isoladamente ou em conjunto com outros tem sido, basicamente, utilizado por municípios.

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.

⁴² 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).

Além disso, trilhando idêntica orientação à desta Coordenadoria, vale transcrever trechos do supracitado precedente da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo⁴³, que, analisando o procedimento de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário do Município de Sooretama, decidiu, por unanimidade, que era inadequada a adoção do 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**

⁴³ 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.

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

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

Assim, é de se esperar na execução do contrato que a concessionária cumpra as condicionantes ambientais impostas pelas normas aplicáveis aos serviços, o que é suficiente para atingir os objetivos e necessidades do Município na área de saneamento, não sendo necessário que se exija no edital nada além disso, pois isso significaria desperdício de recursos e aumento desnecessário das tarifas aos usuários, o que viola a modicidade tarifária exigida na Lei 8.987/95.

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

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

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

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

Deve-se considerar, ainda, que o privado buscará a melhor técnica para atingir os objetivos e cumprir a legislação aplicável, pois seu lucro depende disso, não

sendo plausível pensar que se tenha que adotar um critério técnico de julgamento da licitação para obter uma melhor prestação do serviço no caso em tela.

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

Nota:

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

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

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

(Destaques no original)

Nessa mesma linha, o Plenário do Tribunal de Contas do Município de Goiânia⁴⁴, 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

⁴⁴ TCM-GO. Acórdão nº. 01678/2023 Tribunal-Pleno

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 Sindcon 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.

Sob mesma ótica, vale registrar **recente precedente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, que passou a reconhecer que os serviços públicos de água e esgotamento sanitário não dependem de tecnologia sofisticada, sendo inadequada sua utilização. Veja-se:

O objeto da presente Concessão (serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário) não depende de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, assim, não é possível sua utilização do previsto no art. 46, § 3º da Lei 8.666/93 para justificar o tipo licitatório adotado. (Grifamos)

(TCE/SP, TC-000406.989.23-6, TC-000457.989.23-4 e TC000580.989.23-4, rel. Sílvia Monteiro, Tribunal Pleno, j.1º/03/2023)

Também vale transcrever o entendimento da Unidade Técnica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, que, em seu Relatório Preliminar, observou que o critério “técnica e preço” não está sujeito à escolha arbitrária do administrador público, em face da natureza dos serviços licitados:

“Contudo, analisando-se os documentos pertinentes às características do objeto da concessão, observa-se que **é indevida a utilização do critério “técnica e preço” uma vez que o objeto não abrange serviços de natureza predominantemente intelectual, pois focam na operação, manutenção, gestão e expansão dos serviços de saneamento básico** do município de Icó, cuja estrutura já está majoritariamente implantada e é atualmente administrada pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Icó (SAAE), órgão da administração indireta do município.

(...) Dessa forma, observa-se que o critério de ‘técnica e preço’ não está sujeito à escolha arbitrária do administrador público, tratando-se de opção restrita a serviços que sejam de natureza predominantemente intelectual. ou que, mesmo não tendo essa natureza, se tratem de fornecimento de bens e execução de obras e serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito.

Entende-se assim que tais normativos reservaram esse critério a situações bem específicas nas quais a técnica utilizada pelas licitantes poderia trazer diferenças significativas no resultado a ser entregue (sejam bens ou serviços), o que não ocorre nos casos em que os bens e serviços são padronizados com tecnologias amplamente conhecidas pelo mercado, como é o caso dos serviços de saneamento básico.

Conclui-se então que o critério ‘técnica e preço’ foi adotado indevidamente no presente caso, não trazendo vantagens significativas ao processo, porém atraindo riscos desnecessários de uma contratação a preços menos vantajosos já que seria dado menos relevância ao critério ‘menor preço’”

(TCE/CE, Inspeção nº 34214/2023-4, Relatório Preliminar nº 105/2023)

(Destques acrescidos)

Do mesmo modo, convém destacar recente posicionamento da Unidade Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, que destacou a multiplicidade de empresas e profissionais no mercado de saneamento básico para atender as necessidades da administração pública e concessionárias, o que evidencia a maturidade do setor:

Esse critério [técnica e preço], conforme o caput do art. 46 da Lei 8.666/93, será empregado exclusivamente para objetos caracterizados como serviços de natureza predominantemente intelectual, abrindo exceções, conforme o seu §3º, para casos como o de prestação de serviços de grande vulto, que geralmente se notabilizam os objetos contratados via concessões, porém atendendo a certos requisitos cumulativamente, como (i) majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada; (ii) tecnologia de domínio restrito; (iii) condições estas atestadas por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes. Ou seja, o legislador impõe significativas restrições ao uso desse tipo de licitação, a fim de que seu uso não seja banalizado a qualquer tipo de objeto, limitando possíveis restrições ao caráter competitivo dos certames.

(...) O setor de saneamento básico, em específico o de água e de esgoto, embora conte com pouca participação privada, segundo a Abcon Sindcon, algo em torno de 7%, compreende um mercado que apresenta um bom nível de maturidade técnica. **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 à qualidade, à produtividade e à durabilidade, por mais que haja variações de execução.**

(...) Em decorrência da identificação de várias empresas e profissionais, o objeto é facilmente acessível, não existindo, portanto, o domínio tecnológico restrito à poucas empresas e profissionais, atributo de um mercado com maturidade técnica. São eles: empresas prestadoras desse tipo de serviço; fornecedores de equipamentos;

(...) **Se o mercado de água e de esgoto se mostra maduro tecnicamente**, com domínio amplo da técnica por várias empresas e profissionais, neste contexto,

conforme o art. 46, §3º, da Lei 8.666/93, **não preenche um dos requisitos, a 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 corresponder a prestação de serviço cujo segmento seja maduro tecnicamente.”

(TCE/GO, Processo n. 08845/23, Parecer n. 0021/2023 – CMECPPP, 08/12/2023).

(Destques acrescidos)

Outrossim, importante reproduzir o entendimento da Unidade Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina que, além de reafirmar a inadequação da utilização do critério “técnica e preço” em concessões de serviços de água e esgoto, entendeu por se tratar de orientação recorrente aos seus jurisdicionados:

(...) a regra é que a licitação do tipo técnica e preço deve ser adotada apenas quando os serviços de natureza predominantemente intelectual compreenderem a maior parte do objeto que se pretende contratar. [...] Em se tratando de exames realizados por esta DLC com base na IN nº TC-022/2015, **este TCE já tem orientado os jurisdicionados, por meio de orientações técnicas, sobre a inadequação da tipologia ‘técnica e preço’ em concessões de serviços de água e esgoto,** conforme relatórios técnicos produzidos nos Processos nº @LCC 22/00554405: Prefeitura Municipal de Guaramirim e @LCC 20/00530278: Prefeitura Municipal de Palhoça e Decisão Singular: GAC/CFF - 1376/2020” (Relatório DLC - 32/2023 – Ilhota/SC)

(Destques acrescidos)

Por tudo isso, é forçoso reconhecer que a justificativa apresentada pelo Município de Barão de Cocais/MG não tem o condão de afastar a irregularidade na adoção do critério de julgamento que combina melhor técnica e menor tarifa para a disputa que precederá a concessão dos serviços de saneamento do Município, motivo pelo qual esta Unidade Técnica mantém o seu entendimento pela **procedência** do apontamento ora em análise.

Com isso, esta Unidade Técnica sugere que seja **determinado** ao Município de Barão de Cocais/MG que:

- a) adote, como critério de julgamento do certame, qualquer dos critérios previstos no artigo 15 da Lei Federal n. 8.987/1995 que não inclua a avaliação de propostas técnicas, de forma a privilegiar a modicidade tarifaria e a ampliação do serviço de saneamento básico; e**

b) estabeleça, no Edital, mecanismos de incentivo para o cumprimento de padrões mínimos de qualidade e eficiência, com o objetivo de assegurar a boa performance do parceiro privado e mitigar o risco de comportamentos oportunistas, que é o que, aparentemente, o gestor busca com a avaliação da técnica a ser empregada.

Mesmo, no entanto, na hipótese de não ser encampado o entendimento ora exposto, sendo autorizada a manutenção da utilização do critério de julgamento que combina melhor técnica e menor tarifa, esta Unidade Técnica propõe-se que:

- a) Considerando a necessidade de que sejam previstos, no contrato, mecanismos de incentivo para o cumprimento de padrões mínimos de qualidade e eficiência, na prestação dos serviços, independentemente da avaliação da proposta técnica apresentada, seja **determinado** ao Município que estabeleça, no Edital, metas e indicadores de desempenho.
- b) Considerando a necessidade de se evitar o engessamento do contrato sem retirar da concessionária a responsabilidade por sua inaptidão futura para atingir os melhores resultados, seja **determinado** ao Município que estabeleça, no Edital, obrigação de, sem fazer jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, manter a eficiência e atualidade das soluções técnicas apresentadas na proposta técnica, a fim de se garantir a qualidade dos serviços prestados em conformidade com os indicadores de desempenho estabelecidos.

3.2.2. Inadequação dos critérios e da metodologia de avaliação de propostas técnicas (item 3.1.2 da peça n. 126 do SGAP)

3.2.2.1. Apontamento

Nos termos do subitem 3.1.2 da peça n. 126 do SGAP, esta Coordenadoria havia concluído que o Edital Retificado 2 apresentou significativo aperfeiçoamento em relação à versão inicial do Edital. Contudo, apesar das alterações realizadas, entendeu-se necessário opinar por recomendar ao Município que, caso se mantivesse a avaliação técnica como integrante do critério de julgamento, avaliasse 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, traduzindo assim em benefícios coletivos concretos.

3.2.2.2. *Manifestação do Município*

Assevera o Município que acatou as recomendações da Unidade Técnica para eliminar qualquer risco de julgamento subjetivo, direcionamento e prejuízos à competitividade. A esse respeito, informa que incluiu a obrigação para a Comissão Especial de Licitação publicar, após o julgamento das propostas técnicas, o relatório circunstanciado relativo à motivação para as pontuações que serão atribuídas para as propostas técnicas das licitantes.

Desse modo, entende que reduziu completamente a subjetividade dos critérios técnicos para a avaliação das propostas, excluindo itens de pontuação referentes à diagnósticos e “conhecimento do problema”, de forma que não subsistiriam vícios que justificassem o não prosseguimento do certame.

3.2.2.3. *Manifestação das denunciantes (peças n. 27 da Denúncia 1.167.241 e 178 da Denúncia n. 1.148.581)*

Alega a empresa GS Inima⁴⁵ que não existe comprovação específica de que a situação encontrada no Município de Barão de Cocais/MG ensejaria o emprego de soluções específicas e não comumente encontradas no mercado.

Por fim, concluiu que não há justificativa suficiente para a escolha do critério de julgamento “técnica e preço”, principalmente considerando que os quesitos constantes do Anexo 9 consistem em “(...) simples descrição e nada altamente específico para problemas particulares e pouco comuns encontrados na área de concessão”.

A empresa Aegea Saneamento e Participações S.A.⁴⁶, por outro lado, ressaltou que, apesar dos aprimoramentos realizados no Anexo 9 do Edital, o documento ainda contém

⁴⁵ Peça n. 27 da Denúncia n. 1.167.241.

⁴⁶ Peça n. 178 da Denúncia n. 1.148.581.

elementos subjetivos ou meramente descritivos que podem comprometer a competitividade do certame e que não conduzem à seleção da melhor proposta técnica.

Além disso, a referida empresa frisa que “(...) não há como se dizer que o Anexo IX do Edital traz critérios objetivos para avaliação da solução técnica que tenha maior qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade (...)”⁴⁷.

3.2.2.4. *Análise Técnica*

O anexo de Diretrizes para Elaboração da Proposta Técnica foi reformulado na republicação do Edital em 02/10/2024⁴⁸, conforme informado pelo Município à peça n. 182 do SGAP.

Em relação ao apontamento ora em análise, argumentou o Município que, no novo Edital:

- Elaborou-se nova justificativa circunstanciada sobre a motivação para o uso desse critério de julgamento;
- Reduziu-se completamente a subjetividade dos critérios técnicos para a avaliação das propostas, excluindo itens de pontuação referentes à diagnósticos e “conhecimento do problema”;
- Equiparou-se a gradação entre proposta técnica e proposta comercial em 50% para ambos;
- Incluiu-se no Edital a obrigação para a Comissão Especial de Licitação publicar, após o julgamento das propostas técnicas, o relatório circunstanciado relativo à motivação para as pontuações que serão atribuídas para as propostas técnicas das licitantes.⁴⁹

Pois bem, analisando o Edital republicado, mais precisamente o Anexo 9, observa-se que, com a última atualização, foram excluídos dois itens de pontuação técnica que versavam exclusivamente sobre o diagnóstico do sistema existente (subitens 2.1 e 2.2 da versão

⁴⁷ Trecho extraído do item 41, página 10, da peça n. 178 do SGAP.

⁴⁸ Instrumento convocatório denominado “Edital retificado versão nº 3”

⁴⁹ Peça n. 182 do SGAP

anterior do Anexo 9, que eram equivalentes a 20% do total da nota técnica), o que vai ao encontro das considerações realizadas por esta Unidade Técnica no relatório encartado aos autos como a peça n. 126.

Percebe-se, assim, que as alterações promovidas pelo Município de Barão de Cocais/MG em relação aos quesitos exigidos na proposta técnica já provocaram uma evolução do Anexo 9 do Edital em relação à sua última versão.

Não obstante isso, observa-se, também, que os quesitos que deverão integrar a proposta técnica a ser apresentada pelos licitantes, além de, em parte, ainda carregarem um excesso de subjetividade em suas avaliações, também não conseguem imprimir a busca por uma solução técnica inovadora capaz de conferir benefícios concretos para o usuário⁵⁰, como ressalta a denunciante.

É o caso, por exemplo, do subitem 7.1, intitulado “Administração”, com valor de 8 (oito) pontos, que se subdivide em:

- Descrição das atividades e cargos;
- Organograma previsto para os respectivos setores;
- Número de funcionários para cada cargo e setor ao longo de todo o período de concessão.

Os acima transcritos subquesitos não descrevem a qualidade técnica da solução a ser adotada, sendo meramente descritivos. Além disso, constata-se o enrijecimento da execução contratual ao se fixar de antemão o número de funcionários ao longo de um

⁵⁰ Sobre o tema, escreve Marçal:

“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.” (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.)

contrato que estará vigente por anos, o que tem o condão de ir contra a própria modicidade tarifária e contra o risco de engenharia e de operação atribuído à concessionária⁵¹.

É que contratos de concessão são por natureza incompletos, de modo que não é possível ao parceiro privado prever todas as contingências necessárias para a fiel execução contratual, sobretudo considerando o longo prazo da contratação. Assim, fixar de antemão os cargos, atividades, organograma e quantidade de funcionários representa medida que pode tornar mais onerosa a execução contratual.

E, mesmo que houvesse alguma racionalidade em se avaliar esses quesitos do escopo “Administração”, a quantidade de mão de obra a se empregar no empreendimento⁵², por exemplo, em nada contribui para a avaliação da melhor técnica a ser empregada no projeto, na medida em que uma quantidade maior ou menor de empregados não permite chegar à conclusão de que a técnica empregada pela licitante interessada gerará mais benefícios para o usuário.

Verifica-se, ainda, conforme apontado pela denunciante GS Inima nos autos da Denúncia 1.167.241⁵³, que os subitens 5.1 a 5.5 do anexo 9 do Edital também apresentam quesitos meramente descritivos e, por vezes, excessivamente subjetivos, como demonstrado a seguir:

5.1. Manancial/Qualidade da Água – 6 pontos:

- a. **Identificação** dos mananciais que serão utilizados para abastecimento público de água;
- b. Avaliação dos aspectos ambientais;

⁵¹ Neste sentido, o contrato atribui o risco de exploração da concessão ao parceiro privado, incluindo riscos residuais:

“CLÁUSULA QUATORZE – ASSUNÇÃO DE RISCOS

14.1. A CONCESSIONÁRIA, a partir da data de emissão da ORDEM DE SERVIÇO, assumirá integral responsabilidade por todos os riscos e obrigações inerentes à exploração da CONCESSÃO, observado o disposto abaixo e as demais condições previstas neste CONTRATO.

14.2. A CONCESSIONÁRIA não será responsável pelos seguintes riscos relacionados à CONCESSÃO, cuja responsabilidade é atribuída ao PODER CONCEDENTE:

(...)

14.3. Demais eventos integrantes da álea econômica extraordinária e extracontratual, não expressamente listados acima, que venham a alterar o equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO, não causados por culpa ou dolo da CONCESSIONÁRIA.”

⁵² Como é o caso do item 7.1.c. do anexo 9, denominado “Número de funcionários para cada cargo e setor ao longo de todo o período de concessão”.

⁵³ Peça n. 27 do SGAP.

- c. Avaliação dos aspectos socioeconômicos;
- d. **Descrição** de parâmetros qualitativos da água bruta;
- e. Apresentação de parâmetros quantitativos de disponibilidade hídrica.

5.2. Captação e Adução de Água Bruta – 6 pontos:

- a. Proposição de soluções para os **problemas críticos existentes**;
- b. Apresentação dos critérios de dimensionamento;
- c. **Descrição** da localização das unidades a serem implantadas;
- d. **Descrição** física das unidades a serem implantadas.

5.3. Estação de Tratamento de Água, Estação Elevatória e Adução de Água Tratada – 6 pontos:

- a. Proposição de soluções para os **problemas críticos existentes**;
- b. Apresentação dos critérios de dimensionamento;
- c. **Descrição** da localização das unidades a serem implantadas;
- d. **Descrição** física das unidades a serem implantadas.

5.4. Reservação, Redes de Distribuição, Ligações Prediais, Hidrometração – 6 pontos:

- a. Proposição de soluções para os **problemas críticos existentes**;
- b. Apresentação dos critérios de dimensionamento;
- c. **Descrição** da localização das unidades a serem implantadas;
- d. **Descrição** física das unidades a serem implantadas.

5.5. Cronograma Físico das Obras Propostas para o Sistema de Abastecimento de Água – 6 pontos:

- a. Relação de todas as soluções e obras propostas para o sistema de abastecimento de água com a previsão do início da sua implantação, término das obras e início da operação;
- b. **Apresentação dos predecessores** de cada uma das atividades propostas;
- c. Indicação do caminho crítico de implantação do programa.

(Destaques acrescidos).

Como se vê, a utilização, por exemplo, de termos como “pontos críticos existentes” nos subitens 5.2 a 5.4, sem mencionar objetivamente quais são eles, confere um alto grau de subjetividade ao julgamento da proposta, abrindo uma margem interpretativa aos responsáveis pelo julgamento. Ora, quais são os problemas que são considerados críticos pelo poder concedente e que demandam a apresentação de uma solução técnica inovadora? Qual é a questão que o Município procura solucionar com uma melhoria técnica na prestação de serviços a ser apresentada pelo licitante proponente?

Esse problema é agravado pelo fato de os critérios de pontuação, previstos no item 4 do Anexo 9 do Edital, também serem excessivamente subjetivos, em especial para a atribuição da nota máxima, que exige a apresentação de estudos complementares que “(...) efetivamente contribuam na formulação da proposta da empresa”, sem indicar, objetivamente, qual o padrão mínimo de detalhamento esperado e o que será avaliado nesses estudos para que os licitantes possam compreender como atender suficientemente a expectativa do poder concedente.

Ademais, observa-se que há vários quesitos que militam contra a atualidade do contrato, a exemplo do subitem 7.4, alínea “b”, do anexo 9, relativo à gestão comercial⁵⁴, que pontua, por exemplo, a “Descrição do aplicativo (software) que será utilizado”. Será pontuada, ainda, conforme o subitem 7.2, alíneas “p”, “q” e “r”, por exemplo, a indicação dos sistemas de gestão de segurança do trabalho, de controle da qualidade e de planejamento e projetos de investimentos que serão utilizados, o que caminha na mesma direção.

Ora, tratando-se de um contrato com vigência de 35 anos e sendo notoria a velocidade do avanço tecnológico, é certo que, ao longo da execução contratual, novas ferramentas de gestão surgirão, de forma que a escolha *ex ante* de qual *software* será utilizado pode impedir a atualidade contratual⁵⁵.

O que se verifica, com isso, como já apontado nos relatórios antecedentes, é que os quesitos de técnica previstos no Anexo 9 do Edital, presentes desde as versões anteriores do Edital, em grande parte, são incapazes de contribuir para a seleção da melhor proposta técnica, conferindo, ainda, um alto grau de subjetividade ao julgamento da proposta. Na

⁵⁴ 7.4. Gestão Comercial (estrutura, cadastro, micromedição, cobrança, relacionamento com os usuários, fraudes etc.) – 8 pontos:

⁵⁵ E o Edital é claro ao fixar a aderência do serviço ao princípio da atualidade, senão vejamos a minuta contratual:

“16.2. Para efeito do que estabelece o item acima e sem prejuízo do disposto no REGULAMENTO, serviço adequado é aquele que tem condições efetivas de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, qualidade, generalidade e cortesia na sua prestação e modicidade das TARIFAS cobradas aos USUÁRIOS.

16.3. Ainda para os fins previstos acima, considera-se:

(...)

16.3.6. Atualidade: modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações, sua conservação e manutenção, bem como a melhoria e expansão dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, visando garantir a continuidade da prestação do serviço;”

verdade, eles apenas tornam mais complexa a formulação das propostas pelos licitantes e a análise pela Comissão de Licitação, sem que essa exigência seja convertida em benefício para a seleção da melhor proposta.

Não se olvida, vale aqui consignar, que, atendendo à orientação constante do relatório técnico elaborado por esta Unidade Técnica, o Edital passou a prever, no seu subitem 5.1.12, a publicação de relatório circunstanciado contemplando o detalhamento dos motivos pelos quais foram atribuídas as notas técnicas pela Comissão Especial de Licitação, o que tem o potencial não só de conferir maior transparência ao resultado do julgamento, mas de reduzir a subjetividade na avaliação dos quesitos. Sobre o tema, transcreve-se a seguir a disposição constante do Edital:

5.1.12. Como forma de garantir a imparcialidade e a isonomia do julgamento, também em atendimento aos princípios da transparência e da motivação, será publicado **relatório circunstanciado contemplando o detalhamento da motivação pelos quais foram atribuídas as notas técnicas** pela Comissão Especial de Licitação.

(Destaques acrescidos)

Cuida também o anexo 9 de vincular as informações prestadas no âmbito da proposta técnica à execução contratual, a fim de se evitar que as informações fornecidas se prestem somente à busca da maior nota, sem refletir na realidade da concessão, o que está previsto nos seguintes termos:

2.5. As metas e indicadores estabelecidos no Termo de Referência vinculam a Concessionária ao seu cumprimento, bem como as demais condições previstas no edital, anexos, contrato e **propostas técnica** e comercial.

(Destaques acrescidos)

Esses aprimoramentos, não se pode negar, têm o condão de mitigar os riscos de comprometimento da competitividade e de direcionamento da licitação, como ressaltado no relatório técnico que compõe a peça n. 126 do SGAP, na medida em que todos os licitantes podem, em tese, apresentar proposições em cada item e pontuar a nota máxima,

desde que demonstrem sua técnica mediante estudos complementares que abordem informações não constantes no Edital⁵⁶.

Como o contrato é estimado em R\$ 1.252.555.476,41, gastos com estudos complementares pelos licitantes não representaria ônus excessivo a inviabilizar a competição no certame, dada sua baixa materialidade quantitativa. Além disso, a subjetividade da avaliação dos estudos estaria mitigada pela publicação de relatório discriminando as razões das notas atribuídas.

Sobre o tema, vale trazer aqui o seguinte precedente do TCU, que ressalta a importância, igual ou até mesmo maior, de a justificativa da nota atribuída a cada quesito da proposta técnica ofertada pelo licitante ser robusta, consistente e fundamentada, quando comparada à necessidade de definir critérios de julgamento mais objetivos possíveis no Edital:

Não obstante constatar que é possível aprimorar a definição dos critérios de avaliação, entendo que os critérios estabelecidos pela Valec atendem à ideia de “parâmetros mínimos”. **Ressalto que, para a escorreita e imparcial avaliação das propostas, a formulação de robusta fundamentação da avaliação procedida por cada avaliador é tão ou mais importante que a definição de critérios os mais objetivos possíveis. Quanto maior a margem de subjetividade (impossível de ser eliminada) que restar ao avaliador na aplicação dos critérios, tanto mais consistente e fundamentada deverá ser a respectiva justificativa para a nota/conceito que atribuir a cada licitante.** Nesse sentido, a Valec deve adotar as medidas necessárias para garantir que os membros da comissão de licitação fundamentem adequadamente suas avaliações e as deixem consignadas nos autos, não se limitando a meramente expressar um dos conceitos acima elencados.

(Destaques acrescidos)

Considerando, no entanto, que o certame está suspenso e comporta aprimoramentos em seu Edital ao menos para afastar potenciais prejuízos à seleção da melhor proposta e à execução contratual, esta Unidade Técnica conclui pela **procedência** do apontamento ora em análise e, apesar de considerar que, em sua maior parte, os quesitos descritos no Anexo 9 do Edital não refletem a busca pela melhor técnica a ser empregada na prestação dos serviços concedidos, sugere apenas que seja **determinado** ao Município de Barão de Cocais/MG que, **na hipótese de restar mantido o critério de julgamento que conjuga**

⁵⁶ Conforme Anexo 9: “A empresa deve apresentar relatório apontando o impacto do estudo complementar nas soluções técnicas utilizadas, sendo que este estudo complementar aborda informações não constantes no Edital e anexos.”.

menor tarifa e melhor técnica, promova a alteração do Anexo 9 do Edital ao menos para excluir:

- a) A exigência de apresentação de estudos complementares para a atribuição de nota máxima à proposta apresentada, dada a excessiva subjetividade do mencionado critério de julgamento;
- b) Os quesitos constantes do subitem 7.1, que dizem respeito à “Administração”, e os constantes nos subitens 7.2, alíneas “o”, “s”, “t” e “u”, e 7.3, alíneas “l”, “p”, “q” e “r”, considerando o risco de engessamento do contrato;
- c) Os quesitos constantes dos subitens 7.2, alíneas “p”, “q” e “r”, e 7.3, alíneas “m”, “n” e “o”, diante do risco de prejudicar a atualidade do contrato que resultará da disputa.

3.2.3. Inconformidade no valor estimado da contratação (item 3.3 da peça n. 139 do SGAP)

3.2.3.1. *Apontamento*

Esta Unidade Técnica fundamentou, em apertada síntese, que inexistia 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 optar por um ou outro critério.

Dessa forma, esta Coordenadoria propôs que fosse determinado ao Município que retificasse o Edital quanto ao valor total da contratação quando de sua republicação, para que fosse considerado apenas o montante total de investimentos ou a totalidade de receitas, conforme abordagem que se revelar mais adstrita ao caso concreto.

3.2.3.2. *Manifestação do Município*

Alega que o Edital foi retificado nesse ponto, passando a prever que o valor do contrato será o valor das receitas, em sintonia com o posicionamento da Unidade Técnica.

3.2.3.3. *Análise Técnica*

O Edital anterior, publicado em 22/03/2024, estimou, conforme subitem 1.7.1, o valor da contratação em 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 (um 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 pela exploração dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Naquela ocasião, verificou-se a ocorrência de *bis in idem* na consideração dos investimentos, visto que o valor total das receitas já incluía remuneração pelos investimentos feitos pelo privado.

A respeito desse subitem, o Relatório de Análise Inicial (peça n. 139 do SGAP) concluiu pela procedência do apontamento, ao argumento de que inexistia, 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 de forma fundamentada no caso concreto⁵⁷.

Nesse sentido, esta Unidade Técnica recomendou que fosse determinado ao Município a retificação do Edital quanto ao valor total da contratação quando de sua republicação, para que fosse considerado apenas o montante total de investimentos ou a totalidade das receitas, conforme abordagem que se revelar mais pertinente ao caso concreto.

Acatando a manifestação desta Unidade Técnica, o Edital Retificado, no subitem 1.5.1, estima o valor da contratação em R\$ 1.059.584.118,07 (Um bilhão, cinquenta e nove milhões, quinhentos e oitenta e quatro mil, cento e dezoito reais e sete centavos), o que espelha o total de encargos a serem assumidos pelo parceiro privado, dispositivo que possui a seguinte redação:

1.5. VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO

1.5.1.O valor estimado do CONTRATO, para todos os fins e efeitos de direito, corresponde ao somatório das receitas estimadas, conforme demonstrado no ANEXO 03, parte integrante deste EDITAL, que ao longo do prazo de concessão equivale a R\$ 1.059.584.118,07 (Um bilhão, cinquenta e nove

⁵⁷ Conforme relatório técnico à peça n. 139 do SGAP:

“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.”

milhões, quinhentos e oitenta e quatro mil, cento e dezoito reais e sete centavos), referente à projeção de receita total de água e de esgoto.

Além disso, o Edital republicado também acrescentou o subitem 1.6, referente ao valor estimado dos investimentos, realçando esse montante referencial do valor do contrato, nos seguintes termos:

1.6. VALOR ESTIMADO DOS INVESTIMENTOS

1.6.1.O valor total estimado dos investimentos é de R\$ 209.944.551,27 (duzentos e nove milhões, novecentos e quarenta e quatro, quinhentos e cinquenta e um reais e vinte e sete centavos), somado ao valor de R\$ 65.902,68 (sessenta e cinco mil, novecentos e dois reais e sessenta e oito centavos) indicado no item 8.8.1. do EDITAL, em consonância ao ANEXO 7.

Portanto, verifica-se que o Município de Barão de Cocais/MG procedeu à retificação do Edital, corrigindo assim o vício apontado. Conclui-se, assim, que tal medida sanou a irregularidade indicada na Denúncia, não restando maiores dúvidas quanto ao valor referencial do contrato. Dessa forma, esta Unidade Técnica entende que esse tema foi **superado**, não merecendo maiores considerações ou apontamentos.

3.2.4. Ausência de previsão do percentual de compartilhamento das Receitas Extraordinárias (item 3.13 da peça n. 139 do SGAP)

3.2.4.1. Apontamento

Esta Unidade Técnica fundamentou, em apertada síntese, que 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.

Nessa perspectiva e à luz do disposto no art. 11 da Lei Federal n. 8987/1995, considerou-se irregular o não estabelecimento, pelo contrato, de governança sobre como se dará a destinação das receitas extraordinárias à modicidade tarifária.

Dessa forma, esta Coordenadoria propôs que fosse determinado ao Município que adequasse o 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.

3.2.4.2. Manifestação do Município

Alega que o Edital foi retificado para prever o percentual de compartilhamento com base nas normas incidentes.

3.2.4.3. Análise Técnica

Conforme o Relatório de Análise Técnica (peça n. 139 do SGAP), esta Unidade Técnica considerou procedente esse apontamento, tendo em vista ser irregular o não estabelecimento, pelo contrato, de governança prévia sobre como se dará a destinação das receitas extraordinárias à modicidade tarifária, o que tem o condão de gerar insegurança jurídica em uma pactuação pós assinatura do contrato.

Conforme dispõe a Lei Federal n. 8.987/1995, faculta-se ao Poder Concedente a previsão contratual de possibilidade de obtenção, por parte das concessionárias, de fontes alternativas de receita, priorizando-se a reversão à modicidade tarifária e considerando-as para fins de aferição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse sentido, vale trazer aqui os seguintes dispositivos:

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.

(...)

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;

(Destaques acrescidos)

Como já disposto no Relatório de Análise Técnica constante na peça n. 139 do SGAP, dimensionar todas as possíveis fontes de receitas acessórias ao longo de um contrato de 35 (trinta e cinco) anos é uma tarefa demasiadamente difícil, para não dizer impossível.

Nesse sentido, como as tarifas a serem pagas pelos usuários são definidas *a priori*, ou seja, no momento da celebração do contrato, uma alternativa satisfatória e que poderia até mesmo ser considerada uma boa prática é a previsão contratual de cláusula que estabeleça o compartilhamento de parcela dessas receitas acessórias com o Poder Concedente. Assim, mitiga-se o risco de que a concessionária obtenha lucros extraordinários em detrimento da modicidade tarifária, ao mesmo tempo em que essa é estimulada a explorar novas fontes de receitas.

Portanto, a previsão de compartilhamento das receitas extraordinárias mostra-se 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.

Com a finalidade de sanar a irregularidade apontada, o Edital de Concorrência Pública n. 001/2022 (versão retificada 03) incluiu, na Minuta de Contrato, as cláusulas 18.5 a 18.7, que estabelecem o percentual de 10% (dez por cento) incidente sobre a totalidade das receitas extraordinárias auferidas para compartilhamento pela concessionária com o Poder Concedente, nos seguintes termos:

18.5 O PODER CONCEDENTE fará jus ao recebimento de um valor mensal equivalente a 10,0% (dez por cento) sobre a totalidade das receitas extraordinárias, auferidas pela CONCESSIONÁRIA, decorrente da exploração direta ou indireta de fontes de receitas alternativas, complementares, acessórias e/ou de projetos associados aos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO.

18.6. Os valores, conforme definidos no item 18.5. acima, deverão ser pagos até o último dia útil do mês subsequente ao da aferição das referidas receitas pela CONCESSIONÁRIA.

18.7. As RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS farão parte da REVISÃO ORDINÁRIA que acontecerá a cada 4 (quatro) anos, com o objetivo de avaliar os resultados relativos à essas receitas acessórias auferidas pela CONCESSIONÁRIA e os percentuais de compartilhamento, visando a garantia de controle da reversão de receitas para a modicidade tarifária.

Inferre-se, da leitura das cláusulas 18.5 a 18.7 da Minuta de Contrato, que uma parcela dos valores arrecadados com receitas extraordinárias, ao longo do prazo da concessão, deverá ser repassada periodicamente pela concessionária ao Poder Concedente. Adicionalmente, no âmbito de revisões periódicas, essas receitas e percentuais de compartilhamento deverão ser revistos em benefício da modicidade tarifária.

Por todo o exposto, em relação a esse tópico, entende-se que, com a inclusão, na Minuta de Contrato, das referidas cláusulas, o Município de Barão de Cocais/MG alinhou-se às boas práticas do setor de forma a aprimorar o instrumento convocatório, restando **superado** este apontamento.

3.2.5. Ausência de previsão da metodologia para a aferição do valor dos ativos não amortizados ou depreciados conforme a Norma de Referência n. 3 da ANA (item 3.14 da peça n. 139 do SGAP)

3.2.5.1. Apontamento

Esta Unidade Técnica fundamentou, em apertada síntese, 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.

Além disso, pontuou-se que não foi possível concluir se o poder concedente observará as Normas de Referência da ANA, à exceção da Resolução ANA n. 106/2021, que padroniza os aditivos contratuais na prestação de serviços de saneamento para incorporar metas de universalização do novo marco do saneamento.

Dessa forma, esta Coordenadoria propôs que fosse determinado aos responsáveis pelo referido certame que esclarecessem de forma motivada no próximo Edital se irão ou não seguir a Norma de Referência n. 3 da ANA, aprovada pela Resolução ANA 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.

3.2.5.2. *Manifestação do Município*

Alega que o certame foi retificado, trazendo a previsão de aderência à Norma de Referência n. 3 da ANA, cujo teor trata da metodologia de cálculo da indenização dos bens reversíveis

3.2.5.3. *Análise Técnica*

Esta Unidade Técnica concluiu anteriormente pela procedência deste apontamento, haja vista que o Edital (versão retificada 02) não havia sido claro quanto à metodologia para aferição do valor dos ativos não amortizados ou depreciados e não continha previsão sobre a observância às Normas de Referência da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA), o que gerou insegurança jurídica.

Por essa razão, foi recomendado aos responsáveis que esclarecessem, de forma motivada, no próximo Edital, se irão ou não seguir a Norma de Referência n. 3 da ANA, aprovada pela Resolução ANA n. 161/2023, que trata da metodologia de cálculo da indenização dos bens reversíveis ainda não amortizados e, em caso diverso, que explicitasse a metodologia de indenização a se adotar nos múltiplos casos possíveis de extinção contratual.

Conforme será evidenciado no subitem 3.2.7 deste relatório, o Poder Concedente passou a prever a Norma de Referência n. 3 da ANA na Minuta de Contrato. Ademais, atendendo à manifestação desta Unidade Técnica, o Município de Barão de Cocais/MG, ao republicar o Edital (versão retificada 03), acrescentou o subitem 8.8, o qual prevê o “Ressarcimento dos Estudos Relativos à Concessão e dos Eventuais Ativos não Amortizados”, que seguirá a metodologia definida pela Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais (Arsae-MG) e pela ANA. O mencionado subitem possui a seguinte redação:

8.8. RESSARCIMENTO DOS ESTUDOS RELATIVOS À CONCESSÃO E DOS EVENTUAIS ATIVOS NÃO AMORTIZADOS

8.8.1. Em até 5 (cinco) dias úteis antes da assinatura do CONTRATO, a LICITANTE VENCEDORA deverá comprovar 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 PREFISAN ENGENHARIA LTDA., relacionados à CONCESSÃO, com fulcro no art. 21, da Lei Federal nº. 8.987/1995.

8.8.2. 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-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) encargo que deverá ser suportado pela Administração Pública.

8.8.3. 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.

a. 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.

Como se vê, embora o Edital não tenha especificado a metodologia a ser eventualmente adotada para a aferição do valor dos ativos não amortizados, existe previsão que resguarda a futura concessionária por eventual ressarcimento de ativos não amortizados ao longo da vigência do contrato, nos termos estabelecidos pela Arsa-e-MG e pela Resolução n. 161/2023 da ANA⁵⁸.

Assim, considerando que o Município trouxe previsão de aderência à Norma de Referência n. 3 da ANA⁵⁹, cujo teor trata da metodologia de cálculo da indenização dos bens reversíveis, esta Unidade Técnica entende que este apontamento se encontra **superado**.

3.2.6. Ausência de metas de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reuso e efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados (item 3.16 da peça n. 139 do SGAP)

3.2.6.1. Apontamento

⁵⁸ Item 8.8.2 do Edital Retificado 3.

⁵⁹ Item 1.2.1 do Edital Retificado 3.

Esta Unidade Técnica fundamentou, em apertada síntese, que, conforme inciso I do art. 10-A da Lei Federal n. 11.445/2007, sob pena de nulidade, os contratos relativos à prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, 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 de chuva. Contudo, não foi possível identificar as referidas metas em nenhum dos documentos referentes ao certame⁶⁰.

Dessa forma, diante da ausência de metas claras e mensuráveis 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 na Minuta do Contrato, esta Coordenadoria propôs que fosse determinado ao Município que corrigisse o Edital quanto a esse ponto para se prever cláusula expressa das referidas metas.

3.2.6.2. *Manifestação do Município*

Alega que adotou as medidas cabíveis para promover a retificação no Termo de Referência, com a finalidade de constar de modo explícito todas as referidas metas, saneando, portanto, a irregularidade.

3.2.6.3. *Análise Técnica*

Conforme apontado no Relatório de Análise Inicial (peça n. 139 do SGAP), a versão anterior do Edital não apresentava metas claras e mensuráveis de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, bem como de reúso de efluentes e aproveitamento de águas de chuva. O amparo legal para esse apontamento estaria disposto na Lei Federal n. 11.445/2007:

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

⁶⁰ Edital Retificado 2 (peça nº 4 da Denúncia 1.167.241), Minuta do Contrato (peça nº 5 da Denúncia 1.167.241) e Termo de Referência Retificado (peça nº 6 da Denúncia 1.167.241).

eficiência energética, ao reúso de efluentes sanitários e ao aproveitamento de águas de chuva.

Diante disso, esta Unidade Técnica concluiu pela procedência do apontamento e propôs que fosse determinado ao Município a correção do 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, também foi proposto que, caso ocorresse a assinatura do contrato sem a inclusão de tais metas, fosse determinada a assinatura de termo aditivo considerando as metas previstas no artigo 10-A, inciso I, da Lei Federal n. 11.455/2007, sob pena de nulidade da contratação.

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: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

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; (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Em atendimento à manifestação desta Unidade Técnica, o Município de Barão de Cocais/MG acrescentou, no Termo de Referência, informações a respeito da meta para reúso de efluentes sanitários nos seguintes termos:

O plano de expansão de cada meta até a universalização do abastecimento de água, conforme art.10-A da Lei nº. 14.026/2020, está apresentado a seguir (para reúso de efluentes sanitários, a meta é de 10% de utilização dos efluentes tratados nas estações de tratamento de esgotos após a universalização (ano 11) com compartilhamento de eventual receita acessória com o poder concedente de 10% do lucro com a operação; para aproveitamento de águas de chuvas, a meta é a utilização das águas captadas nas coberturas das estações de tratamento de água e esgoto na sede e no distrito de Cocais para utilização como água de serviço como limpeza de pisos e pátios, irrigação de jardins, lavagem de equipamentos e veículos):

Cobertura		Perdas Totais		Consumo Per Capita		Energia Elétrica		Duração Paralisações	
Ano	%	Ano	%	Ano	L/hab.dia	Ano	kWh/m ³	Ano	Horas
1	87,0%	1	44,38%	1	175,47	1	0,680	1	55,5
2	88,5%	2	42,23%	2	172,64	2	0,677	2	50,67
3	89,9%	3	40,08%	3	169,81	3	0,674	3	45,84
4	91,4%	4	37,93%	4	166,98	4	0,671	4	41,01
5	92,8%	5	35,78%	5	164,15	5	0,668	5	36,18
6	94,3%	6	33,63%	6	161,32	6	0,665	6	31,35
7	95,7%	7	31,48%	7	158,49	7	0,662	7	26,52
8	97,2%	8	29,33%	8	155,66	8	0,659	8	21,69
9	98,6%	9	27,18%	9	152,83	9	0,656	9	16,86
10	100,0%	10	25,00%	10	150,00	10	0,650	10	12

Tabela 1 – Metas de expansão dos serviços – Água Sede e Distrito (Consultores, 2022)

Embora a Minuta de Contrato não reproduza expressamente essas metas, a sua Cláusula Sétima expressamente menciona que deverão ser observadas pela Concessionária as disposições previstas no Termo de Referência, nos seguintes termos:

7.1. A execução dos serviços deverá respeitar com rigor todas as disposições, prazos, metas e especificações técnicas constantes no PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO e TERMO DE REFERÊNCIA, incluído o REGULAMENTO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO e os normativos da ENTIDADE REGULADORA.

7.2. A CONCESSIONÁRIA deverá, obrigatoriamente, cumprir as metas e indicadores previstos no TERMO DE REFERÊNCIA, bem como no PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO e no REGULAMENTO DOS SERVIÇOS ANEXOS ao EDITAL.

Sendo assim, entende-se que a irregularidade outrora identificada fora sanada pelo Município de Barão de Cocais/MG com a republicação do Edital, por meio da inclusão, no Termo de Referência, de metas de reúso de efluentes sanitários e de reaproveitamento de água de chuva e da vinculação dessas metas à Minuta de Contrato.

Pelo exposto, observa-se que o instrumento convocatório foi aprimorado, restando **superado** este apontamento.

3.2.7. Ausência de previsão das Normas de Referência n. 3/2023 (Resolução n. 161/2023), n. 5/2024 (Resolução n. 178/2024) e n. 06/2024 (Resolução n. 183/2024), todas aplicáveis ao presente projeto e publicadas anteriormente à republicação do Edital, o que permitiria sua adequação (item 3.4 da peça n. 139 do SGAP)

3.2.7.1. Apontamento

Apesar de esta Unidade Técnica ter concluído pela improcedência deste apontamento, haja vista a não obrigatoriedade quanto à observância das Normas de Referência editadas pela ANA, recomendou-se aos gestores públicos que, na republicação do Edital, indicassem expressamente quanto à aderência ou não às normas da ANA.

3.2.7.2. Manifestação do Município

Alega o Município que, apesar de esta Unidade Técnica ter concluído pela improcedência desse apontamento, a Minuta do Contrato foi retificada, passando a prever expressamente a aderência do certame às normas da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA).

3.2.7.3. Análise Técnica

Conforme já informado acima, embora esse apontamento tenha sido considerado improcedente, esta Unidade Técnica recomendou aos gestores públicos responsáveis pelo processo licitatório que, quando da republicação do Edital:

- Indicassem expressamente a aderência às normas da ANA ou, no caso de não se seguirem normas da ANA, fundamentassem a sua escolha, à luz da restrição de financiamentos federais e contratação de financiamentos com terceiros em um contrato de longo prazo como este; e
- Avaliassem a possibilidade de prever a agência reguladora como interveniente-anuente no contrato de concessão.

A respeito dessas recomendações, verifica-se que foi incluída, na Cláusula Primeira da Minuta de Contrato do Edital republicado, referência às seguintes normas regulamentares que regerão o futuro contrato de concessão:

CLÁUSULA UM – NORMAS APLICÁVEIS

1.1. O presente CONTRATO DE CONCESSÃO rege-se por suas cláusulas, pelas condições previstas no EDITAL e nos seus ANEXOS, pelas PROPOSTAS, assim como pelas disposições legais e regulamentares aplicáveis, e, especialmente, pelas seguintes normas:

(...)

1. Resolução ANA nº. 161/2023 (Norma de Referência nº. 03/2023);

m. Resolução ANA nº. 178/2024 (Norma de Referência nº. 05/2024);

n. Resolução ANA nº. 183/2024 (Norma de Referência nº. 06/2024);

o. Resolução ANA nº. 191/2024;

p. Resolução ANA nº. 192/2024 (Norma de Referência nº. 08/2024).

Quanto à Resolução ANA n. 161/2023, que dispõe sobre a metodologia de indenização de investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados, a Minuta de Contrato faz referência expressa sobre a sua aplicação em outras cláusulas contratuais, a exemplo das cláusulas 39.2, 41.3, 42.6 e 43.3:

39.2. Extinta a CONCESSÃO, opera-se de pleno direito a reversão ao CONCEDENTE dos bens afetos aos SERVIÇOS, bem como as prerrogativas conferidas à CONCESSIONÁRIA, pagando-se a ela a respectiva indenização, conforme metodologia de cálculo prevista na Resolução nº. 161/2023 (Norma de Referência nº. 03) da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, relativa aos bens incorporados à CONCESSÃO.

(...)

41.3. Caso o CONTRATO venha a ser extinto por encampação, a indenização devida pelo CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA deverá ser paga previamente à reversão dos bens, nos termos do art. 37 da Lei Federal nº. 8.987/1995 c/c com a metodologia de indenização prevista na Resolução nº. 161/2023 (Norma de Referência nº. 03) da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

(...)

42.6. No caso da extinção do CONTRATO por caducidade, a CONCESSIONÁRIA fará jus ao recebimento da devida indenização, em que serão considerados os BENS REVERSÍVEIS, segundo a metodologia estabelecida pela Resolução nº. 161/2023 (Norma de Referência nº. 03) da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

(...)

43.3. Na hipótese de rescisão do CONTRATO por inadimplemento contratual nos termos desta Cláusula, aplicar-se-á, a metodologia de cálculo prevista na Resolução nº. 161/2023 (Norma de Referência nº. 03) da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico.

Sendo assim, conclui-se que **o Município de Barão de Cocais/MG acatou a primeira recomendação desta Unidade Técnica**, ao implementar ajustes no instrumento convocatório com previsões das referidas normas de referência.

A segunda recomendação, por sua vez, não foi atendida. Essa recomendação diz respeito à inclusão da agência reguladora como interveniente anuente do contrato.

É certo, no entanto, que a exigência legal⁶¹ de indicação de entidade de regulação e fiscalização foi atendida, tendo sido designada para cumprir o mencionado papel a Agência Reguladora Intermunicipal de Saneamento Básico de Minas Gerais (Arisb-MG), constando, inclusive, o termo do convênio já assinado entre a mencionada entidade e o Município como o Anexo 15 do Edital, o qual será assinado, também, pela futura concessionária.

Esta Unidade Técnica entende que a ausência da figura da entidade reguladora infranacional como interveniente do contrato não configura uma irregularidade.

Dessa forma, tratou-se essa recomendação apenas de caráter sugestivo para fins de aperfeiçoamento do Edital, de forma que seu não atendimento não configura óbice à continuidade do certame. Portanto, este Órgão Técnico entende que esse apontamento se encontra **superado**.

3.2.8. 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 da peça n. 139 do SGAP)

3.2.8.1. Apontamento

Apesar de esta Unidade Técnica ter concluído pela improcedência deste apontamento, haja vista que o art. 59 da Lei Federal n. 8.666/1993 já faz a distinção entre o valor de indenização devida à Concessionária em decorrência da anulação da Concessão por concorrência ou culpa exclusiva do Poder Concedente⁶², recomendou-se ao Município que, ocorrendo a republicação do Edital, considerasse a previsão de cláusula que fizesse tal distinção.

3.2.8.2. Manifestação do Município

Alega o Município que, apesar de esta Unidade Técnica ter declarado a improcedência desse apontamento, esta Coordenadoria recomendou que o Município considerasse prever

⁶¹ Ver artigo 11, inciso III, da Lei Federal n. 11.445/2007.

⁶² À luz dos diversos julgados do TCU, do código civil e da doutrina pátria.

cláusula que fizesse a distinção das formas de indenização em razão dos diferentes tipos de modalidades de extinção do Contrato de Concessão.

Alega, ademais, que o instrumento convocatório foi retificado para informar que a Concessionária será indenizada nos termos do artigo 59, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.666/1993 e da Resolução ANA n. 161 (Norma de Referência n. 3/2023), que trata da metodologia de cálculo da indenização dos bens reversíveis, além de distinguir as diferentes metodologias de cálculos em face das hipóteses de extinção do contrato de concessão.

3.2.8.3. *Manifestação do denunciante (peça n. 27 da Denúncia 1.167.241)*

Aduz o denunciante que, geralmente, na hipótese de anulação para a qual a Concessionária não tenha concorrido para o evento, aplicam-se as regras de encampação, e para a hipótese de concorrência do particular para o evento, as regras de caducidade. Alega, ademais, que a Norma de Referência n. 3/2023 da ANA nada dispõe sobre a indenização devida na hipótese de anulação, que deveria ser de regramento específico da Minuta de Contrato.

Por fim, sustenta que a medida, especialmente a partir das irregularidades apresentadas, é bastante relevante para não afugentar o universo de competidores, ou, ainda, deixar margem interpretativa em cenário crítico (como é o caso de término antecipado de Contrato de longo prazo) que pode prejudicar tanto o operador privado quanto o Poder Concedente.

3.2.8.4. *Análise Técnica*

Verifica-se que o dispositivo que constava da cláusula 37 da Minuta do Contrato anterior foi extinto, dando lugar a uma nova redação, conforme segue:

CLÁUSULA QUARENTA E QUATRO – ANULAÇÃO

44.1. Nos casos de verificação de vícios no EDITAL e nos seus ANEXOS, na LICITAÇÃO e/ou neste CONTRATO e nos seus ANEXOS, o PODER CONCEDENTE e a AGÊNCIA REGULADORA se comprometem a convalidar, sempre que possível, os atos administrativos no intuito de preservar o interesse público, a ordem social e atender ao princípio da segurança jurídica.

44.2. Na impossibilidade, comprovada e motivada, da convalidação dos atos administrativos viciados decorrentes de eventuais irregularidades verificadas

o PODER CONCEDENTE, por recomendação da AGÊNCIA REGULADORA, poderá anular a CONCESSÃO, de acordo com a previsão contida no art. 35, inciso V, da Lei nº. 8.987/1995, apurada em procedimento administrativo próprio.

44.3. Decretada a anulação da CONCESSÃO, será garantida a indenização a ser paga à CONCESSIONÁRIA, adotando-se, para tanto, a metodologia de indenização prevista na Resolução nº. 161/2023 (Norma de Referência nº. 03) da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, observado também o disposto no art. 59 da Lei Federal nº. 8.666/1993.

44.4. 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 seguintes termos:

44.3.2. A indenização a que se refere o item acima será paga previamente à retomada dos SERVIÇOS e da assunção dos BENS REVERSÍVEIS.

44.3.3. A CONCESSIONÁRIA deverá prestar os SERVIÇOS, mantido o equilíbrio econômico-financeiro, até que seja efetuado o pagamento integral da indenização devida pelo PODER CONCEDENTE.

44.5. Eventuais conflitos decorrentes da aplicação do disposto nesta Cláusula poderão ser dirimidos por meio do mecanismo de solução de controvérsias previsto neste CONTRATO.

É possível constatar, portanto, que a nova Minuta de Contrato, publicada em 02/10/2024, trouxe alterações pontuais, suficientes para regular o instituto da nulidade contratual, de acordo com a legislação que rege o contrato em comento.

Observa-se que, embora Poder Concedente não faça nenhuma distinção editalícia e contratual no que concerne às tipologias de nulidade contratual, cumpre ressaltar que a própria Lei Federal n. 8.666/1993 não traz tal distinção, de modo que não é possível falar, quanto a esse ponto, sobre vício do referido processo licitatório.

Em que pese a aludida distinção ter o condão de conferir maior riqueza de detalhamento e, por conseguinte, mais segurança jurídica aos licitantes, não há que se falar em irregularidade diante da ausência de regulação exaustiva nesse aspecto. Reforça-se, nesse sentido, que nem mesmo a Lei Federal n. 8.666/1993 e 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 da Concessionária, a Lei Federal n. 8.666/1993 tratou de modelar os efeitos da declaração de nulidade do contrato administrativo, em respeito ao princípio da proteção à confiança, prevendo, em seu artigo 59 e seu parágrafo único, suficiente normatização.

Destarte, essa obrigação de pagamento, vale aqui ressaltar, não é contratual. Mesmo porque um eventual contratual nulo não produziria qualquer efeito. Assim, a obrigação de indenização aqui tratada advém de uma obrigação extracontratual, a qual constitui obrigação legal entre as partes. Portanto, o fato de o contrato não trazer proposições jurisprudenciais e doutrinários acerca do tema não tem o penhor de cercear direito do contratado.

O art. 59, *caput* e parágrafo único, da Lei Federal n. 8.666/1993, interpretado à luz dos diversos julgados do TCU, do Código Civil e da doutrina pátria, já faz tal distinção.

Com isso, na visão desta Unidade Técnica, não há irregularidade quanto ao tema, razão pela qual esta Coordenadoria opina pela **improcedência** deste apontamento.

4. CONCLUSÃO

Pelas razões expostas, esta Unidade Técnica conclui pela **procedência** das denúncias apresentadas em relação aos seguintes apontamentos, mesmo após a retificação e republicação do instrumento convocatório da Concorrência Pública n. 001/2022:

- Vício quanto à responsabilidade pelo pagamento de valor a título de indenização à Companhia de Saneamento de Minas Gerais (Copasa-MG)⁶³;
- Ausência de justificativa para a adoção do critério de julgamento pelo tipo técnica e preço para o serviço em questão⁶⁴; e
- Inadequação dos critérios e da metodologia de avaliação de propostas técnicas⁶⁵.

Além disso, entende essa Unidade Técnica que são **improcedentes** os seguintes apontamentos das denúncias:

- Aplicação da Lei Federal n. 8.666/1993 mesmo em caso de republicação do Edital⁶⁶;

⁶³ Subitem 3.1.6 do presente relatório.

⁶⁴ Subitem 3.2.1 do presente relatório.

⁶⁵ Subitem 3.2.2 do presente relatório.

⁶⁶ Subitem 3.1.1 do presente relatório.

- Inexistência de ilegalidade acerca da divulgação simultânea dos resultados dos julgamentos das propostas técnicas e comerciais⁶⁷; e
- Ausência de distinção entre o valor de indenização devida à Concessionária em decorrência da anulação da Concessão por concorrência ou culpa exclusiva do Poder Concedente⁶⁸.

É importante pontuar, ademais, que, na visão desta Unidade Técnica, consoante o exposto no presente relatório técnico e nas demais manifestações técnicas produzidas nos autos, conforme registrado no título 2 desta análise, foram **superadas**, após a alteração do Edital pelo Poder Concedente, os apontamentos em relação às seguintes matérias:

- Ilegalidade da exigência de visita técnica obrigatória⁶⁹;
- Ausência de definição de critérios essenciais para a formulação de propostas comerciais⁷⁰;
- Ilegalidade da vedação ao somatório de atestados entre consorciadas para atendimento das exigências de qualificação técnica-profissional⁷¹;
- Ausência de regulamentação acerca da participação de veículos de investimentos⁷²;
- Exigência indevida de atestados de qualificação técnica na prestação dos serviços⁷³;

⁶⁷ Subitem 3.1.5 do presente relatório.

⁶⁸ Subitem 3.2.8 do presente relatório.

⁶⁹ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.3) e 101 (subitem 3.3) do SGAP, e foi considerada superada.

⁷⁰ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.4), 101 (subitem 3.1), 118 (subitem 3.1) e 126 (subitem 3.1.3) do SGAP, e foi considerada superada.

⁷¹ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.5) e 101 (subitem 3.5) do SGAP, e foi considerada superada.

⁷² Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.8) e 101 (subitem 3.8) do SGAP, e foi considerada superada.

⁷³ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.6), 45 (subitem 3.3) e 101 (subitem 3.6) do SGAP, e foi considerada superada.

- Vedação indevida à participação isolada de fundos de investimento⁷⁴;
- Ausência de previsão de apresentação de contrarrazões/impugnação aos recursos administrativos apresentados no curso da licitação⁷⁵;
- Ilegalidade na previsão de quantitativos mínimos para qualificação técnica profissional⁷⁶;
- Vedação à participação de consórcios com mais de três licitantes⁷⁷;
- Exigência de que todos os documentos em língua estrangeira devem ser acompanhados de tradução juramentada para a língua portuguesa, realizada por tradutor juramentado, além de devidamente consularizados no Consulado Brasileiro do País de origem⁷⁸;
- Múltiplos locais de entrega da documentação⁷⁹;
- Ausência de indicação da empresa responsável pela realização dos estudos⁸⁰;
- Ausência de previsão acerca da ordem de preferência, em caso de divergência, entre os esclarecimentos prestados pelo Poder Concedente no âmbito da Licitação e os demais documentos dela constantes⁸¹;
- Inclusão genérica de serviços de interesse geral ou social que potencialmente possam ser atribuídos à Concessionária, sem a garantia do

⁷⁴ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.9) e 101 (subitem 3.9) do SGAP, e foi considerada superada.

⁷⁵ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.10) e 101 (subitem 3.11) do SGAP, e foi considerada inicialmente improcedente e, após alteração do Edital, superada.

⁷⁶ Matéria que foi objeto de análise nos relatórios técnicos que compõem as peças n. 12 (subitem 3.11) e 101 (subitem 3.12) do SGAP, e foi considerada inicialmente improcedente e, após alteração do Edital, superada.

⁷⁷ Matéria que foi objeto de análise no relatório técnico que compõe a peça n. 101 do SGAP e foi considerada superada.

⁷⁸ Subitem 3.1.2 do presente relatório.

⁷⁹ Subitem 3.1.3 do presente relatório.

⁸⁰ Subitem 3.1.4 do presente relatório.

⁸¹ Subitem 3.1.7 do presente relatório.

reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, prejudicando – considerada a incerteza – a precificação da Proposta Comercial⁸²;

- Divergência sobre as regras de integralização do Capital Social da Concessionária entre o item 12.5 da Minuta de Contrato e o item 8.1.6 do Edital⁸³;
- Inconformidade no valor estimado da contratação⁸⁴;
- Ausência de previsão do percentual de compartilhamento das Receitas Extraordinárias⁸⁵;
- Ausência de previsão da metodologia para a aferição do valor dos ativos não amortizados ou depreciados conforme a Norma de Referência n. 3 da ANA⁸⁶;
- Ausência de metas de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reuso e efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados⁸⁷; e
- Ausência de previsão das Normas de Referência n. 3/2023 (Resolução n. 161/2023), n. 5/2024 (Resolução n. 178/2024) e n. 06/2024 (Resolução n. 183/2024)⁸⁸.

5. MEDIDAS CABÍVEIS

Em linha com o exposto no presente relatório técnico, esta Unidade Técnica opina, em face das irregularidades identificadas nos autos, que sejam adotadas as seguintes medidas:

- 5.1.** Considerando o exposto no subitem 3.1.6 deste relatório técnico, que seja **determinado** que o Município de Barão de Cocais/MG, antes de

⁸² Subitem 3.1.8 do presente relatório.

⁸³ Subitem 3.1.9 do presente relatório.

⁸⁴ Subitem 3.2.3 do presente relatório.

⁸⁵ Subitem 3.2.4 do presente relatório.

⁸⁶ Subitem 3.2.5 do presente relatório.

⁸⁷ Subitem 3.2.6 do presente relatório.

⁸⁸ Subitem 3.2.7 do presente relatório.

assinar o contrato, promova os procedimentos administrativos necessários para apurar e liquidar eventual indenização devida à Copasa-MG pelos bens reversíveis ainda não amortizados, na esteira do que dispõe o artigo 35, §2º, da Lei Federal n. 8.987/1995, a fim de viabilizar a realização do seu pagamento tempestivamente, garantindo maior segurança jurídica aos potenciais interessados na disputa e evitando a ocorrência de prejuízo ao erário;

5.2. Que seja **determinado**, em conformidade com o exposto no subitem 3.2.1 do presente relatório, que (i) o Município de Barão de Cocais/MG adote, como critério de julgamento do certame, qualquer dos critérios previstos no artigo 15 da Lei Federal n. 8.987/1995 que não inclua a avaliação de propostas técnicas, de forma a privilegiar a modicidade tarifária e a ampliação do serviço de saneamento básico, e (ii) estabeleça, no Edital, mecanismos de incentivo para o cumprimento de padrões mínimos de qualidade e eficiência, com o objetivo de assegurar a boa performance do parceiro privado e mitigar o risco de comportamentos oportunistas, que é o que, aparentemente, o gestor busca com a avaliação da técnica a ser empregada;

5.3. Ainda considerando o exposto no subitem 3.2.1 do presente relatório, na hipótese de este Tribunal autorizar a manutenção da utilização do critério de julgamento que combina melhor técnica e menor tarifa, (i) considerando a necessidade de que sejam previstos, no contrato, mecanismos de incentivo para o cumprimento de padrões mínimos de qualidade e eficiência, na prestação dos serviços, independentemente da avaliação da proposta técnica apresentada, que seja **determinado** ao Município de Barão de Cocais/MG que estabeleça, no Edital, metas e indicadores de desempenho; e (ii) considerando a necessidade de se evitar o engessamento do contrato sem retirar da concessionária a responsabilidade por sua inaptidão futura para atingir os melhores resultados, que seja **determinado** ao Município que estabeleça, no Edital, obrigação de, sem fazer jus ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, manter a eficiência e atualidade das soluções técnicas apresentadas na proposta técnica, a fim de se garantir a qualidade dos serviços

prestados em conformidade com os indicadores de desempenho estabelecidos.

Finalmente, que:

5.4. Consoante o exposto no subitem 3.2.2 do presente relatório, seja **determinado** ao Município de Barão de Cocais/MG que, na hipótese de restar mantido o critério de julgamento que conjuga menor tarifa e melhor técnica, promova a alteração do Anexo 9 do Edital ao menos para **excluir**:

5.4.1) A exigência de apresentação de estudos complementares para a atribuição de nota máxima à proposta apresentada, dada a excessiva subjetividade do mencionado critério de julgamento;

5.4.2) Os quesitos constantes do subitem 7.1, que dizem respeito à “Administração”, e os constantes nos subitens 7.2, alíneas “o”, “s”, “t” e “u”, e 7.3, alíneas “l”, “p”, “q” e “r”, considerando o risco de engessamento do contrato; e

5.4.3) Os quesitos constantes dos subitens 7.2, alíneas “p”, “q” e “r”, e 7.3, alíneas “m”, “n” e “o”, diante do risco de prejudicar a atualidade do contrato que resultará da disputa.

6. PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, esta Unidade Técnica propõe:

6.1. A **citação do Município de Barão de Cocais/MG**, na pessoa dos subscritores do Edital e responsáveis pela condução do certame, Sr. Douglas Aleixo Pena, Secretário Municipal de Obras e Saneamento, e Sr. David Pessoa Guedes, atual Secretário Municipal de Meio Ambiente, para, querendo, apresentar suas razões de defesa, no prazo de 15 dias, tendo em vista as irregularidades apuradas e as determinações sugeridas no presente relatório;

6.2. Que seja determinado ao Município de Barão de Cocais/MG que, na hipótese de ser republicado o Edital do certame em epígrafe, com a reabertura do prazo para a apresentação de propostas, ou elaborado novo



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



instrumento convocatório com objeto idêntico ou similar ao ora analisado, este Tribunal de Contas seja comunicado, devendo ser encaminhada a esta Corte cópia do mencionado instrumento para exame no prazo de 5 dias constados de sua publicação.

À consideração superior.

CFCP, aos 15 de janeiro de 2025.

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

Luciana Almeida de Assis
Analista de Controle Externo
TC 3484-1

Rômulo José Soares Miranda
Analista de Controle Externo
TC 3565-1