

PARECER

Trata-se de impugnação ao edital da concorrência pública n.º 005/2022 - PMI (Processo Licitatório N° 526/2022 – PMI), destinada à concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Município de Ilhota, apresentada pela empresa AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A.

Submetida à análise desta assessoria jurídica, apresenta-se parecer acerca dos temas apontados na referida impugnação.

I – Ausência de Justificativa

Alega a impugnante que o processo licitatório estaria viciado, dada a ausência de publicação do ato de justificativa para a concessão do serviço público.

Sem razão, posto que a justificativa consta do processo, assim como a respectiva publicação do ato resumido.

Basta verificar o arquivo denominado “Anexos da Concessão da Água e Esgoto”, publicado no site do Município simultaneamente ao edital da licitação, no arquivo “emissao_CDD83C71E85BC59231FA3F3D_proc.-administrativo-1.829-2022_assinado.pdf”, páginas 20-24 (onde consta a justificativa), e página 69 (onde consta a publicação no Diário Oficial dos Municípios).

Além disso, a justificativa foi publicada em jornal de circulação local (página 71 do mesmo arquivo), e no site do Município (páginas 72-74).

Portanto, opina-se pela rejeição da impugnação neste aspecto.

II – Não submissão do edital para apreciação prévia do TCE

Alega a impugnante que o Município não teria atendido o disposto no art. 7º da IN n.º 022/2015, que prevê a necessidade de envio ao TCE-SC do edital de concessão com sessenta dias de antecedência ao seu lançamento.

Em que pese o fato de que a exigência contida na IN n.º 022/2015 não encontrar respaldo na legislação federal que cuida das licitações e concessões de serviços públicos, leis n.º 8.666/93 e 8.987/95, o Município deu completa e total publicidade à intenção de conceder a prestação do serviço, publicando a justificativa, promovendo audiência pública, disponibilizando o edital para consulta pública, e encaminhando-o ao TCE-SC, acompanhado de toda a documentação, ao tempo de sua publicação.

Sempre houve pleno interesse em promover-se a máxima transparência do certame, apenas não se atentando quanto ao prazo de envio prévio.

Não obstante, constata-se que, o § 1º do art. 7º da IN n.º 022/2015 prevê que “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”, e, passados mais de quarenta dias desde a entrega dos documentos, não há notícia da instauração de processo específico de controle prévio.

Assim, o fato apontado não obsta o prosseguimento do certame.

III – Violação à lei orgânica

Alega a impugnante que o art. 227 da Lei Orgânica do Município de Ilhota veda a concessão dos serviços de água e esgoto, o que impediria o prosseguimento da licitação.

Todavia, a previsão na Lei Orgânica Municipal importa em conflito entre normas, não podendo prevalecer a vedação ali prevista.

Isto porque, no âmbito federal, para dar aplicabilidade ao art. 175, *caput*, da Constituição Federal, foi editada a Lei nº 8.987/95 e, posteriormente, a Lei nº 9.074/95, que, além de complementar e alterar a primeira, também dispôs especificamente sobre os serviços de energia elétrica e a reestruturação dos serviços concedidos.

A Lei nº 8.987/95 nada dispôs sobre a necessidade de autorização legislativa para deflagrar o procedimento licitatório ou celebração do contrato administrativo respectivo.

Entretanto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 635) anota que a “[...] Lei 8.987, de 13.2.95, não menciona a necessidade de lei autorizativa; nem por isso poder-se-ia prescindir de tal exigência”.

Vale dizer que a Lei nº 9.074/95, em seu art. 2º, explicitou a necessidade de lei autorizativa para a instituição de novas concessões ou permissões, ressaltando, contudo, três situações em que a aludida autorização seria desnecessária: a) nos casos de saneamento básico e limpeza urbana; b) nos casos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios e, por fim, c) nos processos iniciados com base na Lei nº 8.987/95, entra a data de sua publicação e a publicação da presente lei (nº 9.074/95).

Ou seja, a legislação federal prevê expressamente a ausência de necessidade de autorização legislativa para a concessão do serviço de saneamento básico, motivo pelo qual a vedação existente na Lei Orgânica Municipal não prevalece, diante do disposto na lei federal.

Portanto, opina-se pela rejeição da impugnação neste aspecto.

IV – Ilegalidade da adoção do critério técnico e preço

Alega a impugnante que a administração deveria utilizar apenas o critério de menor preço, por existir, atualmente, muitas empresas especializadas no setor.

Ora, o serviço a ser concedido abrange não só o fornecimento de água tratada aos munícipes, como a implantação de praticamente todo um sistema de esgotamento

sanitário (posto que praticamente inexistente atualmente), serviço extremamente complexo, que exige não só a realização de obras, mas todo um estudo técnico para tal implantação.

Como dito, não se trata de mera execução, mas sim de planejamento, estudo, projeção e, finalmente, implantação de serviços de natureza eminentemente técnica, e de relevante impacto ambiental, social e sanitário.

Sem dúvida, o tipo técnica e preço como critério de julgamento das propostas para a concessão afigura-se adequado, posto que o conhecimento de questões hídricas, sociais, ambientais, geográficas e de funcionamento dos sistemas, afigura-se como primordial para a prestação do serviço.

A descrição do art. 46 da Lei n.º 8.666/93 confirma o até então exposto:

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.

Ora, os serviços licitados exigem elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento, bem como engenharia e elaboração de estudos técnicos e projetos, em especial quando se considera que o Município encontra-se em expansão de sua área urbana, e cada novo loteamento exigirá a avaliação da capacidade de fornecimento de água e as condicionantes necessárias ao serviço de esgoto.

Veja-se que, caso se houvesse optado pelo menor preço, exigindo-se alta qualificação técnica para a participação no certame, poderia se entender que os requisitos exigidos importariam em restrição à participação de interessados e à competitividade do certame.

In casu, há plena possibilidade de participação das empresas do setor, e a melhor proposta será aquela que conjugar qualificação técnica e menor preço, não se podendo apontar qualquer espécie de prejuízo à administração, ao serviço ou aos licitantes.

Não obstante, considerando a alegação da impugnante, no sentido de que as empresas do setor encontram-se no mesmo patamar, tecnicamente, o fator que decidiria o vencedor seria o menor preço, não se podendo falar em qualquer prejuízo aos participantes.

Assim, opina-se pela rejeição da impugnação.

V – Ilegalidade dos critérios de avaliação das propostas técnicas

Alega a impugnante que seria necessário maior objetividade e transparência no julgamento, pretendendo estender a possibilidade de comprovação da capacidade técnica para documentos relativos a outras empresas, controladas pela licitante.

A licitante pretende afastar regra basilar de toda licitação, de que os documentos sejam de qualificação técnica ou financeira, ou mesmo de habilitação jurídica, devem corresponder à empresa licitante.

Como a administração pode contratar uma empresa para prestação de serviço tão complexo e relevante, valendo-se de atestados e comprovação de qualificação técnica oriundas de outras empresas? Qual a garantia de que a qualificação apresentada, relativa a outra empresa, se reverteria em favor dos serviços contratados pela administração?

A pretensão da impugnante criaria enorme risco a um contrato com prazo de trinta anos.

Ademais, há a previsão da possibilidade de apresentação de proposta em consórcio, exatamente para viabilizar a conjugação de experiência e de qualificação financeira de pretendentes a prestar o serviço.

A impugnante prossegue questionando qual o objetivo de pontuar assentamento de rede de água e de esgoto. Ora, tratam-se de serviços essenciais à execução do contrato de concessão, e o questionamento da empresa chega a causar estranheza, como se não possuísse

qualificação para tanto, o que uma breve pesquisa demonstra não corresponder à realidade, pois a empresa impugnante possui experiência no setor.

Por fim, alega que não existiriam critérios objetivos para definir o nível de atendimento dos requisitos do edital, tornando subjetiva a quantificação das notas.

O anexo V do edital, além de descrever pormenorizadamente cada item técnico a ser considerado, traz, nos itens 3.1 e 3.2 os critérios objetivos adotados para a pontuação, de forma clara e direta, não comportando dúvidas:

3.1.AVALIAÇÃO DA PROPOSTA TÉCNICA

Esta fase compreenderá a análise da proposta técnica contida no Envelope I, a qual deverá seguir o disposto na PROPOSTA TÉCNICA.

Na análise das qualificações da empresa LICITANTE, conforme item 2.1 ao 2.5, serão levados em conta; (I) o conhecimento do sistema de abastecimento de água existente; (II) programa de trabalho proposto; (III) programa de gestão comercial; (IV) experiência da licitante; (V) experiência da equipe técnica da licitante.

Para efeito de julgamento, as Propostas Técnicas serão analisadas e comparadas entre si, mediante a atribuição de uma pontuação da qual resultará a classificação das licitantes, obedecendo a pontuação de 0 a 1.000, conforme indicado nas Tabelas 1 a 5 demonstradas a seguir.

Para cada um dos subitens será dada uma pontuação obedecendo ao seguinte critério:

- O LICITANTE atendeu de forma satisfatória ao solicitado, apresentando de modo detalhado os subitens requeridos e demonstrando conhecimento do problema local, objetividade e clareza no detalhamento das propostas para o município, pontuação completa, ou 100 % dos pontos relativos ao subitem.
- O LICITANTE apresentou todos os subitens, mas não os atendeu com detalhamento de conhecimento da situação atual local, pontuação intermediária, ou 50 % dos pontos relativos ao subitem. Esta pontuação não será considerada para as Tabelas de Pontos TP 04 e TP 05 por se tratar de análise objetiva de existência ou não de atestado acervado pelo CREA.

- O LICITANTE não apresentou os subitens solicitados, sem pontuação, ou seja 0% dos pontos relativos ao subitem.

3.2 REGRAMENTO DE PONTUAÇÃO DA PROPOSTA TÉCNICA

Os regramentos para pontuação de cada item da proposta técnica estão apresentados a seguir:

A análise de pontuação do item **AVALIAÇÃO DO CONHECIMENTO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA** demonstrado na Tabela 1, corresponde a Nota 1 e será julgado com a atribuição de 0 (zero) a 160 (cento e sessenta) pontos, de maneira que expresse o solicitado no item 2.1.

Item	Descrição - Nota 1	Atendeu Satisfatoriamente	Atendeu Parcialmente	Não Atendeu
1	Avaliação dos conhecimentos do sistema de abastecimento de água CSAA	160	80	0
1.1	Descrição do sistema de abastecimento de água existente	80	40	0
a	Captação, Recalque e Adução de Água Bruta	10	5	0
b	Estação de Tratamento de Água	10	5	0
c	Adutora de Água Tratada	10	5	0
d	Estações Elevatórias de Água	10	5	0
e	Reservatórios	10	5	0
f	Redes de Distribuição de Água	10	5	0
g	Ligações Prediais de Água	10	5	0
h	Controle de Perdas e da Qualidade	10	5	0
1.2	Descrição dos problemas críticos do sistema de abastecimento de água	80	40	0
a	Captação, Recalque e Adução de Água Bruta	10	5	0
b	Estação de Tratamento de Água	10	5	0
c	Adutora de Água Tratada	10	5	0
d	Estações Elevatórias de Água	10	5	0
e	Reservatórios	10	5	0
f	Redes de Distribuição de Água	10	5	0
g	Ligações Prediais de Água	10	5	0
h	Controle de Perdas e da Qualidade	10	5	0

A análise de pontuação do item **PROGRAMA DE TRABALHO PROPOSTO**, demonstrado na Tabela 2, corresponde a Nota 2, será julgado atribuindo-se de 0 (zero) a 500 (quinhentos) pontos, de forma que expresse o solicitado no item 2.2.

Não se entende que há ilegalidade nos critérios de pontuação e julgamento do edital, opinando-se pela rejeição da impugnação.

VI – Insignificância da nota comercial

Alega a impugnante que o percentual de 30% atribuído à nota comercial, seria insignificante para a definição do vencedor do certame.

A alegação contraria a afirmação anterior de que o estado da arte no setor equipara as empresas do ramo, o que levaria a uma pontuação equivalente no quesito técnico, e conseqüentemente, tornaria decisiva a nota comercial.

Antes de mais nada, cumpre registrar que a nota técnica possui relevância porque a prioridade é a contratação de empresa com plena capacidade de efetivamente prestar um serviço adequado, e promover a devida expansão do serviço de saneamento básico do Município.

A complexidade do serviço, sua importância e impacto direto na coletividade impõem que se prestigie a nota técnica em detrimento da comercial, como garantia da prestação do serviço de qualidade, também perseguindo um serviço de menor custo.

De nada adiantará a contratação do serviço de menor custo, sem que se garanta a qualidade de sua prestação, o que decorre da capacidade técnica da empresa prestadora.

Vale registrar novamente, a futura concessionária do serviço de água e esgoto do Município possui uma grande responsabilidade, posto que o Plano Municipal de Saneamento Básico objetiva a universalização do saneamento básico, num contexto de diminuta oferta de serviço de esgoto.

Prezou-se sim, pela qualificação da empresa a ser selecionada, sem prejuízo da participação de qualquer interessada com capacidade (posto que a adoção do critério de menor preço, com qualificação mínima, poderia importar em restrição à participação de empresas). Mas não se abriu mão do preço mais baixo possível, atribuindo-se peso de 30% já observado em outros certames.

Não se vislumbra, portanto, ofensa ao disposto no art. 46, § 2º, II da Lei n.º 8.666/93, opinando-se pela rejeição da impugnação.

VII – Erro no valor do contrato

Alega a impugnante que haveria erro no valor estimado do contrato, com influência nas garantias a serem prestadas.

De fato, o valor estimado do contrato levou em consideração os investimentos previstos, exatamente para que se pudesse definir o limite das garantias exigidas no edital, sem considerar uma projeção de eventuais receitas.

Trata-se de uma opção da administração, com o fito de apresentar objetivamente quais as garantias seriam exigidas, impedindo-se questionamentos acerca das projeções de receitas do contrato.

O compromisso de investimento da contratada possui valor certo e este foi o valor adotado como critério pela administração, o que não importa em qualquer espécie de ilegalidade.

VIII – Limitação do número de consorciados

Alega a impugnante que a limitação à participação de duas empresas em consórcio restringiria a competitividade.

Novamente, a alegação da impugnante contraria afirmação anterior, no sentido de que as empresas do setor estariam no mesmo estado da arte, fator que tornaria inócua a possibilidade de participação em consórcio.

Não há ilegalidade na limitação do número de empresas que podem participar do consórcio, havendo, inclusive, editais da mesma espécie que vedam a participação em consórcio.

Entendeu o Município por permitir a participação em consórcio de até duas empresas, haja vista que o investimento necessário e o prazo do contrato admitiriam uma comunhão de esforços, mas considerando a curva de retorno previsto do investimento, de dezessete anos, uma maior quantidade de participantes poderia inviabilizar a recuperação do investimento, gerando risco para a execução do serviço e prejuízo à administração.

Ademais, a participação em consórcio é facultativa, na forma do art. 33 da Lei n.º 8.666/93 e do art. 19 da Lei n.º 8.987/95, e a administração admitiu tal forma, não se podendo falar em ilegalidade na limitação de participantes, pois, quem pode mais (vedar o consórcio), pode menos (limitar a quantidade de participantes).

Assim, opina-se pela rejeição da impugnação.

IX – Ilegalidade da visita técnica

A empresa impugnante alegou ser ilegal a previsão de visita técnica, mas a realizou, motivo pelo qual a previsão não lhe causou prejuízo, nem pode ser considerada ilegal, eis que constante em várias espécies de licitação.

No caso em questão, a complexidade do serviço e o valor a ser investido, justificam a exigência de visita ao local, para que não se alegue desconhecimento das condições de campo do serviço a ser concedido.

O conhecimento das reais condições dos sistemas de água e esgoto do Município afigura-se essencial e imprescindível para a apresentação de proposta para operá-los, enquadrando-se perfeitamente na hipótese da Súmula 272 do TCU.

Ademais, o prazo entre a publicação do edital e o recebimento das propostas tona plenamente viável a realização da visita, impondo-se a rejeição da impugnação.

X – Violação do prazo de 45 dias decorrente da obrigação de realização da visita técnica

Como dito, a empresa impugnante realizou a visita técnica, o que não lhe causou qualquer prejuízo para a elaboração da proposta ou participação no certame, não se podendo acolher a alegação de nulidade.

O prazo previsto no art. 21, § 2º é para o recebimento de propostas, e não para a realização de visita técnica ou prática de qualquer outro ato preparatório para a licitação, como a obtenção de certidões, atestados, formulação de propostas, etc.

Não há fundamento para o acolhimento da impugnação.

XI – Ilegalidade da garantia de proposta

Não alega a impugnante qualquer ilegalidade em relação à garantia de proposta exigida no item 8 do edital, limitando-se a afirmar que o valor seria irrisório, por não garantir o contrato.

A garantia de proposta não visa garantir a execução do contrato, mas impedir a participação de empresas que não possuem efetivo interesse no certame, e frustrem o processo licitatório, seja com propostas inexequíveis, seja com a apresentação de documentação incompleta, em prejuízo direto ao andamento do processo.

Além disso, impede que o proponente vencedor desista da proposta ofertada, sem sofrer as consequências dessa desistência.

XII – Ilegalidade do pagamento da outorga antes da assunção dos serviços

Novamente, a impugnante não aponta ilegalidade, mas mera discordância com o teor do edital.

O edital, no item 11.4, prevê o pagamento da outorga no prazo de trinta dias contados da assinatura do contrato, o que não fere qualquer dispositivo legal.

XIII – Ilegalidades quanto às exigências de qualificação dos licitantes

Questiona a impugnante a previsão do item 12.3.1, “i” do edital, de comprovação de assinatura de contrato de financiamento como prova da captação de recursos.

Por uma questão lógica, se a empresa teve capacidade de obter um financiamento, teve capacidade de captar recursos, servindo sim como prova suficiente para atender o edital.

Alega, ainda, que o edital preveria necessidade de inscrição perante o CREA-SC, quando o item 12.3.2 é claro ao prever CREA (apenas o título do item refere-se a SC, o que resta esclarecido pela leitura do item 12.3.2), e não limita a participação de licitantes.

Afirma, então, que a exigência de inscrição perante o CREA seria ilegal, dada a possibilidade de participação de fundos de investimentos ou previdências complementares.

Como a impugnante não se caracteriza como fundo de investimentos ou previdência complementar, sequer possui legitimidade para tal alegação. No entanto, a participação de fundos de investimentos ou previdências complementares exigiria, para viabilizar a pontuação técnica, o consórcio com empresa do setor, com o devido acervo técnico.

Não procede a impugnação.

XIV – Vedação da participação de empresas em recuperação judicial

Alega a impugnante que seria ilegal a vedação de participação de empresas em recuperação judicial. Como não se apresenta como empresa nessa situação, não possuiria sequer legitimidade para alegar algum prejuízo.

Ademais, não houve manifestação de interesse de qualquer empresa em recuperação judicial, motivo pelo qual a previsão não acarretou prejuízo.

XV – Exigência de autorização prévia para alteração do controle acionário

Alega a impugnante que a o art. 27 da Lei n.º 8.987/95 prevê que a transferência do controle societário sem prévia anuência importará em caducidade da concessão, mas não cuida da alteração do quadro societário.

Com efeito, o Município está promovendo a concessão de um serviço essencial, por prazo de trinta anos, e o histórico nacional de concessões de serviços públicos revelou casos em que a modificação do quadro societário gerou efeitos deletérios na prestação do serviço.

Assim, justifica-se a previsão, como forma de resguardo e garantia da execução do serviço com a qualidade que proporcionou a vitória no certame.

XVI – Possibilidade de assunção do controle da concessionária sem previsão da alternativa de administração temporária

Alega a impugnante omissão em relação ao disposto no art. 27-A da Lei n.º 8.987/95, quanto à hipótese de administração temporária.

Trata-se de previsão legal que não precisa ser expressamente reproduzida no edital da licitação, para que surta efeitos, motivo pelo qual não se deve acolher a impugnação.

XVII – Ilegalidades do contrato

A impugnante prossegue, apontando quatorze pontos do contrato que entende ilegais, aparentemente, na tentativa de frustrar o certame a qualquer custo.

Alega que a área de concessão prevista no contrato, toda área urbana municipal, ofenderia as metas de universalização do saneamento básico, o que não encontra subsídio legal, sendo certo que as metas estabelecidas para o prazo da concessão proporcionarão cobertura integral da área urbana do Município, inclusive sua expansão, permitindo investimentos posteriormente em áreas rurais.

Volta a se referir ao valor estimado do contrato, desconsiderando a principal expressão, que é “estimado”.

Aponta contradição no item 9.8, por exigir autorização prévia para emissão de debêntures outros títulos de dívida, o que colidiria com os objetivos da concessão, sem apontar em que sentido haveria tal colisão, posto que se trata de controle público sobre o endividamento da concessionária.

Questiona a ausência de um modelo de termo de recebimento dos bens, situação que decorre diretamente da assinatura do contrato.

Alega ausência de previsão clara de direito a reequilíbrio, em caso de mudanças no PMSB, quando esta questão decorre diretamente de previsão legal, eis que decorrente da alteração do objeto do contrato ou de sua condição de execução.

Refere-se a ausência de definição da data da efetiva operação, exigindo que seja a mesma da ordem de serviço. Ora, a data será fixada, juntamente com o necessário prazo para transição entre a atual operadora do sistema e a concessionária, não se tratando de nulidade.

Alega falta de previsão do plano de negócios, quando o plano de investimentos, bem como a análise do ponto de equilíbrio e início da obtenção do retorno, constam expressamente dos anexos do processo licitatório.

Afirma que o contrato estabelece reajuste tarifário a cada doze meses, sem indicar o termo inicial, que, evidentemente, é a assinatura do contrato.

Questiona a obrigação de auxiliar, e não de garantir a conexão dos usuários ao sistema, o que não caracteriza qualquer ilegalidade.

Volta a questionar a ausência de previsão de administração temporária da concessionária, o que não necessitar estar expresso no contrato de concessão.

Alega que há limitação ilegal da subcontratação, quando o contrato autoriza tal expediente, desde que não seja para o serviço de operação do sistema.

Afirma que seria ilegal a previsão da regra de indenização, quando há expressa previsão na cláusula 37.3 do contrato.

Alega que as regras de indenização para o caso de transferência para outra concessionária não teriam sido observadas, apontando falha nas cláusulas 36.3, 39.8, 40.3, 41.3 e 42.4, que não se aplicam à hipótese aventada.

E, por fim, alega ilegalidade na previsão de pagamento da taxa de regulação, por não a quantificar, matéria atinente à agência reguladora competente, e não ao poder concedente.

XVIII – Conclusão

Diante de todo o exposto, s.m.j., opina-se pela integral rejeição da impugnação apresentada pela empresa AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A.

Submete-se o presente parecer para apreciação da Procuradoria Geral do Município.

Florianópolis, 17 de janeiro de 2023.

Marcos Vinícius de Souza

OAB/SC n.º 15.192