

São Paulo, 03 de janeiro de 2023.

À **Prefeitura Municipal de Ilhota**
Comissão de Licitações
Rua Dr. Leoberto Leal, 160, Centro, Ilhota/SC
licitacao3@ilhota.sc.gov.br

A/C **Presidente da Comissão de Licitações**

Ref.: **Concorrência Pública Nº 005/2022 - PMI**
Processo Licitatório Nº 526/2022 - PMI
Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário

A **AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A.**, sociedade anônima de capital aberto com registro junto à Comissão de Valores Mobiliários na categoria “B” organizada e existente de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ/MF sob n. ° 08.827.501/0001-58, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n° 1.663, 1° Andar, Sala 1, Edif. Plaza São Lourenço, Bairro Jardim Paulistano, na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo (“**Impugnante**”) vem, por seu representante legal abaixo assinado, com fundamento no artigo 41, § 2º da Lei Federal nº 8.666 de 1993 (“**Lei de Licitações**”), apresentar sua

I M P U G N A Ç Ã O

ao edital (“**Edital**”) da Concorrência Pública Nº 005/2022 (“**Licitação**”), que tem por objeto a contratação de empresa para concessão da prestação do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário, pelo prazo de 30 (trinta) anos, em caráter de exclusividade, no Ilhota/SC (“**Objeto**”), pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

1. TEMPESTIVIDADE

Pelo expresso no item 6.1 do Edital, em até 05 (cinco) dias úteis antes da data fixada para recebimento das propostas, então definida para a data de 20 de janeiro de

2023, qualquer pessoa física ou jurídica poderá impugnar o ato convocatório. E ainda, pelo art. 41, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, o prazo para impugnação do edital por iniciativa da licitante é de até 02 (dois) dias úteis anteriores àquela data de referência.

Considerando a data de apresentação da presente impugnação, 03 de janeiro de 2023, é absolutamente inequívoca a sua tempestividade.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO

Conforme descrito no item 1 do Edital, o objeto da licitação é a contratação de empresa, através de contrato de concessão, para exploração de serviço de água e esgoto do Município, através do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em toda a área urbana municipal, conforme previsto no Plano Municipal de Saneamento Básico, através da operação e da manutenção das unidades integrantes dos sistemas físicos já existentes e da construção de novas unidades, operacionais e gerenciais de produção e distribuição de água potável, bem como a coleta, afastamento, tratamento e disposição de esgotos sanitários, com a expansão da rede, também em consequência das etapas já previstas, incluindo a gestão do sistema comercial e organizacional dos serviços envolvidos.

O prazo previsto para a concessão é de 30 (trinta e cinco) anos e seu valor estimado é de R\$ 123.777.349,00 (cento e vinte e três milhões setecentos e setenta e sete mil e trezentos e quarenta e nove reais), correspondente ao somatório dos investimentos projetados para todo o período da concessão pelo operador designado após o trâmite regular da licitação.

Como critério de julgamento das propostas ofertadas pelas licitantes foi designada uma combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica, conforme indicado no item 5.1. do Edital.

Todavia, em que pese seu nobre objeto que tem por escopo o fornecimento dos serviços públicos essenciais de saneamento básico à população de Ilhota, atendendo às necessidades de seus munícipes relacionadas ao exercício do fundamento constitucional da cidadania (art. 1º, II, da Constituição Federal) e ao direito fundamental social à saúde (art. 6º da Constituição Federal), **o Edital está contaminado por severos vícios que comprometem a regularidade e a legalidade do certame, em franca oposição ao interesse público a ele inerente, ora afastado em**

razão de graves falhas que lhe retiram a competitividade e transparência que devem ser inerentes aos procedimentos licitatórios dessa natureza. Diante do grande volume de ilegalidades identificadas, foram elas divididas entre (i) ilegalidades frente ao cenário institucional do certame; (ii) ilegalidades relacionadas ao Edital e; (iii) ilegalidades e impropriedades da Minuta do Contrato de Concessão, detidamente descritas nos itens seguintes da presente impugnação.

3. ILEGALIDADES FRENTE AO CENÁRIO INSTITUCIONAL DO CERTAME

Ao longo desta peça de impugnação são destacadas ilegalidades que distanciam o processamento da Concorrência Pública nº 005/2022 das regras jurídico-normativas que a ela são aplicáveis.

Como se não bastasse, porém, as impropriedades veementes sobre o próprio Edital e a Minuta do Contrato de Concessão, a deflagração da Concorrência Pública nº 005/2022 é ilegal também por não terem sido adotadas providências institucionais que são legalmente exigidas para viabilizar a publicação de certames dessa natureza, dentre o que se destacam: (i) ausência de ato justificativo da conveniência da outorga de concessão; (ii) não submissão dos documentos licitatórios para apreciação do Egrégio Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (TCE/SC), em grave ofensa à Instrução Normativa nº 22/2015 do TCE/SC e; (iii) violação à Lei Orgânica do Município: vedação expressa da concessão dos serviços públicos de água e esgoto.

3.1 ILEGALIDADE PELA AUSÊNCIA DE ATO JUSTIFICATIVO DA CONVENIÊNCIA DA OUTORGA DE CONCESSÃO

A Lei Federal nº 8.987/1995, “Lei de Concessões” é nítida, expressa e objetiva quanto à exigência da publicação, pelo ente licitador, do ato formal justificativo da conveniência da outorga da concessão previamente à publicação do Edital:

Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Este ato justificativo da conveniência da outorga de que trata o art. 5º da Lei de Concessões é o instrumento formal que fundamenta as razões pelas quais a

licitação que tem por objeto a concessão de serviços públicos será deflagrada. Neste instrumento, com fundamento no art. 175 da Constituição Federal, o poder concedente deve demonstrar a vantajosidade da delegação dos serviços de sua competência em relação à sua prestação direta, devendo para isso indicar - com alto grau de precisão - o objeto a ser concedido, a área de incidência da concessão e o prazo previsto em que os serviços serão executados pelo futuro concessionário.

Não é, portanto, ato supérfluo ou dispensável nos procedimentos que tem por objeto a concessão de serviços públicos essenciais, como é o caso da Concorrência nº 005/2022. Por isso, exige-se que seja publicado nos mesmos meios de comunicação que o Edital, especialmente diário oficial e jornais de grande circulação.

No caso da licitação ora impugnada **não há qualquer indício de publicação do ato justificativo da conveniência da outorga pelo Poder Concedente**, o que faz com que a própria publicação do Edital seja, por si só, ilegal e essencialmente nula. Não deve produzir quaisquer efeitos sobre o contexto fático dos serviços que conformam seu objeto, **razão pela qual a licitação deve ser suspensa até que a outorga dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário de titularidade do Município de Ilhota seja devidamente justificada em ato formal, nos termos do art. 5º da Lei de Concessões.**

3.2 ILEGALIDADE PELA NÃO SUBMISSÃO DO EDITAL PARA APECIAÇÃO PRÉVIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA - OFENSA À INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 0022/2015

A instrução normativa nº 0022/2015, do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina estabelece **procedimentos para o controle e orientação referente à etapa de planejamento das Concessões Administrativas e Patrocinadas (denominadas de Parcerias Público-Privadas - PPP) e das Concessões Comuns, a serem exercidos pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina.**

Entre as diversas disposições que versam regramentos para atuação prévia da Corte de Contas no que toca aos procedimentos licitatórios dessa natureza, o diploma determina que os documentos relacionados ao certame, tais como o Edital, Minuta de Contrato e demais anexos, **devem ser submetidos para a apreciação do Tribunal com antecedência de, no mínimo, 60 (sessenta) dias da deflagração da licitação, conforme impõe a norma de seu art. 7º.**

Art. 7º O gestor de PPP ou de Concessão Comum encaminhará ao Tribunal de Contas cópia em formato digital, armazenada em meio ótico ou eletrônico, dos documentos referidos no art. 5º, observado o prazo de 60 dias, no mínimo, antes da publicação do edital de licitação.

§1º O órgão de controle do Tribunal terá o prazo de 15 dias, a partir da entrega de todos os documentos referidos no art. 5º desta Instrução Normativa, para se manifestar quanto à autuação de processo específico de controle prévio e orientação técnica referente à fase de planejamento.¹

Diante dessa determinação, outros municípios catarinenses que deflagraram recentemente suas licitações com o mesmo objeto submeteram os documentos editalícios para análise do TCE/SC, como é o caso das concorrências publicadas por Pomerode (Processo TCE/SC nº 1900284402) e Guaramirim (Processo TCE/SC nº 2200554405).

No que toca à Concorrência Pública nº 005/2022, deflagrada por este Município de Ilhota, não há qualquer indicação de que os documentos licitatórios tenham sido apreciados e aprovados pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, em **GRAVE** ofensa à determinação normativa estabelecida nos termos do art. 7º da Instrução nº 0022/2015.

Diante disso, a licitação deve ser **IMEDIATAMENTE** suspensa e os documentos ora publicados enviados para apreciação da Egrégia Corte de Contas catarinense, sob pena de nulidade de todos os atos a ela relacionados.

3.3 VIOLAÇÃO À LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO: VEDAÇÃO EXPRESSA À CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO

Conforme as já clássicas lições de André Ramos Tavares, Professor Titular da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco e Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, a Lei Orgânica (“LOM”) é a norma correspondente à “Constituição” de cada Município, que disciplina a organização orgânica dos Poderes locais. Nas palavras do festejado Professor:

¹ A íntegra da Instrução Normativa n. TC-0022/2015, em que se descreve inclusive a relação completa de documentos a serem submetidos para a apreciação do TCE/SC encontra-se disponível em: https://www.tcesc.tc.br/sites/default/files/leis_normas/INSTRU%C3%87%C3%83O%20NORMATIVA%20N%2022-2015%20CONSOLIDADA_0.pdf.

A Lei Orgânica Municipal é a correspondente constituição dos Municípios, que a Constituição do Brasil denominou de maneira particularizada, ressaltando a sua inclinação para a organização (“orgânica”) dos “Poderes locais.

Necessária maioria qualificada de 2/3 dos membros da Câmara Municipal para sua aprovação, com procedimento que contempla dois turnos de votação.

O art. 29, caput, da Constituição Federal prevê o poder constituinte decorrente para o poder legislativo municipal. Esse artigo contém, ademais, um rol de limitações materiais à capacidade de auto-organização municipal. Trata-se de um conjunto de normas obrigatórias ao constituinte municipal. Se a lei orgânica não contemplar qualquer dos referidos comandos compulsórios, nem por isto poderão deixar de ser aplicados, visto serem normas de eficácia plena.²

Desse modo, **toda e qualquer ação material do Município deve reservar RIGOROSA harmonia às normas descritas pela sua Lei Orgânica, que se equipara a uma verdadeira “constituição municipal”.**

No caso do Município de Ilhota, sua Lei Orgânica define um capítulo próprio aos serviços de saneamento básico, expressamente considerados como ação de saúde pública e serviço público essencial, pelo que deve conferir ao cidadão do município o direito garantia inalienável de (i) abastecimento de água com qualidade compatível com os padrões de potabilidade; (ii) coleta, disposição e tratamento de esgotos cloacais e dos resíduos sólidos domiciliares, e a drenagem das águas pluviais; e (iii) controle de vetores, com utilização de métodos específicos para cada um e que não causem prejuízos ao homem, a outras espécies e ao meio ambiente (art. 226 da LOM).

No que toca especificamente aos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, a Lei Orgânica Municipal de Ilhota os define como atribuição precípua do Município, que deve estendê-lo progressivamente a toda a sua população, **sendo vedada a sua outorga mediante concessão, permissão ou autorização, salvo se a outorgada for entidade pública municipal já existente ou que venha a ser criada para este fim.** É o que prescreve o art. 227, e parágrafos, da LOM de Ilhota:

Art. 227. O serviço público de água e esgoto é atribuição precípua do Município, que deverá estendê-lo progressivamente a toda a população.

§ 1º O Município manterá, na forma da lei, mecanismos institucionais e financeiros destinados a garantir os benefícios do saneamento básico à totalidade da população, compatibilizando o planejamento

² TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. Saraiva: São Paulo, 2019. p. 891.

local com o do órgão gestor das bacias hidrográficas em que estiver parcial ou totalmente inserido.

§ 2º O serviço público de que trata o caput deste artigo será organizado, prestado, explorado e fiscalizado diretamente pelo Município, vedada a outorga mediante concessão, permissão ou autorização, exceto à entidade pública municipal existente ou que venha a ser criada para tal fim. (g. n.)

Desse modo, **O OUTORGA PRETENDIDA PELO OBJETO DA LICITAÇÃO DEFLAGRADA PELA CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 005/2022 É VEDADA PELA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO E, PORTANTO, ILEGAL.**

Para que o Município possa outorgar a eventual e futuro concessionária os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário de sua titularidade, **objeto da Concorrência Pública nº 005/2022**, haverá de promover a devida reforma legislativa de sua Lei Orgânica a fim de que o diploma passe a permitir a concessão pretendida, o que requer **a aprovação expressa de 2/3 (dois terços) dos membros da Câmara Municipal**. Por isso, ainda que a Administração Pública de Ilhota prossiga com os trâmites previstos para a licitação em comento, todos os atos a ela inerentes deverão ser **declarados nulos, UMA VEZ QUE SEU OBJETO É VEDADO, DE FORMA EXPRESSA, NÍTIDA E OBJETIVA, PELA LEI ORGÂNICA MUNICIPAL**.

Este cenário não resta dúvidas de que a própria deflagração da Concorrência Pública nº 005/2022 é, *per se*, ilegal, de modo que **seus atos devem ser interrompidos imediatamente a fim de que o Poder Concedente tome as devidas providências institucionais que viabilizariam e tornariam legal a licitação da concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário prestados em seu território**.

Considerando a máxima relevância dos itens apontados neste item 4. da presente impugnação, solicita-se, desde já que **caso o Município adote providências quanto (i) publicação do ato justificativo da outorga; (ii) submissão do edital e demais documentos licitatórios para apreciação e aprovação do TCE/SC e; (iii) alteração da Lei Orgânica municipal para viabilizar a outorga da concessão que conforma o objeto da Concorrência Pública nº 005/2022, que recebe estes itens também como pedido de esclarecimentos sobre os termos do Edital, encaminhando-se, à impugnante, as cópias dos documentos relativos às providências tomadas sobre estes temas**.

4. ILEGALIDADES DO EDITAL

Além das ilegalidades frente ao cenário institucional, que **demonstram que a deflagração da Concorrência Pública nº 005/2022 é, per se, ilegal por não observar e afrontar uma série de dispositivos legais da legislação regente**, o próprio Edital, bem como os Anexos que dele são parte, também está contaminado por severas irregularidades que **umentam** o já amplo rol de inconsistências que reclamam a imediata interrupção do certame para as devidas providências/correções.

Conforme descrito nos itens seguintes deste instrumento impugnatório, o Edital da Concorrência Pública nº 005/2022 padece de vícios que tornam o seu processamento ilegal em decorrência, sobretudo, dos seguintes itens: (i) Ilegalidade da adoção do critério técnica e preço na concorrência pública nº 005/2022; (ii) Ilegalidade dos critérios e da metodologia de avaliação das propostas técnicas; (iii) Ilegal desvirtuamento do critério de julgamento: insignificância da nota comercial; (iv) Erro na indicação do valor estimado do contrato; (v) Limitação indevida do número de consorciadas; (vi) Ilegalidade na obrigatoriedade de realização de visita técnica; (vii) Violação ao prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias decorrente da obrigatoriedade da realização de visita técnica; (viii) Ilegalidades relacionadas à Garantia de Proposta; (ix) Ilegalidade da exigência de pagamento da outorga fixa antes da assunção dos serviços; (xi) Ilegalidades relacionadas às exigências de qualificação técnica das licitantes; (xi) Vedação ilegal à participação de empresas em recuperação judicial; (xii) Ilegal exigência de autorização prévia para alteração do controle acionário e; (xiii) Ilegalidade da possibilidade de assunção do controle da concessionária por seus financiadores da concessionária sem a previsão da alternativa da administração temporária.

4.1 ILEGALIDADE DA ADOÇÃO DO CRITÉRIO TÉCNICA E PREÇO NA CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 005/2022

De acordo com o já mencionado item 5.1 do Edital, a “(...) competente classificação das propostas de preços será determinada através da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público com o de melhor técnica”.

Para adequada apresentação da proposta técnica as licitantes devem se ater ao disposto no Anexo V do Edital, descrito como “Informações para elaboração da Proposta Técnica”, que, em síntese, descreve os seguintes itens para elaboração de tais propostas: (i) conhecimento do sistema de abastecimento de água existente; (ii)

programa de trabalho proposto; e (iii) programa de gestão comercial. O Anexo descreve ainda que na proposta técnica seja informada a (iv) experiência da licitante, bem como a (v) experiência de sua equipe técnica.

Para cada item distinto, o Anexo informa uma metodologia de atribuição de pontos, baseada em três critérios básicos: “atendeu satisfatoriamente”, “atendeu parcialmente” e “não atendeu”. A pontuação máxima sobre o “conhecimento do sistema de abastecimento de água existente” é de 160 (cento e sessenta) pontos. Sobre o “programa de trabalho proposto”, 500 (quinhentos) pontos, quanto ao “programa de gestão comercial”, 80 (oitenta) pontos. Também há previsão de pontuação para a “experiência da licitante”, de no máximo 180 (cento e oitenta) pontos e de sua “equipe técnica”, que atingirá até 80 (oitenta) pontos.

Ao final, a nota da proposta técnica terá o peso de 70% (setenta por cento) da nota da licitante, enquanto a nota da proposta comercial apenas 30% (trinta por cento) conforme disposição expressa no item 18.2 do Edital:

18.2 As notas da PROPOSTA TÉCNICA e da PROPOSTA COMERCIAL terão, respectivamente, pesos de 70% (setenta por cento) e 30% (trinta por cento), sendo que as Notas Finais (NF) serão calculadas com 3 (três) casas decimais, conforme a seguinte equação:

$$NF = 70\% \times NT + 30\% \times NC$$

18.3 Onde:

I. NF = Nota Final

II. NT = Nota Técnica

III. NC = Nota Comercial

Em que pese a Lei Federal nº 8.987/1995, “Lei de Concessões”, prever a possibilidade da combinação dos critérios de melhor proposta técnica para julgamento de certames que tenham por objeto contratos dessa natureza, o critério da “melhor proposta técnica” deve ser usado com ponderação. Não pode justificar qualquer risco de sua utilização como subterfúgio para eventuais julgamentos subjetivistas da licitação, condutas que maculem o tratamento isonômico às licitantes sobre o processo licitatório e que ofendam aos interesses dos cidadãos contribuintes do Município de Ilhota, sua população e demais interessados diretos e indiretos na prestação dos serviços locais de abastecimento de água e esgotamento sanitário com índices elevados de qualidade, eficiência e **modicidade tarifária**.

Conforme bem ensina o professor Marçal Justen Filho, “*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*”³. Por essa razão, a viabilidade ou não do critério da melhor técnica depende também de uma avaliação fática e operacional sobre os serviços que conformam o objeto licitado.

No caso dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, a adoção do critério “melhor técnica” fazia algum sentido quando o setor ainda era incipiente na economia brasileira, em um período de consolidação das melhores técnicas e tecnologias utilizáveis a este setor de acordo com as diversas realidades socioeconômicas, demográficas e culturais perceptíveis no território nacional.

Neste cenário, atualmente superado, era possível concluir em alguns casos que os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário seria de natureza predominantemente intelectual, o que estaria em sintonia com a exigência do art. 46 da Lei Federal nº 8.666/1993, “Lei de Licitações”, para utilização do critério “melhor técnica” ou “técnica e preço” nos procedimentos licitatórios:

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

Ocorre, no entanto, que houve um significativo amadurecimento do setor de saneamento básico no Brasil, fomentado por diversos fatores sociais e econômicos, além de mudanças positivas no contexto jurídico-institucional. Este movimento permitiu a entrada de novos *players* no setor e o aumento exponencial do investimento público e privado sobre estes serviços.

Todo esse amadurecimento foi acompanhado pela incorporação e consolidação das melhores práticas internacionalmente reconhecidas sobre o ciclo completo da operação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nas cidades brasileiras. Felizmente, de modo muito distinto daquela realidade que se vislumbrava há pouco mais de uma década, quando a adoção do critério “técnica e

³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 17 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p 978.

preço” sobre procedimentos licitatórios cujo objeto era a delegação da operação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário era justificável, hoje o país conta com uma ampla gama de profissionais, instituições públicas e organizações privadas que dominam a tecnologia operacional dos serviços de água e esgoto.

Entre os diversos agentes que contribuíram para o amadurecimento deste setor no Brasil, destaca-se, por exemplo, o papel das agências reguladoras, que tem normatizado e consolidado as melhores práticas em abastecimento de água e esgotamento sanitário, incluindo-se os seus aspectos operacionais, econômico-financeiros e jurídico-institucionais.

Neste cenário, o setor de saneamento básico no Brasil, em especial os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário hoje contempla (i) inúmeros profissionais que dominam as técnicas e tecnologias que envolvem todo o ciclo operacional dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário; (ii) instituições públicas e companhias privadas com larga experiência comprovada na oferta destes serviços com altos índices de eficiência, qualidade e modicidade tarifária e; (iv) normas referenciais que versam tanto sobre aspectos operacionais, ambientais, econômico-financeiros e jurídico-institucionais expedidas pelas agências incumbidas pela regulação destes serviços, **razões pelas quais atualmente não mais se justifica a adoção do critério “técnica e preço” para licitações que tem por objeto a concessão de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.**

Tanto é assim que **licitações envolvendo concessões de serviços público no escopo do saneamento básico, não tem adotado o critério “técnica” em seu julgamento.** Foi o caso, por exemplo, da Concorrência nº 001/2020, da Sanesul⁴, cujo objeto é parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, para prestação dos serviços de esgotamento sanitário em municípios do Mato Grosso do Sul; da Concorrência Internacional nº 01/2020, promovida pela CEDAE, com o objeto da concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e de serviços complementares em Municípios do Estado do Rio de Janeiro⁵; da Concorrência Internacional nº 01/21, realizada pelo ESTADO DO AMAPÁ, cujo objeto é a concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos

⁴Documentos disponíveis em:

<https://www.sanesul.ms.gov.br/Licitacao/DetalhesLicitacao/1657>.

⁵ Documentos disponíveis em: <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos.php>.

municípios daquele Estado⁶, entre tantas outras licitação de sobrelevada envergadura operacional e de investimentos, inclusive no Estado de Santa Catarina, como é o caso, por exemplo, da Concorrência Pública nº 012/2022, deflagrada pelo Município de Pomerode para concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário daquela cidade e que se encontra em regular processamento.

Evidentemente, tendo em vista a relevância e magnitude do objeto da Concorrência Pública nº 005/2022, é natural (e até mesmo recomendável) que a Administração Pública exija dos licitantes a comprovação de uma qualificação robusta como critério de habilitação e que estabeleça um padrão mínimo de experiência anterior na execução a contento de objetos similares, compatível com a complexidade e as peculiaridades do empreendimento. Todavia, essa **necessidade de comprovação de robustez da capacidade técnica dos licitantes não pode se confundir**, de forma alguma, com a exigência de proposta técnica, uma vez que, de modo algum, o Edital tem por objeto serviços que hoje podem ser considerados como de natureza predominantemente intelectual.

Mesmo assim, as irregularidades no procedimento deflagrado pela municipalidade de Ilhota não se esgotam nestes aspectos.

Como se não bastasse a indicação de um critério ilegal, “melhor técnica” mesmo que combinada com o critério do menor valor da tarifa, os próprios critérios para avaliação da “melhor proposta técnica” são altamente imprecisos e com grande espaço para aplicação de eventuais julgamentos discricionários e tendenciosos, à margem de qualquer resquício de legalidade e transparência que a licitação poderia ter - mesmo que se realizado já sob o vício da ilegalidade na escolha da melhor técnica como critério de julgamento - e em absoluta ofensa aos direitos e interesses dos cidadãos e contribuintes do Município de Ilhota.

4.2 ILEGALIDADE DOS CRITÉRIOS E DA METODOLOGIA DE AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS

Como se não bastasse a adoção do critério que “melhor técnica” que por si só, mesmo que combinado com o critério de “menor valor de tarifa” é ilegal em relação ao objeto desta Licitação e ao estado da arte do setor de saneamento básico na economia brasileira, a definição dos critérios de avaliação

⁶ Documentos disponíveis em: <https://concessaosaneamento.portal.ap.gov.br/>.

das propostas técnicas ofertadas pelos licitantes é imprecisa e ilegal. Padece de vícios irreparáveis que clamam por maior objetividade e transparência no julgamento e que permitiria, mesmo para avaliação de propostas técnicas, o afastamento de qualquer dúvida sobre eventual julgamento tendencioso e parcial sobre o certame.

Conforme define o item 16.7 do Edital, o julgamento das propostas técnicas se dará por critérios (supostamente) objetivos, conforme as Diretrizes para a Elaboração da PROPOSTA TÉCNICA, contidas no Anexo V.

Como antecipado no tópico anterior, o Anexo V do Edital descreve as diretrizes para apresentação das propostas técnicas de maneira insólita e imprecisa, que deve conter os seguintes itens: (i) conhecimento do sistema de abastecimento de água existente; (ii) programa de trabalho proposto; (iii) programa de gestão comercial; (iv) experiência da licitante; e (iv) experiência da equipe técnica, cada qual com atribuível por uma pontuação máxima distinta.

Assim, o anexo informa uma metodologia de atribuição de pontos baseada em três critérios, de modo que o licitante será pontuado para cada item a partir da conclusão da comissão se ele “atendeu satisfatoriamente”, “atendeu parcialmente” e “não atendeu”. Para cada tópico de avaliação o Anexo informa uma tabela de pontos distinta, pelo que são atribuídos pontos à proposta técnica com base nestes três níveis de mensuração da proposta.

Chama a atenção, porém, que o Anexo V preveja a atribuição de

A **EXPERIÊNCIA DA LICITANTE**, corresponde à Nota 4, será comprovada por meio de atestados acervados pelo CREA em nome da Licitante, cuja pontuação poderá variar entre 0 (zero) e 180 (cento e oitenta) pontos, de acordo com as exigências detalhadas no item 2.4.

Item	Descrição - Nota 4	Pontuação Por Atestado	Número Máximo de Atestados	Pontuação Máxima
4	Experiência da Licitante			180
4.1	Operação de Sistema de Abastecimento de Água	10	3	30
4.2	Operação de Sistema de Esgotamento Sanitário	10	3	30
4.3	Manutenção de Sistema de Abastecimento de Água	10	3	30
4.4	Manutenção de Sistema de Esgotamento Sanitário	10	3	30
4.5	Assentamento de Rede de Água	10	3	30
4.6	Assentamento de Rede de Esgoto	10	3	30

pontos com base nos critérios “**experiência da licitante**” e “**experiência da equipe técnica**” que não são itens passíveis de **proposta** à licitação, mas de comprovação da **qualificação** da licitante para execução de seu objeto. A ver:

E ainda:

A **EXPERIÊNCIA DA EQUIPE TÉCNICA**, corresponde à Nota 5 da Licitante, será comprovada por meio de atestados acervados pelo CREA em nome da Licitante, cuja pontuação poderá variar entre 0 (zero) e 80 (oitenta) pontos, de acordo com as exigências detalhadas no item 2.5.

Item	Descrição - Nota 5		Pontuação Por Atestado	Número Máximo de Atestados	Pontuação Máxima
5	Profissional	Experiência dos Profissionais			80
5.1	Eng. Civil ou Sanitarista	Operação de Sistema de Abastecimento de Água	5	2	10
5.2	Eng. Civil ou Sanitarista	Operação de Sistema de Esgotamento Sanitário	5	2	10
5.3	Eng. Químico	Operação de ETA	5	2	10
5.4	Eng. Químico	Operação de ETE	5	2	10
5.5	Eng. Civil ou Sanitarista	Manutenção de Sistema de Abastecimento de Água	5	2	10
5.6	Eng. Civil ou Sanitarista	Manutenção de Sistema de Esgotamento Sanitário	5	2	10
5.7	Eng. Civil	Assentamento de Rede de Água	5	2	10
5.8	Eng. Civil	Assentamento de Rede de Esgoto	5	2	10

Assim, o Edital confunde elementos que seriam **passíveis de qualificação técnica**, ou seja, **parâmetros objetivos para aferição da capacidade da licitação em assumir o objeto licitado, com categorias de proposta técnica**.

De modo que os critérios de qualificação das licitantes, inclusive aqueles de ordem técnica, tem por escopo único a verificação da regularidade jurídica e aptidão econômica, financeira e técnico-operacional das licitantes em executar adequadamente os serviços e eventuais obras e investimentos que conformam o objeto do certame a justificam a licitação, não devem ser utilizados **como critérios de julgamento da licitação. Mesmo porque inexistente qualquer previsão legal que assim autorize.**

A proposta técnica em certames licitatórios deve se restringir à avaliação sobre o conhecimento da licitante da situação real dos serviços e sistemas que irá assumir caso seja declarada vencedora, além da verificação das

soluções técnicas, tecnológicas, operacionais e econômico-financeiras que pretende utilizar para o pleno atingimento dos objetivos da concessão.

Além disso, ainda que os itens relativos à experiência da equipe técnica da licitante, relativos à qualificação, mas exigidos para fins de proposta técnica, fossem ilegalmente mantidos entre os elementos passíveis de atribuição de nota técnica, a possibilidade sua indicação deveria se estender para as empresas controladas pela licitante. De modo que os serviços outorgados à licitante vencedora serão executados por uma sociedade de propósito específico constituída especificamente para este fim, a indicação dos profissionais técnicos habilitados haveria de se estender para as empresas controladas pelas licitantes que operam os serviços dessa natureza.

Ademais, uma vez que itens de tal natureza são exigidos entre os documentos de habilitação das licitantes, não há qualquer razão ou fundamento que justifique a sua replicação entre os pontos atribuíveis à nota técnica das licitantes, **mesmo porque vários destes itens sequer apresentam relevância quanto aos serviços que conformam o objeto da concessão. Por isso, qual seria a importância de se pontuar, a título de proposta técnica, critérios como “assentamento de rede de água” e/ou “assentamento de rede de esgoto” se não o favorecimento a empresas, específicas ou não, que contemplam estas previsões?**

Estes itens, vale destacar, se somam aos demais tópicos exigíveis para aferição da proposta técnica na composição de 70% (setenta por cento) da nota final das licitantes. Ou seja, a proposta comercial terá um peso tão somente sobre 30% (trinta por cento) da nota final das licitantes, de modo que tais critérios ilegais de aferição e pontuação das propostas técnicas poderão submeter os usuários dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário a uma operação ineficiente e com TARIFAS INJUSTIFICADAMENTE MAIS ONEROSAS PELO PERÍODO DE 30 (TRINTA) ANOS, prazo previsto para a concessão.

E ainda, outro aspecto que chama a atenção sobre a ilegal metodologia pela qual os pontos da proposta técnica são atribuídos à licitante é a ausência de qualquer critério objetivo para definição do nível de atingimento do item exigido.

Como destacado anteriormente, no Anexo V do Edital, que informa as diretrizes para elaboração da proposta técnica, os quesitos informados para avaliação são submetidos a três níveis de pontuação: (i) “**atendeu satisfatoriamente**”, pelo que a licitante recebe nota máxima atribuível ao quesito; (ii) “**atendeu satisfatoriamente**”, ao que são atribuíveis às licitantes os pontos correspondentes à metade da nota referente ao atendimento “satisfatório” e; (iii) “**não atendeu**”, que impõe a nota 0 (zero) à licitante em todos os quesitos passíveis de avaliação.

Em que pese o distanciamento que há ente os pontos, **o Edital não informa, sequer em seu Anexo que indica as diretrizes para elaboração da proposta técnica, quais são os critérios utilizados para aferição do atendimento satisfatório ou parcial dos quesitos exigidos das licitantes.**

Existe, assim, **uma margem imensurável para aplicação de decisões subjetivas, dissonantes do sobrelevado interesse público que reside sobre a operação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Ilhota, que chafurda o certame na ilegalidade.**

As licitantes, assim, se tornam reféns de critérios não identificados para atribuição dos pontos relativos à sua proposta técnica ao mesmo tempo em que se ampliam os riscos de que os usuários dos serviços públicos de água e esgoto de Ilhota sejam submetidos, pelo período de 30 (trinta) anos, a tarifas com sua modicidade comprometida por conta de um procedimento licitatório com regras veementemente ilegais.

Nesse diapasão, como se não bastasse a própria ilegalidade da utilização do critério “técnica e preço” frente ao cenário atual do setor de saneamento básico no Brasil, a indicação de critérios de qualificação técnica junto aos itens passíveis de pontuação desvia, por completo e por definitivo, o certame das regras que a ele são inerentes, merecendo o urgente reparo por parte desta Comissão de Licitações.

4.3 ILEGAL DESVIRTUAMENTO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO: INSIGNIFICÂNCIA DA NOTA COMERCIAL

Como se não bastasse o excessivo subjetivismo e a impropriedade nos

itens relacionados para fins de aferição da nota técnica das licitantes, aspecto que chama demasiada atenção na Concorrência Pública nº 005/2022 é a **insignificância da nota comercial em relação à nota técnica**, sobre o que é válido revisar os itens 17.4, 17.5 e 17.6, que tratam do cálculo da Nota Comercial, bem como o os itens 18.2 e 18.3, que tratam do julgamento final das propostas. A ver:

17.4 Para fins de classificação, destaque-se que o julgamento da PROPOSTA COMERCIAL será feito mediante atribuição de nota, denominada "Nota Comercial", identificada pela sigla (NC).

17.5 Assim, as (NC) - Notas Comerciais serão calculadas pela seguinte fórmula:

$$NC = 800 + 200 \times [1 - (Ki - Vm) / (1 - Vm)]$$

17.6 Onde:

I. NC = Nota Comercial da LICITANTE

II. Ki = Valor do Fator K ofertado pela LICITANTE

E ainda:

18.2 As notas da PROPOSTA TÉCNICA e da PROPOSTA COMERCIAL terão, respectivamente, pesos de 70% (setenta por cento) e 30% (trinta por cento), sendo que as Notas Finais (NF) serão calculadas com 3 (três) casas decimais, conforme a seguinte equação:

$$NF = 70\% \times NT + 30\% \times NC$$

18.3 Onde:

I. NF = Nota Final

II. NT = Nota Técnica

III. NC = Nota Comercial

Como se percebe pela simples leitura do Edital, a concorrência pública inadvertidamente processada sob o critério “técnica e preço” deveria possuir como critério de julgamento a ponderação entre a melhor técnica, com peso equivalente a 70% da nota final, e a menor contraprestação calculada a partir do maior desconto ofertado pelos licitantes sobre o preço de referência do Edital, com peso equivalente a 30% da nota final.

Todavia, ocorre que a fórmula de cálculo da nota comercial, prevista nos itens editalícios acima destacados torna absolutamente inócua a proposta comercial para fins de definição da licitante vencedora do certame, desvirtuando por completo o critério de julgamento supostamente eleito para fins de julgamento das propostas das licitantes, em flagrante prejuízo do interesse público dos cidadãos de Ilhota, que tem o direito social de desfrutar de serviços regulares e eficientes de abastecimento de água e esgotamento sanitário com alto nível de modicidade tarifária.

De acordo com a ilegal metodologia indicada para julgamento das propostas ofertadas à Concorrência Pública nº 005/2022, uma mera diferença de 86 (oitenta e seis) pontos, dos 1000 (mil) que são atribuíveis, entre as notas técnicas das licitantes inviabilizaria qualquer proposta comercial, submetendo os usuários dos serviços públicos de água e esgoto de Ilhota ao pagamento de tarifas mais abusivas pelo período de 30 (trinta) anos, prazo de execução previsto ao contrato de concessão.

O quadro abaixo ilustra uma situação hipotética em que três licitantes apresentam pontuações com baixa diferença de pontos na nota técnica que torna insignificante a proposta comercial:

		86,000					
	I1	I2	I3				
NPT	1.000,000	914,000	740,000				
K	0,995	0,200	0,900				$NC = 800,0 + 200,0 [1 - (Ki - Vm) / (1 - Vm)]$
NPC	801,250	1.000,000	825,000				
NF	940,375	939,800	765,500				$NF = 0,70 (NT) + 0,30 (NC)$

Onde:

- I1 = Licitante hipotética 1;
- I2 = Licitante hipotética 2;
- I3 = Licitante hipotética 3;
- NPT = Nota técnica;
- NPC = Nota comercial;
- NF = Nota final

De acordo com o quadro acima, considerando a hipótese nele exemplificada, ou seja de apenas 86 pontos de diferença, de um total de 1000 pontos possíveis, **o LICITANTE 2 EM NENHUMA HIPÓTESE CONSEGUE SE SAGRAR VENCEDOR. OU SEJA: AINDA QUE O LICITANTE 02 OFERTE TARIFA**

SIGNIFICATIVAMENTE MAIOR, OS CIDADÃOS DE ILHOTA RESTARÃO SUBMETIDOS AO PAGAMENTO DE TARIFAS MAIS ONEROSAS EM VIRTUDE DE UM CRITÉRIO DE JULGAMENTO DA LICITAÇÃO DESVIRTUADO DE QUALQUER LEGALIDADE E PRECISÃO QUE SÃO EXIGÍVEIS AOS CERTAMES DESSA ENVERGADURA.

Há, portanto, flagrante violação ao artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93, uma vez que a fórmula adotada pelos itens do Edital transcritos neste subitem para a fixação da Nota Comercial (NC) impede, na prática, uma efetiva ponderação entre a melhor técnica e a proposta comercial ofertada, dando primazia quase que absoluta para a Nota Técnica (NT), prejudicando enormemente os cofres públicos e a população do município.

Assim, o estabelecimento da legalidade sobre o certame reclama a imediata correção destas ilegalidades, sobretudo em atenção ao máximo interesse da população ilhotense em desfrutar de serviços públicos com qualidade, eficiência e modicidade.

4.4 ERRO NA INDICAÇÃO DO VALOR ESTIMADO DO CONTRATO

Também de maneira absolutamente distanciada das regras definidas para cumprimento da legalidade nos certames licitatórios que tem por objeto contratos complexos e de grande monta como são, essencialmente, os contratos de concessão de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, o item 1.2 do Edital define o valor estimado do contrato pela seguinte expressão:

1.2 Atribui-se como valor estimado para o CONTRATO, consubstanciado no somatório dos investimentos projetados para todo o período da concessão, para fins deste EDITAL e seus anexos, o montante de R\$ 123.777.349,00 (cento e vinte e três milhões setecentos e setenta e sete mil e trezentos e quarenta e nove reais).

Há um severo erro no método utilizado pela Comissão de Licitações de Ilhota para definir o valor do contrato de concessão decorrente da licitação em comento, em flagrante afronta às orientações consolidadas pelos Tribunais de Contas dos Estados brasileiros, uma vez que considera tão somente o valor dos investimentos a serem realizados, ignorando a projeção de receitas a serem auferidas pela futura concessionária no curso da

execução contratual.

Sobre o tema, inclusive, é válido citar a sedimentada jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Assim, diante da inexistência de ilustração clara no instrumento das receitas previstas e, por conseguinte, de sua suficiência frente aos investimentos e custos demandados, parece-me oportuno que a Administração, no ensejo das alterações a seguir determinadas, promova a adequação do edital para consignar a projeção estimada das receitas a serem auferidas no curso da concessão, baseando, assim, o valor estimado do contrato.

(...)

Nesse contexto, acolhendo as conclusões da ATJ, d. MPC e de SDG, VOTO pela procedência parcial do pedido formulado por João Batista Costa, determinando à Prefeitura Municipal de Mogi Mirim que retifique a redação de seu edital, a fim de que: 1) consigne a projeção estimada das receitas a serem auferidas no curso da concessão, baseando, assim, o valor estimado do contrato, cuidando, todavia, para que essa alteração não exerça efeitos sobre a base de cálculo utilizada para a fixação dos critérios de capacidade financeira, que deve permanecer aquilatada com base no total dos investimentos”.

(TCE/SP. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Processo nº 10075.989.16-0, Sessão de 29/06/2016, Relator Cons. Renato Martins Costa) (g.n.)

Essa imprecisão do Edital não se trata de mero erro formal ou tipográfico. Pelo contrário, **impacta drasticamente sobre os itens editalícios fixados com base no valor estimado da contratação.** Exemplo disso é o valor definido para garantia de proposta das licitantes, 0,5% (meio por cento) do valor estimado do Contrato, que se torna irrisória em relação ao objeto licitado.

Além disso, **tal como ocorre em outros itens do Edital**, a previsão é **conflitante que prescrições da minuta do contrato de concessão que, por sua vez, define como valor do contrato a projeção das receitas da SPE.** A ver:

5.2. O valor estimado do presente CONTRATO, para todos os fins e efeitos de direito, correspondente ao somatório das projeções de receitas provenientes da cobrança de tarifas de água e de esgoto e da remuneração pelos SERVIÇOS COMPLEMENTARES, ao longo do prazo de concessão, constante da PROPOSTA COMERCIAL da LICITANTE VENCEDORA, correspondente a R\$ _____ (_____).

Diante de tamanhas imprecisões, ilegalidades e indefinições que

frustram qualquer resquício de legalidade que poderia restar sobre o certame, a Licitação deve ser suspensa para fins de correção do Edital também com relação ao erro na indicação do valor estimado do contrato.

4.5 LIMITAÇÃO INDEVIDA DO NÚMERO DE CONSORCIADAS

Entre as prescrições que indicam as condições gerais para participação na licitação, o item 3.1 restringe, **sem qualquer justificativa**, a participação de consórcios formados por até 02 (duas) empresas:

*3.1 Poderão participar da licitação as sociedades empresárias, fundos de investimento em participações, entidades de previdência complementar e outras pessoas jurídicas, brasileiras ou estrangeiras devidamente autorizadas para funcionar no país, nos termos dos artigos 1.134 a 1.141 do Código Civil e do artigo 28, inciso V, da Lei Federal nº 8.666/1993, isoladamente ou em **CONSÓRCIO**, desde que constituído por, no máximo, 02 (duas) empresas, que satisfaçam plenamente todos os termos e condições deste EDITAL e a legislação pertinente.*

A restrição, injustificada, é indevida e **restringe de modo muito severo a competitividade** que deve ser inerente ao certame.

Isto porque, ao não permitir que os consórcios se organizem por mais de duas empresas, o Edital restringe a licitação a *players* já tradicionalmente consolidados do setor, impedindo que novas empresas, inclusive empresas nascentes de base tecnológica, se apresentem como potenciais licitantes. Tal medida também afasta da licitação o acesso de grupos complementares como, por exemplo, fundos de investimento, em inarredável ofensa ao interesse público que reside na participação de diversos licitantes.

Não à toa, certames atuais inclusive têm eliminado as restrições relativas ao número de consorciadas em grupo, como foi o caso da Concorrência nº 012/2022, deflagrada pelo Município de Pomerode visando, também, a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário de sua titularidade. Neste caso, o instrumento convocatório previu, expressamente que não há limitação para o número de consorciadas em cada grupo:

9.5. Caso a Licitante seja um consórcio, as seguintes regras deverão ser observadas, sem prejuízo de outras existentes no restante do Edital: (...)

9.5.5. Não há limite de número de consorciados para constituição do consórcio.

Neste cenário, a Licitação reclama a sua imediata suspensão, a fim de que as irregularidades sejam prontamente sanadas por parte desta Comissão de Licitações, de modo que todas as restrições indevidas à competitividade do certame sejam eliminadas do Edital.

4.6 ILEGALIDADE NA OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE VISITA TÉCNICA

Além dos pontos ressaltados nos itens anteriores, o Edital também padece de **vício insanável no que se refere à obrigatoriedade da Visita Técnica** para a participação no certame, conforme descrito em seu item 7:

7 - DA VISITA TÉCNICA

7.1 As empresas interessadas deverão obrigatoriamente visitar a Área de Concessão e demais instalações, direta ou indiretamente relacionadas aos serviços ora licitados, de forma a colher as informações necessárias à formulação de suas propostas, consoante previsto na Lei nº 8.666/93, em seu art. 30, inciso III.

7.2 As empresas interessadas, por intermédio de pelo menos um de seu(s) Responsável(is) Técnico(s), devidamente qualificado, deverão entrar em contato com a responsável pela Autarquia senhora Mayra Miranda Rossetti através do fone nº (47) 3343-1933 ou pessoalmente, Avenida Joleto Valgas, nº 22, Centro, Ilhota/SC, no horário das 07:00 às 12:00 agendar a data da visita técnica ao local do objeto deste Edital, para constatar as condições de execução e peculiaridades inerentes à natureza do trabalho.

Ocorre que tal obrigatoriedade exigida no Edital contraria o princípio da competitividade, já que não há, no Edital, qualquer previsão de possibilidade de substituição da Visita Técnica por declaração formal da licitante que atenda aos ditames legais.

Nessa seara, vale mencionar que o Anexo XIII do Edital informa aos licitantes a “*Declaração de conhecimento das informações e condições do Edital*” que poderia, para todos os efeitos jurídicos, substituir a obrigatoriedade da realização de visita técnica. Isto porque, **a substituição da Visita Técnica por declaração formal é lícita, possível, eficaz e não encontra vedação em lei**, o que comprova a validade do ato, na inteligência do inciso XXI do art. 37 da CF/1988, combinado com o § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/1993.

Além disso, trata-se de instrumento pacificamente aceito pela jurisprudência do Colendo Tribunal de Contas da União (TCU), uma vez que conforme sedimentado em sua Súmula TCU nº 272, é vedada a inclusão de exigências específicas no Edital que importe em custos necessários para a licitante:

Súmula nº 272. No edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.

Nesse sentido, observa-se que a ampla participação no certame e a igual oportunidade aos licitantes (descritas no item 7 do Edital) contradizem a exigência obrigatória da Visita Técnica, principalmente considerando que esta privilegia as empresas constituídas nas proximidades do Município de Ilhota, em detrimento daquelas que se encontram geograficamente distantes. **Situação que é agravada e acarreta em ainda maiores restrições ilegais pelo fato de que, conforme descrito no item 7.2 acima transcrito, as visitas técnicas deverão ser agendadas por intermédio de pelo menos um responsável técnico da licitante, devidamente qualificado, o que complementa e agrava a ilegal restrição à competitividade do certame imposta por este item do Edital.**

Cabe realçar, ainda, que a jurisprudência do TCU é no sentido de que a vistoria ao local **somente deve ser exigida quando imprescindível** e, mesmo assim, o edital deve prever a possibilidade de substituição de tal atestado por declaração do responsável técnico de que possui pleno conhecimento do objeto (Acórdãos nºs. 2.990/2010, 2.913/2014, 234/2015, 372/2015, todos do Plenário).

“SUMÁRIO: REPRESENTAÇÃO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE DE PESSOAL. PREGÃO ELETRÔNICO. VISITA TÉCNICA. POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR DECLARAÇÃO DO RESPONSÁVEL TÉCNICO. REALIZAÇÃO DE OITIVAS ANTES DE CONCESSÃO DE CAUTELAR. DESCLASSIFICAÇÃO INDEVIDA DA PROPOSTA DA REPRESENTANTE. PROCESSO INSTRUÍDO NO MÉRITO. PROCEDÊNCIA. DETERMINAÇÕES”. (ACÓRDÃO Nº 212/2017 - TCU - Plenário).

A Colenda Corte de Contas também deliberou que a substituição de atestado de visita por declaração formal assinada pelo responsável técnico (que tem pleno conhecimento das condições e peculiaridades inerentes à natureza dos trabalhos) atende o art. 30, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, sem comprometer a competitividade do certame (Acórdão nº 1.174/2008-TCU-Plenário).

Portanto, por onde quer que se olhe essa questão da Visita Técnica, fica evidente que **a redação do Edital necessita ser alterada para prever a possibilidade de substituição da Visita Técnica por declaração** de que possui pleno conhecimento do objeto, nos termos do Anexo XIII do Edital.

4.7 VIOLAÇÃO AO PRAZO MÍNIMO DE 45 (QUARENTA E CINCO) DIAS DECORRENTE DA OBRIGATORIEDADE DA REALIZAÇÃO DE VISITA TÉCNICA

O art. 21, § 2º, inciso II, alínea “a” da Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações, determina que o Edital deve ser publicado em até 45 (quarenta e cinco) dias antes da realização da licitação para as concorrências cuja licitação for do tipo “técnica e preço”, tal como a Concorrência Pública nº 005/2022.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez: (...)

§ 2º. O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será: (...)

I - quarenta e cinco dias para: (...)

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior.

Mesmo que se considere, muito equivocadamente, a definição do critério “técnica e preço” e a obrigatoriedade da realização da visita técnica como prescrições (supostamente) legais, sem prejuízo à legalidade e à competitividade do certame, a definição da data máxima para realização da visita técnica ofende a antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias prevista na Lei de Licitações.

É que, caso seja admitida a visita técnica, a sua realização não pode ser limitada a até 05 (cinco) dias úteis contados da sessão de abertura dos envelopes, tal como exigido pelo item 7.2.3 do Edital:

7.2.3 Referidas visitas às instalações existentes deverão ser realizadas até 5 (cinco) dias úteis antes do prazo de entrega dos envelopes.

De acordo com a prescrição acima transcrita, a data limite para realização da visita técnica pelas licitantes é de 13 de janeiro de 2022. **Uma vez que a visita técnica é obrigatória, ela passa a ser ato da própria licitação, necessariamente realizável pelas licitantes interessadas em apresentar suas propostas e, portanto,**

submetidas ao prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias da publicação do Edital para que possam ser realizadas. Ou seja: se obrigatória, por força do art. 21, § 2º, inciso II, alínea “a” da Lei nº 8.666/93, nas licitações processadas sob o critério “técnica e preço”, as licitantes devem ter, pelo menos 45 (quarenta e cinco) dias contados da publicação do Edital para a realização da visita técnica.

Uma vez que o Edital foi publicado no Diário Oficial dos Municípios de Santa Catarina aos 02 de dezembro de 2022, restaram tão somente 40 dias para realização da visita técnica **obrigatória**, em absoluta afronta ao prazo mínimo definido pela Lei de Licitações, fator este que também reclama a imediata suspensão do certame para a pronta e urgente correção de suas veementes ilegalidades.

4.8 ILEGALIDADES RELACIONADAS À GARANTIA DE PROPOSTA

As prescrições relacionadas à Garantia das Propostas apresentadas pelas licitantes foram descritas no item 8. do Edital.

8 - DA GARANTIA DE PROPOSTA

8.1 A garantia da proposta, a ser obrigatoriamente apresentada pela Licitante, corresponderá ao valor de R\$ 618.886,75, (seiscentos e dezoito mil oitocentos e oitenta e seis reais e setenta e cinco centavos), soma equivalente a 0,5% (zero vírgula cinco por cento) do valor estimado do objeto licitado, e terá seu prazo de validade de, no mínimo, 120 (cento e vinte) dias, contados da data fixada para a entrega da DOCUMENTAÇÃO.

8.2 Em caso de a LICITANTE ser CONSÓRCIO, a GARANTIA DE PROPOSTA poderá ser prestada por uma ou mais consorciadas, na mesma modalidade ou em modalidades distintas entre as consorciadas, desde que a soma atinja o valor total estabelecido nesta Subseção e que conste a denominação do CONSÓRCIO e a indicação das empresas consorciadas, com suas respectivas participações.

8.2 A garantia poderá ser prestada em quaisquer das seguintes modalidades:

- I. Caução em dinheiro ou títulos da dívida pública;*
- II. Seguro-garantia;*
- III. Fiança bancária.*

8.2.1 No caso de caução em dinheiro, o referido numerário deverá ser recolhido aos cofres do MUNICÍPIO de Ilhota, (Secretaria de Finanças) localizado na sede da Prefeitura Municipal, até a data da sessão para recebimento da DOCUMENTAÇÃO.

8.2.2 Independente de modalidade escolhida todos os comprovantes serão apresentados dentro do ENVELOPE 03 (DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO). No caso de caução em dinheiro a empresa interessada deverá apresentar o comprovante do depósito financeiro ao Tesouro Público Municipal junto Comissão de Licitação, quando receberá o devido comprovante que deverá, obrigatoriamente, ser integrado ao rol de documentos concernentes à habilitação econômico-financeira.

8.2.3 Escolhida a modalidade de fiança bancária, esta será obrigatoriamente emitida consoante as normas do Banco Central do Brasil, no seu Estatuto Social, e os seus respectivos signatários investidos dos poderes necessários.

Aqui, são várias as irregularidades que agravam ainda mais o cenário de severas ilegalidades que contaminam o adequado processamento da licitação que visa a outorga da concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário de titularidade do Município de Ilhota.

Primeiramente, quanto ao seu valor irrisório. Conforme o item 8.1, acima transcrito, do Edital, o valor da garantia de proposta será de R\$ 618.886,75, (seiscentos e dezoito mil oitocentos e oitenta e seis reais e setenta e cinco centavos), equivalente a 0,5% (meio por cento) do valor estimado do objeto licitado. Trata-se de valor irrisório, que em termos práticos nada garante sobre o cumprimento das propostas das licitantes e que é **decorrente de uma irregularidade, imprecisa e dissonante com o exposto na minuta do contrato, quanto à definição do valor estimado do contrato**, conforme descrito no item 5.2 desta peça de impugnação, e contamina ainda mais o Edital ora contestado.

Outro aspecto relacionado à garantia de proposta, absolutamente irregular e que macula ainda mais a legalidade do certame, se destaca sobre o momento de sua apresentação.

Conforme impõe o item 8.2.2 do Edital, independentemente da modalidade escolhida para sua apresentação, o comprovante de recolhimento da garantia de proposta será apresentado junto ao Envelope nº 03 - Documentos de Habilitação, muito embora a licitação seja processada sob o rito da inversão de fases de habilitação de julgamento, de acordo com o item 15.1 do Edital.

15.1 Atendendo ao disposto no artigo 18-A, da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a Comissão de Licitação inverterá as fases de habilitação e julgamento, ao que encerrada a fase de classificação das propostas, ato contínuo será aberto o Envelope contendo os documentos de habilitação do LICITANTE melhor classificado para a verificação das condições fixadas nesse EDITAL e, verificado o atendimento das exigências do EDITAL, o LICITANTE será declarado vencedor.

Ocorre que, nos certames licitatórios em que há inversão de fases, a garantia de proposta é apresentada **antes das propostas**, de modo a assegurar a

finalidade que justifica a sua apresentação que é, de fato, garantir que a proposta mais vantajosa para a administração seja mantida.

Desse modo, em caso de irregularidades e/ou insuficiências na garantia de proposta, a Comissão de Licitações nem sequer precisaria analisar as propostas inabilitadas por este motivo, o que adquire ainda maior relevância em certames processados (mesmo que indevidamente) sob o critério “técnica e preço”, que demanda profícuas análises para atribuição das notas técnicas às licitantes.

Portanto, **exigir a garantia da proposta junto aos documentos de habilitação da licitante, em certames processados sob o rito procedimental da inversão de fases de habilitação e julgamento, acaba removendo a relevância prática e a funcionalidade deste relevante instrumento de que a administração pública dispõe para assegurar que a proposta da licitante vencedora seja, verdadeiramente, cumprida.**

Neste cenário, as impropriedades relacionadas às prescrições sobre a garantia da proposta das licitantes exigem, também, a imediata suspensão da Concorrência Pública nº 005/2022 para pronta correção de todas as impropriedades que a torna ilegal.

4.9 ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DA OUTORGA FIXA ANTES DA ASSUNÇÃO DOS SERVIÇOS

O Edital prevê que a licitante vencedora deverá pagar uma outorga fixa ao Município de Ilhota de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), que deve ser adimplida na forma de seu item 11.4.

11.4 O valor correspondente a Outorga Fixa será dividida em 11 (onze) parcelas, sendo a primeira no valor de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), a ser paga até 30 dias úteis após a assinatura do contrato, da segunda até décima primeira serão pagas a cada 12 meses no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) cada.

Conforme se depreende pelo item acima transcrito, a primeira parcela da outorga fixa, correspondente a 1/3 (um terço) de seu montante total é prevista para 30 (trinta) dias úteis da assinatura do contrato, **independentemente da assunção dos serviços pela licitante.**

Esta prescrição, além de confrontar as boas práticas exercidas no

setor, que determinam que qualquer valor de outorga da concessão deve ser pago pela concessionária a partir da efetiva assunção dos serviços públicos a ela concedidos, impõe à licitação um cenário de injustificada e absoluta insegurança jurídica ao impor obrigações pecuniárias de grande monta à licitante vencedora, mesmo antes da efetiva concessão dos serviços.

Assim, o edital deve ser reparado, de modo que qualquer pagamento relacionado ao valor da outorga da concessão seja realizado a partir da concreta e definitiva assunção dos serviços públicos concedidos.

4.10 ILEGALIDADES RELACIONADAS ÀS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DAS LICITANTES

No item 12.3 o Edital prescreve as exigências relacionadas à qualificação técnica das licitantes, novamente permeado por severas ilegalidades.

Primeiramente, quanto ao atestado de captação de recursos financeiros, sobre o que o Edital permite, a sua comprovação por mero contrato de financiamento (vide item 12.3.1 “i”). Todavia, cabe ressaltar que o contrato não é instrumento hábil a comprovar o efetivo desembolso dos recursos informados em seus termos. Ou seja: a mera assinatura do contrato, **em absolutamente nada comprova a efetiva captação dos recursos informados em suas cláusulas pela potencial licitante**, considerando que por uma infinidade de motivos podem ter sido frustradas e os recursos deixados de ser desembolsados pela instituição financeira.

Além disso, a profusão de ilegalidades relacionadas aos itens relativos à qualificação técnica das licitantes também se faz presente em prescrições irregulares e inadequadas em que há menções ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (CREA).

A primeira diz respeito a uma prescrição sem referencial numérico, estabelecida topograficamente entre os itens 12.3.1 e 12.3.2 do Edital, que prescreve: *“Da Documentação relativa ao CREA-SC - Conselho Regional de Engenharia e Agronomia de Santa Catarina:”*.

Pela ausência de qualquer contexto, infere-se que a prescrição se trata de erro tipográfico, de revisão ou falha no copidesque dos documentos relacionados ao certame. Cabe realçar, eventual exigência de inscrição no CREA-

SC acarretaria grave e veemente restrição injustificada do universo de potenciais licitantes, em absoluta afronta à competitividade do certame.

Mesmo assim, a previsão do item 12.3.2., que exige para fins de qualificação técnica a apresentação de Certificado de Registro da Pessoa Jurídica junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia - CREA, compatível com o objeto da licitação, eficazmente válido até a data de entrega da documentação e propostas é ilegal e incompatível com as demais disposições do Edital. É que, conforme o item 3.1. do Edital, poderão participar da licitação, além de sociedades empresárias com objeto social compatível com o do Edital, fundos de investimento em participações e entidades de previdência complementar, **sobre o que não, sob qualquer ponto de vista, razoável exigir sua comprovação de registro junto ao CREA.**

Desse modo, a exigência de comprovação de registro junto ao CREA tem por consequência o afastamento de potenciais licitantes do certame, cuja autorização é expressamente autorizada em cláusulas anteriores, **trazendo graves contradições entre as disposições do Edital.**

4.11 VEDAÇÃO ILEGAL À PARTICIPAÇÃO DE EMPRESAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

O item 12.4.5 do Edital exige que a licitante apresente certidão negativa de falência, concordata ou recuperação judicial expedida pelo distribuidor da sede da LICITANTE, com validade na data prevista para entrega da documentação. Todavia, **em absoluta ilegalidade e franca oposição à jurisprudência amplamente consolidada sobre o tema**, o Edital não traz qualquer ressalva quanto à possibilidade de participação de empresas em recuperação judicial caso demonstre seu atendimento aos requisitos de aptidão.

Sobre o tema, cabe aqui destacar decisão do Colendo Superior Tribunal de Justiça, que esclareceu que, *“além de a Lei nº 11.101 não exigir a apresentação dessa certidão e ser a antiga concordata instituto diferente, o simples fato de estar em recuperação judicial não poderia ceifar o seu direito de fazer parte de procedimentos licitatórios e dar continuidade aos contratos em curso”*. (STJ, 2ª Turma, AgRg na MC 23.499/RS, Rel. p/ Acórdão Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 19/12/2014).

Além disso, conforme opinião institucional expressa em Parecer

formal da Advocacia-Geral da União também já reconheceu que *"quando a empresa está com sua recuperação deferida, há plausibilidade de que haja viabilidade econômico-financeira, em particular se houver previsão no plano da participação da empresa em contratações públicas"* (Parecer nº 04/2015/CPLC/DEPCONSU/PGF/ AGU).

Assim, também cabe reforma do Edital para que se passe a prever, expressamente, a possibilidade de participação de empresas que estejam em recuperação judicial, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Falência e Positiva de Recuperação Judicial, acompanhada do Plano de Recuperação Judicial homologado judicialmente, corrigindo imediata a flagrante ilegalidade exposta pelo Edital com relação a esta temática.

4.12 ILEGAL EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA PARA ALTERAÇÃO DO CONTROLE ACIONÁRIO

O item 23.5 do Edital impõe que o *"(...) estatuto social da CONCESSIONÁRIA deverá contemplar cláusula que submeta a prévia autorização do CONCEDENTE qualquer alteração no controle societário da empresa, sob pena de declaração de caducidade da CONCESSÃO"*.

Cabe ressaltar, no entanto, que a necessidade de autorização prévia do Poder Concedente para qualquer alteração no controle acionária da licitante é uma ingerência indevida na sociedade de propósito específico incumbida pela concessão dos serviços, que deve ter a liberdade necessária para praticar todos os atos societários que avaliar pertinente para atingimento de seus objetivos relacionados aos serviços públicos que por ela são operados.

Vale destacar, o art. 27 da Lei Federal nº 8.987/1995, a Lei de Concessões, impõe que a **transferência** de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão. **Todavia, não há qualquer previsão legal que imponha a mesma exigência quanto à simples alteração no quadro societário, sem que seja caracterizada sua transferência.**

Desse modo, uma prescrição que provoca tamanha restrição à futura concessionária dos serviços deveria, pelo menos, ter sido devidamente justificada pelo ente licitador. Não tendo sido este o caso, a previsão tão somente corrobora com a gama de irregularidades que maculam a legalidade do

certame e reclamam, imediatamente, a sua suspensão.

4.13 ILEGALIDADE DA POSSIBILIDADE DE ASSUNÇÃO DO CONTROLE DA CONCESSIONÁRIA POR SEUS FINANCIADORES DA CONCESSIONÁRIA SEM A PREVISÃO DA ALTERNATIVA DA ADMINISTRAÇÃO TEMPORÁRIA

Persistindo em prescrições inapropriadas, imprecisas e ilegais, o item 23.8 do Edital apresenta os seguintes termos:

23.8 Para fins de assegurar e garantir a continuidade da prestação do SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO e para promoção da reestruturação financeira da CONCESSIONÁRIA, o PODER CONCEDENTE poderá autorizar a assunção do controle da CONCESSIONÁRIA por seus financiadores, que deverão cumprir todas as cláusulas do CONTRATO, bem como as exigências de regularidade jurídica e fiscal, necessárias à assunção do SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO.

Trata-se, todavia, de uma prescrição ilegal, uma vez que se opõe à regra definida pelo art. 27-A da Lei de Concessões, que determina:

Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços.

O Edital, portanto, se omite em prescrever a possibilidade de administração temporária da concessionária como opção à assunção do controle por seus financiadores ou garantidores. Trata-se, porém, de uma opção menos drástica e que, comumente, satisfaz de modo mais efetivo e consistente o interesse público inerente à não interrupção dos serviços.

Portanto, também com relação ao seu item 23.8, o Edital deve ser reformulado, de modo que a licitação e o contrato de concessão dela decorrente observem rigorosamente as normas que a eles são aplicáveis.

5. ILEGALIDADES, IMPROPRIEDADES E CONTRADIÇÕES DECORRENTES DA MINUTA DO CONTRATO DE CONCESSÃO

Conforme já amplamente demonstrado, a licitação (cujo Edital ora se impugna) está flagrantemente eivada de inúmeros vícios e ilegalidades as quais, inclusive, vão para além das ilicitudes do Edital em si, abrangendo substanciais vícios jurídico-institucionais.

Como se não bastasse, ao se debruçar às regras estabelecidas na minuta de Contrato de Concessão anexa ao Edital, a Impugnante constatou, ainda, uma série de outras ilegalidades, irregularidades e/ou contradições que urgem serem corrigidas/extirpadas, à luz do ordenamento jurídico aplicável à contratação pretendida pela Prefeitura.

Nesse contexto, a Impugnante apresenta a seguir um rol de ilegalidades identificadas, todas elas extraídas de uma leitura atenta do Contrato de Concessão:

a) Contradição e ilegalidade relativa à Area da Concessão - Cláusula 5.1.

A cláusula 5.1 do Contrato estabelece, equivocadamente, que a prestação dos serviços objeto do Contrato se dará “*em toda a área urbana municipal, consoante previsto no Plano Municipal de Saneamento Básico*”.

A esse respeito, preliminarmente, convém salientar que referida cláusula utiliza-se, sem o rigor técnico necessário, da expressão “*toda a área urbana municipal*”, negligenciando a utilização do termo definido “*Área da Concessão*”. Naturalmente, a utilização indiscriminada de termos e expressões, sem a devida atenção e cuidado aos termos definidos, por si só gera dúvidas, riscos e, em última análise, resulta em antijuridicidade, na medida em que coloca em risco a própria lógica do certame (qual seja, de encontrar a proposta mais vantajosa ao Município).

Além disso, e como já explanado no item 5.3 desta Impugnação,

a ilegalidade reside não apenas na incompatibilidade de termos (e seu potencial risco associado), mas na própria decisão do Município de delimitar o objeto apenas à área urbana, o que resulta em flagrante afronta ao que estabelece o artigo 11-B da Lei nº 11.445 de 2007.

b) **Contradição e ilegalidade relativa ao Valor Estimado do Contrato - Cláusula 5.2.**

A cláusula 5.2 do Contrato de Concessão estabelece que o se entende como valor estimado do Contrato, “para todos os fins e efeitos de direito”, o valor correspondente ao “*somatório das projeções de receitas provenientes da cobrança de tarifas de água e de esgoto e da remuneração pelos SERVIÇOS COMPLEMENTARES, ao longo do prazo de concessão, constante da PROPOSTA COMERCIAL da LICITANTE VENCEDORA*”.

No entanto, de forma totalmente contraditória, o item 1.2 do Edital estabelece que o valor do Contrato será o “*somatório dos investimentos projetados para todo o período da concessão*”.

Trata-se, portanto, de mais uma inconsistência e contrariedade identificada na minuta do Contrato de Concessão.

Além disso, e conforme também já destacado no item 5.4 desta Impugnação, não é demais reforçar que a adoção do critério “somatório dos investimentos” viola reiterada jurisprudência dos Tribunais de Contas brasileiros, além de produzir um efeito negativo de artificialmente diminuir os valores exigidos para fins de garantia de proposta (o que, naturalmente, aumenta a chance de participação de eventuais aventureiros).

c) **Contradição e ilegalidade relativa a regras para Financiamento para execução do objeto do Contrato**

À luz do que estabelece a Cláusula 9.8 do Contrato de Concessão, a futura SPE estaria obrigada a pedir autorização prévia para o Poder Concedente antes de eventualmente “*emitir debêntures, obrigações ou outros títulos de dívida similares que representem*

obrigações de sua responsabilidade, em favor de terceiros, para o financiamento das atividades decorrentes da CONCESSÃO”.

Ocorre que se trata de dispositivo que colide, direta e frontalmente, com a própria lógica da concessão, potencialmente interfere negativamente nas estratégias empresariais e de alavancagem da SPE, além de, formalmente, colidir com o que dispõe o próprio Contrato no tocante às regras de alocação de riscos (risco do financiamento aloca-se à SPE, conforme Cláusula Décima Segunda - Financiamentos).

Além disso, à luz do que estabelece a Cláusula 12.3, entende-se que a transferência de direitos emergentes da SPE para os financiadores estaria restrita aos casos de mútuos de longo prazo, ao passo que, à luz da lei, das práticas de mercado e da necessária autonomia empresarial da SPE, tal direito também deveria se aplicar a eventuais outras modalidades de financiamento.

d) Inconsistências relativas ao Termo de Recebimento dos Bens - Cláusula 10.5.

Em nova utilização indiscriminada de termos e expressões sem o devido cuidado com termos definidos, a cláusula 10.5 do Contrato vincula a assinatura do Termo de Recebimento dos Bens à “data de assunção”, termo este que não recebeu qualquer qualificação como termo definido pelo Contrato (o que, diante de sua natureza e importância, seria altamente recomendável).

Além disso, referida cláusula não prevê qualquer regra/racional/procedimento para hipóteses em que seja necessário indicar eventual reserva, recusa e/ou revisão do referido Termo de Recebimento dos Bens, fato este que também acrescenta (à já extensa lista de irregularidades apontadas) camada de insegurança jurídica à licitação.

e) Da falta de previsão clara e expressa sobre direito de reequilíbrio - concomitante e mediante termo aditivo - em caso de alterações do PMSB

O Contrato de Concessão, embora preveja de alguma forma o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro da Concessão (Cláusula 7; Cláusula 21.1, “g”) em caso de atualização/revisão do Plano Municipal de Saneamento Básico que implique custos/encargos à SPE, padece de previsão clara e expressa no sentido de garantir que (i) tal reequilíbrio se dê de forma concomitante à respectiva atualização/revisão, (ii) bem como seja formalizado por meio do respectivo aditivo contratual.

f) Inconsistência relativa à data de “efetiva operação” e insegurança jurídica dela recorrente, diante da falta de clareza sobre a data de início de cobrança das tarifas - cláusula 14

A Cláusula 14.1 estabelece que “a CONCESSIONÁRIA poderá iniciar a cobrança das TARIFAS dos USUÁRIOS tão logo assuma a efetiva operação dos SISTEMAS vinculados ao SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO”.

Não obstante, o Contrato simplesmente não define expressamente o que seria tal data de “efetiva operação”. Isto posto, não é necessário tecer longos comentários para constatar o risco e insegurança jurídica que tal vácuo jurídico gera aos potenciais licitantes, haja vista que optou o Município justamente eleger tal data (carente de definição contratual) como marco inicial para cobrança das tarifas.

Entende o Impugnante que tal data de início do direito de cobrança das tarifas deveria ocorrer de forma concomitante à ordem de serviço, conforme estabelece o Edital, e reforça que se trata de mais uma irregularidade que demanda correção por parte desta Ilma. Comissão.

g) Falta de previsão expressa sobre o plano de negócios como instrumento de partida para aferição do Equilíbrio Econômico-Financeiro da Concessão - Cláusula 18

A Cláusula 18 do Contrato estabelece que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato é condição

fundamental do regime jurídico da Concessão. Não obstante, padece o Contrato de qualquer regra expressa no sentido de que tal equilíbrio será aferido a partir do plano de negócios da SPE.

Trata-se, pois, de novo dispositivo que merece reparo, sob pena de acrescentar camada de risco adicional ao projeto, na medida em que a falta de previsão clara a respeito resulta em insegurança jurídica a todos potenciais proponentes.

h) Inconsistências sobre as regras de reajuste tarifário - Cláusula 19

A Cláusula 19.1 do Contrato apresenta-se incompleta, na medida em que estabelece que os valores das tarifas serão reajustados “a cada 12 meses” (...) “considerando-se como data-base para efeito de cálculo do primeiro REAJUSTE a data da apresentação da proposta”, sem, contudo, esclarecer a data a partir da qual tais 12 meses serão contados.

Além disso, ainda no âmbito de tal cláusula 19, o Contrato menciona fatores de ponderação para o reajuste, não obstante não estabelece para quais dados efetivamente deve-se ater para ponderar: dados do plano de negócio ou o que fora efetivamente realizado?

Por se tratarem de inconsistências sobre aspectos relevantes e que, ademais, possuem aplicação direta sobre a tarifa da Concessão, reforça-se a necessidade de correção/ajuste também quanto a esses pontos.

i) Falta de previsão expressa sobre obrigação do Poder Concedente de garantir a conexão dos Usuários ao Sistema - Cláusula 23.1

Dentre as obrigações da Concedente previstas na Cláusula 23.1, chama a atenção aquela prevista em seu inciso I, que estabelece como obrigação do Município “Auxiliar a CONCESSIONÁRIA, caso necessário, a impor aos USUÁRIOS a obrigação de se conectarem ao SISTEMA”.

No entanto, à luz do ordenamento jurídico vigente e das funções

que devem ser exercidas pelo Poder Concedente, tal obrigação não deveria ser de meramente “auxiliar” a concessionária, mas, sim, de efetivamente lhe garantir a conexão dos Usuários ao Sistema.

Isto posto, e diante da evidente relevância do tema para o certame, tem-se outro item que necessita de reparo, à luz da lei.

j) Inconsistência da regra de *step in rights* - cláusula 9.7

Tal e qual ocorre com o Edital, conforme já destacado no item 5.13 desta Impugnação, o Contrato também prevê regra de *step in rights* (assunção do controle da SPE por seus financiadores, para fins de garantir a continuidade do serviço), porém deixa de estabelecer qualquer previsão relativa à administração temporária da concessionária por tais financiadores.

k) Limitação ilegal de hipóteses de subcontratação - Cláusula 24.3, a)

Da leitura da alínea a) da Cláusula 24.3 infere-se que o Contrato restringe, de forma ilegal, a subcontratação de serviços inerentes ao objeto do Contrato, ou seja, atividades de operação e manutenção dos sistemas de água e esgoto.

No entanto, fato é que serviços inerentes podem, sim, ser subcontratados no âmbito de uma concessão, nos termos e parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico aplicável, de modo que tal restrição é indevida e ilegal.

Tanto assim o é que, a bem da verdade, o próprio Contrato de Concessão, em outra cláusula (33.1), apresenta regramento nesse sentido (“a *CONCESSIONÁRIA* poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao *SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO*”).

De qualquer forma, à luz da relevância do tema e diante do fato de haver mais uma ilegalidade/contradição no Contrato de Concessão, requer-se sua correção.

l) Ilegalidade por ausência de previsão de regra de indenização em caso de extinção da Concessão - Cláusula 36.3

No âmbito da cláusula que trata da extinção do Contrato, mais especificamente em sua subcláusula 36.3, deixou o Contrato de estabelecer a (mandatória) a metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do Contrato.

Trata-se, portanto, de ofensa direta ao Novo Marco do Saneamento (que acrescentou o art. 10-A, III à Lei de Saneamento), que estabeleceu a “*metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato*” como cláusula obrigatória, “*sob pena de nulidade*”.

m) Ilegalidade por inobservância de regras de indenização estabelecidas pelo Novo Marco do Saneamento

Em distintas oportunidades (Cláusula 36.3; 39.8;40.3;41.3;42.4), o Contrato trata do conceito de pagamento parcelado da indenização devida à Concessionária, e posteriormente à retomada dos serviços.

Trata-se, novamente, de afronta ao que estabelece o Novo Marco do Saneamento que, a esse respeito, estabeleceu expressamente (e condicionou) que “*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*” (art. 42, §5º, Lei Federal de Saneamento).

Portanto, também manifestamente ilegais tais dispositivos contratuais, os quais demandam a oportuna correção, nos termos da lei.

n) Ilegalidade por falta de previsão do valor da taxa de regulação

O Contrato estabelece (cláusula 45.1) a obrigação de pagamento mensal de uma “*taxa de regulação*” à Agência Reguladora competente.

No entanto, em momento algum o Contrato estabelece quanto seria/qual percentual de tal taxa de regulação, o que, naturalmente, coloca os proponentes diante de cenário de absoluta incerteza quanto à tal obrigação de recolhimento da taxa de regulação ora referida, impedindo os licitantes de projetarem tal oneração da receita com o mínimo de segurança, o que prejudica a formulação de suas propostas (algo que, evidentemente, não pode - e nem é - admitido à luz da lei).

Necessária, portanto, a retificação do instrumento contratual de modo a conferir a segurança necessária aos interessados no certame sobre o montante da taxa de regulação.

6. CONCLUSÕES E PEDIDO

Diante de todo exposto, conclui-se que a combinação dos critérios de menor valor da tarifa com o de melhor técnica é incompatível com o objeto da Concorrência Pública nº 005/2022 e, como se isso não bastasse sobre as veementes ilegalidades do certame, cabe concluir ainda que os mecanismos definidos para avaliação das propostas técnicas são imprecisos e obscuros, tornando o certame suscetível a subjetivismos que o distancia de todo o interesse público que reside sobre a adequada, eficiente e econômica prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Ilhota.

Ademais, conforme exposto, existem ainda uma série de ilegalidades nas cláusulas do Edital, Contrato e anexos licitatórios, que demanda imediata correção e/ou complementação para que o procedimento possa transcorrer de maneira hígida e sem prejuízos à competitividade e segurança jurídica, nos termos da fundamentação que consta nesta impugnação.

Neste contexto, considerando a máxima relevância dos itens apontados no item 4. da presente impugnação, solicita-se, desde já que caso o Município adote providências quanto (i) publicação do ato justificativo da outorga; (ii) submissão do

edital e demais documentos licitatórios para apreciação e aprovação do TCE/SC e; (iii) alteração da Lei Orgânica municipal para viabilizar a outorga da concessão que conforma o objeto da Concorrência Pública nº 005/2022, que recebe estes itens também como pedido de esclarecimentos sobre os termos do Edital, encaminhando-se, à impugnante, as cópias dos documentos relativos às providências tomadas sobre estes temas.

Ademais, diante das razões apontadas nos itens 4, 5 e 6 desta mesma peça de impugnação, **requer-se a imediata suspensão da sessão de abertura de envelopes**, ora designada para às 09h00min do dia **20 de janeiro de 2023**, bem como **a correção do Edital**, para afastar as inúmeras ilegalidades apontadas.

Como consequência, requer-se, ademais, que **seja determinada a republicação do Edital, com a reabertura dos prazos, nos termos da lei, para a formulação da proposta e preparação dos documentos de habilitação.**

Termos em que,

Pede deferimento.

AEGEA Saneamento e Participações S.A.

Augusto Kiyoshi Nishi

Procurador

RG: 11.687.841 / CPF: 126.348.778-54

ÍNDICE DA IMPUGNAÇÃO

1. TEMPESTIVIDADE	1
2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO	2
3. ILEGALIDADES FRENTE AO CENÁRIO INSTITUCIONAL DO CERTAME.....	3
3.1 Ilegalidade pela ausência de ato justificativo da conveniência da outorga de concessão.....	3
3.2 Ilegalidade pela não submissão do edital para apreciação prévia do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina - Ofensa à Instrução Normativa nº 0022/2015	4
3.3 Violação à Lei Orgânica do Município: vedação expressa à concessão dos serviços públicos de água e esgoto	5
4. ILEGALIDADES DO EDITAL	8
4.1 Ilegalidade da adoção do critério técnica e preço na concorrência pública nº 005/2022	8
4.2 Ilegalidade dos critérios e da metodologia de avaliação das propostas técnicas.....	12
4.3 Ilegal desvirtuamento do critério de julgamento: insignificância da nota comercial	16
4.4 Erro na indicação do valor estimado do contrato.....	19
4.5 Limitação indevida do número de consorciadas	21
4.6 Ilegalidade na obrigatoriedade de realização de visita técnica	22
4.7 Violação ao prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias decorrente da obrigatoriedade da realização de visita técnica	24
4.8 Ilegalidades relacionadas à Garantia de Proposta	25
4.9 Ilegalidade da exigência de pagamento da outorga fixa antes da assunção dos serviços	27
4.10 Ilegalidades relacionadas às exigências de qualificação técnica das licitantes	28
4.11 Vedação ilegal à participação de empresas em recuperação judicial	29

4.12	Illegal exigência de autorização prévia para alteração do controle acionário.....	30
4.13	Illegalidade da possibilidade de assunção do controle da concessionária por seus financiadores da concessionária sem a previsão da alternativa da administração temporária	31
5.	ILEGALIDADES, IMPROPRIEDADES E CONTRADIÇÕES DECORRENTES DA MINUTA DO CONTRATO DE CONCESSÃO	32
6.	CONCLUSÕES E PEDIDO.....	39

PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma IziSign. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://izisign.com.br/Verificar/043A-1A14-BE94-6E15> ou vá até o site <https://izisign.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: 043A-1A14-BE94-6E15



Hash do Documento

778B145B396CBD364C638407C4A165C8208949C15B92270AF962B0240D0BCAD9

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 03/01/2023 é(são) :

Augusto Kiyoshi Nishi - 126.348.778-54 em 03/01/2023 21:59

UTC-03:00

Tipo: Certificado Digital




 República Federativa do Brasil
 Serviço Público Federal
 Conselho Federal de Engenharia e Agronomia
 Conselho Regional de Engenharia e Agronomia
 Carteira de Identidade Profissional

CREA-SP
 Registro Crea Nº
 5062149587

Nome
 AUGUSTO KIYOSHI NISHI

Data do Registro no Crea-SP
 27/04/2006

Título Profissional
 ENGENHEIRO ELETRICISTA


 Presidente do Confea


 Registro Nacional
 2601922796
 Data de Emissão
 10/12/2020

 Presidente do Crea-SP

Vale como Documento de Identidade em todo o território nacional e tem fé pública, conforme o § 2º do art. 5º da Lei nº 5.134 de 24/12/66 e Lei nº 5.206 de 07/03/75


 República Federativa do Brasil
 Serviço Público Federal
 Conselho Federal de Engenharia e Agronomia
 Conselho Regional de Engenharia e Agronomia
 Carteira de Identidade Profissional

CREA-SP
 Crea de Registro

Nome
 AUGUSTO KIYOSHI NISHI

Filiação
 IZABEL TOYOMI NISHI
 TADAHISA NISHI

Nascimento CPF Doc. de Identidade
 12/04/1968 126.348.778-54 11.687.841 SSP SP

Nacionalidade
 BRASILEIRA

Naturalidade
 São Paulo SP

Tipo Sang. Título de Eleitor
 1489 3103 0116


 Assinatura do Profissional



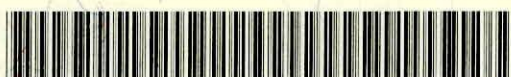
Vale como Documento de Identidade em todo o território nacional e tem fé pública, conforme o § 2º do art. 5º da Lei nº 5.134 de 24/12/66 e Lei nº 5.206 de 07/03/75



1º Traslado
LIVRO N° 0302
PÁGINA 091/092

PROCURAÇÃO BASTANTE QUE FAZ:
AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A.

SAIBAM quantos este público instrumento de procuração bastante virem que, **aos dez (10) dias do mês de agosto do ano de dois mil e vinte e dois (2022)**, neste Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais do 39º Subdistrito Vila Madalena, em diligência, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 1.663, 1º andar, sala 1, Edifício Plaza São Lourenço, São Paulo-SP, perante mim, ESCREVENTE AUTORIZADO, compareceu como outorgante: **AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A. sociedade anônima, inscrita no CNPJ sob nº 08.827.501/0001-58, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 1.663, 1º andar, sala 1, Edifício Plaza São Lourenço, São Paulo-SP, com seu Estatuto Social Consolidado anexo a Ata de Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária, realizada aos 29/04/2022, devidamente registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) em 13/06/2022, sob o nº 296.039/22-6 e Ficha Cadastral Simplificada Eletrônica, emitida pela Junta supracitada, aos 09/08/2022, sob nº 176692132, neste ato representada nos termos do ARTIGO 21, ARTIGO 22 E ARTIGO 23 - PARÁGRAFO ÚNICO, do documento supracitado, cuja cópia fica arquivada em Pasta Própria (CS 89, fls. 42), pelos Diretores eleitos conforme Ata de Reunião do Conselho de Administração, realizada em 16/02/2022, devidamente registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) em 03/03/2022, sob o nº 120.997/22-8: RADAMES ANDRADE CASSEB, brasileiro, casado, analista de sistemas, portador da cédula de identidade RG nº 63605236 SSP/SP e inscrito no CPF/ME nº 469.079.982-20 e YAROSLAV MEMRAVA NETO, brasileiro, casado, administrador de empresas, portador da cédula de identidade RG nº 27596018-SSP-SP e inscrito no CPF/ME nº 325.050.238-32, ambos com endereço comercial na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 1.663, 1º andar, sala 1, Edifício Plaza São Lourenço, São Paulo-SP; reconhecida por mim ESCREVENTE AUTORIZADO, com base na documentação de identidade exibida e supra mencionada; e então, por ela me foi dito que; por este público instrumento e nos termos de direito nomeia e constitui seus bastantes procuradores: **AUGUSTO KIYOSHI NISHI, brasileiro, casado, engenheiro, portador da cédula de identidade RG nº 11.687.841 SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob nº 126.348.778-54 e FABIANO ABUJADI PUPPI, brasileiro, casado, advogado, portador da cédula de identidade RG nº 236885868-SSP-SP e inscrito no CPF/ME nº 269.453.778-22, ambos com endereço comercial na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 1.663, 1º andar, sala 1, Edifício Plaza São Lourenço, São Paulo-SP; aos quais confere os mais amplos e ilimitados poderes para, agindo na forma estabelecida e respeitando os limites e condições estabelecidos no Estatuto Social da outorgante, para representar a outorgante em todo o território nacional perante órgãos públicos federais, estaduais e municipais, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações em licitações, bem como em Procedimentos de Manifestações de Interesse, podendo, para tanto, obter informações e esclarecimentos, requerer, apresentar, juntar, desentranhar e retirar documentos, obter certidões, certificados e atestados, assinar formulários, solicitações, petições, declarações, atas, termos, cronogramas, proposta de preços e outras propostas que se fizerem necessárias e quaisquer outros documentos por mais especiais que sejam, assinar e rubricar pastas e documentos, credenciar pessoas a atuar em concorrências através de instrumentos específicos para tal, formular ofertas e lances, decidir, provar, aceitar, cumprir exigências, prestar esclarecimentos, impugnar, interpor ou desistir de recursos em todas as fases da licitação, oferecer garantias, prestar e levantar cauções, assinar contratos e aditivos****



10722602082218.000056175-3

RUA DOS PINHEIROS, Nº1065 - PINHEIROS
SÃO PAULO - SP
FONE: (11) 3816-7700 / (11) 3819-9900

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

VALIDO EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL. QUALQUER ADULTERAÇÃO, RASURA OU EMENDA, INVALIDA ESTE DOCUMENTO

