

**ILUSTRÍSSIMO(A) SENHOR(A) REPRESENTANTE DO SETOR DE LICITAÇÕES DO
MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA – ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

Concorrência Pública n. 040/2023

Processo Administrativo n. 4746/2023

CONASA INFRAESTRUTURA S.A., pessoa jurídica de direito privado, regularmente inscrita no CNPJ sob o nº 08.837.556/0001-49, sediada na Avenida Higienópolis, n. 1.601, 7º andar, Bairro Jardim Higienópolis, Município de Londrina/PR, CEP: 86.015-010, e-mail adm@mnadvocacia.com.br, vem, respeitosamente, à presença de Vossa Senhoria, na forma do Item 11 do Edital em epígrafe, oferecer **IMPUGNAÇÃO AO EDITAL**, pelos fatos e fundamentos que passa a expor:

I. EXPOSIÇÃO DOS FATOS

1. O Município de Santo Antônio de Pádua deflagrou a Concorrência Pública n. 040/2023, cujo objeto é a “concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e serviços complementares na área da concessão, pelo prazo de trinta e cinco anos, por meio da exploração das infraestruturas integrantes do sistema”. A abertura da licitação foi designada para o dia 18/10/2023, às 09h30min.

2. A presente licitação sucede duas licitações: (i) a Concorrência Pública n. 056/2019, com o mesmo objeto e cujo edital foi declarado ilegal pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ)¹; e (ii) a Concorrência Pública n. 090/2022, também com o mesmo objeto e cujo edital teve diversas irregularidades e substanciais falhas impeditivas ao prosseguimento do certame apontadas pela área técnica do TCE/RJ².

¹ Processo n. 243.387-2/19 e Representações n. 243.862-2/19 e n. 244.007-1/19.

² Processo n. 250.795-3/2022 e Representação n. 250161-6/2022.

3. A área técnica do TCE/RJ já reconheceu diversas irregularidades nas duas licitações anteriores. Destacam-se as atinentes ao critério de julgamento, aos atestados de capacidade técnica e às exigências de qualificação econômico-financeira, entre outros aspectos relevantes.

4. O Edital da Concorrência Pública n. 040/2023 possui muitos dos equívocos apontados pelo TCE/RJ, o que enseja a presente impugnação. A intenção da Impugnante é contribuir com o Município e esclarecer esses pontos controversos do Edital.

II. IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

II.A. Preliminar: decisão do TCE/RJ que impede o Município de lançar nova licitação

5. A Concorrência Pública n. 090/2022 é objeto de dois processos administrativos perante o TCE/RJ³. Em decisão monocrática no Processo n. 250.795-3/2022 reconheceu-se que o Município suspendeu voluntariamente aquela licitação e se consignou que a licitação deve permanecer suspensa até posterior deliberação do Tribunal.

DECIDO:

1. Por PERDA DO OBJETO da tutela provisória, em razão da suspensão voluntária, pela Administração, da Concorrência Pública n.º 090/2022, devendo, entretanto, permanecer o certame adiado de modo a deliberação deste Tribunal.

6. A decisão do TCE/RJ impede o lançamento da Concorrência Pública n. 090/2022 e de qualquer outra licitação com o mesmo objeto até posterior deliberação, como é a presente.

7. A deflagração da presente licitação afronta a decisão do TCE/RJ. Enseja a responsabilização dos agentes e caracteriza ato de improbidade administrativa (inciso VIII do artigo 11 da Lei n. 8.429/1992⁴) e crime de desobediência (artigo 330 do Código Penal⁵).

³ Processo n. 250.795-3/2022 e Representação n. 250161-6/2022.

⁴ Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: [...] VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou de processo seletivo para celebração de parcerias com entidades sem fins lucrativos, ou dispensá-los indevidamente, acarretando perda patrimonial efetiva;

⁵ Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:
Pena - detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

II.B. Preliminar: Errata do Edital que altera termos para elaboração da proposta (necessidade de republicação)

8. Em 10/10/2023 foi publicada “Errata” do Edital. A Errata removeu diversos trechos do Edital e incluiu novos, como a exigência de capital social mínimo de 10% sobre o valor da outorga fixa (item 21.2.11), que impacta diretamente na competitividade da licitação:

21.2.11 As empresas ou consórcios participantes do certame, **deverão apresentar capital social mínimo no dia da licitação de 10% do valor da outorga fixa estipulada neste edital em 63.107.247,00 (sessenta e três milhões cento e sete mil e duzentos e quarenta e sete reais).** Conforme prevê o artigo 31, §2º e 3º, da lei Federal nº 8.666/1993. A Licitante deverá ainda apresentar boa capacidade financeira e expertise na captação de recursos e investimentos. (Item Incluído)

9. A alteração do Edital por sua Errata é nítida, evidente. Nesse caso, é imperativa a sua republicação, conforme o § 4º do artigo 21 da Lei n. 8.666/1993. A jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO não vacila:

[...] 9.3.2. **a eventual alteração dos critérios para comprovação da qualificação técnica deverá ser seguida de nova publicação do instrumento convocatório, obedecendo aos prazos e exigências legais** (artigo 21, § 4º, da Lei 8.666/1993);⁶

9.2.2. **atente para a necessidade de divulgação, pela mesma forma que se deu o texto original, das eventuais alterações do instrumento convocatório, com a reabertura do prazo inicialmente estabelecido, mesmo em hipóteses que resultem na ampliação do universo de competidores, a fim de viabilizar que os novos possíveis interessados contem com tempo hábil para a elaboração de suas propostas,** com vistas a dar pleno cumprimento ao disposto no § 4º do art. 21 da Lei 8.666/93;⁷

10. Por mais que tenham sido realizado ajustes pontuais na numeração do Edital e exclusão de itens desnecessários, a novíssima exigência de capital social mínimo de 10% sobre o valor da outorga impacta na competitividade do certame. Logo, é imperativa a republicação do Edital para todos os potenciais interessados.

⁶ TCU, Acórdão n. 6.750/2018, Órgão Julgador: Primeira Câmara, Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues, Julgado em 24/07/2018.

⁷ TCU, Acórdão n. 1.197/2010, Órgão Julgador: Plenário, Relator: Ministro Augusto Sherman, Julgado em 26/05/2010.

II.C. Ilegalidades e inconsistências sobre a concessão, metas, política tarifária e atividade de regulação

11. O Edital da Concorrência Pública n. 090/2022 possuía inúmeros vícios sobre as metas, política tarifária e atividade de regulação. O Edital da Concorrência Pública n. 040/2023 repete os mesmos erros.

12. O **Edital não apresenta a relação de serviços complementares**, em afronta ao artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007 e ao inciso VI do artigo 18 da Lei n. 8.987/1995⁸. O Anexo VII do Edital – Estrutura Tarifária e Serviços Complementares afirma que caberá à Concessionária apresentar nova estrutura tarifária, incluindo tarifa social, bem como relação de serviços complementares. Confira-se:

A estrutura tarifária proposta pela proponente deterá incluir a tarifa social e deverá observar os normativos municipais e da AGÊNCIA REGULADORA editados sobre o tema.

[...] A lista contendo os serviços complementares que a CONCESSIONÁRIA poderá executar e cobrar do USUÁRIOS, a pedido do mesmo, assim como as multas cabíveis, a serem aplicadas pela CONCESSIONÁRIA aos USUÁRIOS deverá ser prevista em regulamento a ser elaborado pela CONTRATADA.

13. Ainda, no que tange às receitas complementares, a Cláusula 26.13.1 do Contrato⁹ (Anexo I) prevê **a repartição das receitas adicionais (complementares) obtidas pela Concessionária com o Município, sem qualquer justificativa para tanto**. O Edital revela o intento de arrecadar valores para o Município em detrimento da melhora dos serviços e da otimização dos investimentos ou da redução das tarifas. Conforme o Edital, em vez das receitas complementares serem empregadas para tais finalidades elas devem ser empregadas, pelo menos 25% delas, para engordar o caixa da municipalidade.

⁸ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: [...] VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: [...] IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

⁹ 26.13.1. Os ganhos econômicos provenientes de RECEITAS ADICIONAIS serão partilhados entre a CONCESSIONÁRIA, e o CONTRATANTE, nos percentuais, respectivamente, de 75% (setenta e cinco por cento) para a CONCESSIONÁRIA e 25% (cinquenta por cento) para o CONTRATANTE [...].

14. Pelas práticas de mercado, sabe-se que a função primordial das receitas adicionais (complementares) é reduzir o valor da tarifa cobrada dos usuários, em atenção ao interesse público e ao princípio da modicidade tarifária, segundo dispõe o artigo 11 da Lei n. 8.987/1995¹⁰.

15. O artigo 22 da Lei n. 11.445/2007 dispõe que a tarefa da regulação tem como objetivo a edição de normas técnicas que assegurem a adequada prestação dos serviços de saneamento básico, com o cumprimento das metas contratuais, bem como definir as tarifas a serem cobradas, com o fito de garantir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e a modicidade tarifária.

16. A existência de normas de regulação é condição de validade dos contratos de concessão, conforme o inciso III do artigo 11 da Lei n. 11.445/2007 e devem versar sobre metas de expansão do serviço, política tarifária, aspectos de controle social e intervenção e retomada dos serviços (§ 2º do artigo 11):

Art. 11 [...] § 2º. Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:

I - a autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;

II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de redução progressiva e controle de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados e com o respectivo plano de saneamento básico;

III - as prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;

IV - as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo:

a) o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas;

b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas;

c) a política de subsídios;

V - mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços;

VI - as hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços.

¹⁰ Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

17. Por absurdo, **o Edital ora impugnado não apresenta as normas de regulação dos serviços de saneamento básico para o Município**, em ofensa aberta ao § 2º do artigo 11 da Lei n. 11.445/2007.

18. Malcontente, o Edital prevê a **contratação de empresa particular como “Verificador Independente” pela agência reguladora (SAAE – Serviço Autônomo de Água e Esgotos) para auxiliar nas atividades de regulação**. Na prática, o Edital preconiza a terceirização da regulação, porque essa empresa substituirá a agência reguladora em suas tarefas de regulação, como análise de indicadores de desempenho e cumprimento de metas, em ofensa ao artigo 21 da Lei n. 11.445/2007, que disciplina que a atividade regulatória é competência exclusiva da Administração Pública¹¹.

19. Além disso, a Cláusula 25.7 do Contrato¹² (Anexo I) condiciona a aplicação de redutores de tarifa por descumprimento dos indicadores de desempenho por parte da Concessionária à contratação do “Verificador Independente”, o que é ilegal e atenta contra o princípio da modicidade tarifária. Ora, nesses termos, o “Verificador Independente” exercerá diretamente poder de polícia sobre a concessão. Para complementar, o Edital não explica como será essa redução, o que gera insegurança jurídica.

20. Por fim, no que diz respeito às metas para a prestação dos serviços, elas foram indicadas no Edital sem a devida motivação técnica. Não há análise de sua exequibilidade ou justificativa para a definição de seus parâmetros rigorosos, mormente quando se pretende ter, em um ano de concessão, o percentual de 20% de cobertura do serviço de esgotamento sanitário. Trata-se de percentual elevado quando se considera a complexidade dos serviços e os recursos necessários para tanto.

¹¹ Art. 21. A função de regulação, desempenhada por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira, atenderá aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões.

¹² 25.7. Caso não haja VERIFICADOR INDEPENDENTE contratado, não serão aplicados os fatores redutores em função do não cumprimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO, conforme especificados no ANEXO IV – INDICADORES DE DESEMPENHO E METAS DE ATENDIMENTO deste CONTRATO.

II.D. O Edital não exige atestado de capacidade técnica específico para parcela relevante (serviço de esgotamento sanitário) e exige para parcelas irrelevantes

21. O item 20.11.6 do Edital exige atestados de capacidade técnica específicos somente para serviços de menor relevância, como a gestão de leitura de hidrômetros e cobranças, fornecimento de tubulação para abastecimento de água e recomposição de pavimentos, deixando de exigir atestados de capacidade técnica específicos da gestão de sistemas de esgotamento sanitário, parcela relevantíssima do objeto licitado:

20.11.6. Atestados, emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, em nome da LICITANTE ou sua AFILIADA, que comprove a realização das seguintes obras e serviços:

20.11.6.1. Operação e manutenção de sistema de captação, bombeamento e adução de água bruta, tratamento, adução, bombeamento, reservação e distribuição de água tratada;

20.11.6.2. Operação e gestão de serviços de leitura de hidrômetro, faturamento, cobrança e atendimento ao público em sistema de água;

20.11.6.3. Fornecimento e assentamento de tubos e conexões para abastecimento de água (PVC, DEFOFO, RPVC, FERRO FUNDIDO)

20.11.6.4. Recomposição de pavimentação com concreto asfáltico e pavimento articulado.

22. Tal aspecto já foi inclusive objeto deliberação pelo TCE/RJ acerca da Concorrência Pública n. 056/2019: *"Certifique-se que os serviços a serem exigidos de comprovação de capacidade técnico-operacional e capacidade técnico-profissional sejam compatíveis com os serviços e obras de investimentos a serem realizados (relevância técnica e de valor significativo)"*¹³. O erro se repetiu na Concorrência n. 090/2022 e na presente licitação.

23. O artigo 30 da Lei n. 8.666/1993 é muito claro ao afirmar que os atestados de capacidade técnica devem versar sobre as parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto licitado¹⁴. A jurisprudência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO é no mesmo sentido:

¹³ TCE/RJ, Processo n. 243.387-2/19.

¹⁴ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...] § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de

Apelação Cível. Direito Constitucional e Administrativo. Concorrência nº 001/2018-FMMA do Município de Aperibé. Pedido de declaração de nulidade do ato que inabilitou a empresa autora com fundamento em falta de prova de capacidade técnico-profissional. Deferimento da tutela de urgência para suspender a reunião da comissão de licitação e determinar o regular processamento do recurso administrativo interposto pela concorrente. Sentença de procedência que confirmou a liminar e declarou a nulidade do ato, determinando o prosseguimento do certame. Posterior notícia de revogação da Concorrência 001/2018 por ato administrativo. (...)

4- Serviço que não integra as parcelas de maior relevância dos serviços objeto do certame, assim definidas pelo próprio Edital. Serviço que representa ademais parcela ínfima, de pouco mais de 1%, do valor global do contrato. Inabilitação que não encontra respaldo no Edital e viola o disposto no art. 30, §1º, I e §2º, da Lei 8.666.

(...) 54. **Portanto, a lei possibilita a exigência de experiência anterior da contratada desde que restritas às parcelas de maior relevância e de valor significativo e vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos e devidamente motivada. A Administração deve, portanto, identificar os aspectos mais complexos e diferenciados do objeto licitado para efeito de exigência da experiência anterior, não tendo cabimento subordinar a participação no certame à comprovação da execução de atividade secundária ou irrelevante à execução do objeto e a exigência de comprovação de execução de quantitativos mínimos referente à capacitação técnico-profissional, contrariando o art. 30 da Lei 8.666/1993 e Acórdão 727/2009-TCU-Plenário.**¹⁵

24. O serviço de esgotamento sanitário é o mais relevante e sensível do contrato que o Município pretende firmar. Ora, o Município não possui rede de esgotamento sanitário (Volume 4 do Plano Municipal de Saneamento Básico) e deverá atingir 90% de cobertura até o ano de 2033, como exige o artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007¹⁶. Trata-se, a rigor, de um grande desafio para o futuro concessionário, o ponto fundamental do Contrato de Concessão.

características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; § 2º. As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório.

¹⁵ TJRJ, Apelação Cível nº 00013227020188190050, Relator: Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível, Julgado em 21/07/2020.

¹⁶ Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

25. Portanto, fere a razoabilidade exigir a comprovação de experiência em leitura de hidrômetro e pavimentação asfáltica e não exigir em esgotamento sanitário. Não há sentido algum nisso. É como se o Município quisesse beneficiar alguma empresa que tem experiência com serviço de abastecimento de água e que não tem experiência em serviço de esgotamento sanitário em detrimento da adequada prestação do serviço público, em detrimento do próprio interesse público.

26. De outro bordo, os serviços de gestão de leitura de hidrômetros e cobranças, fornecimento de tubulação para abastecimento de água e recomposição de pavimentos são serviços de menor relevância e que, em essência, estão contemplados no serviço de operação e manutenção do sistema de abastecimento de água. A exigência de atestados específicos para estes serviços, que representam parcela menor do objeto e de valor secundário, caracteriza excesso de formalismo e, ao final, prejudica a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração, devendo o Edital ser alterado neste ponto.

II.E. Ausência de quantitativos mínimos para aferição de qualificação técnica

27. Ao analisar o Edital da Concorrência Pública n. 056/2019, O TCE/RJ reconheceu os quantitativos mínimos eram desproporcionais e exigiu esclarecimentos por parte do Município¹⁷. No Edital da Concorrência Pública n. 090/2022 não foi indicado qualquer quantitativo, sendo que tal fato se repetiu na presente licitação, o que impede a aferição da capacidade técnica dos licitantes, em afronta ao inciso II do artigo 30 da Lei n. 8.666/1993¹⁸.

28. A jurisprudência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO é clara ao afirmar que a aferição de qualificação técnica pressupõe o atendimento de determinados quantitativos mínimos:

¹⁷ Vide decisão da Conselheira Andrea Siqueira Martins no Processo n. 243.387-2/19, fls. 881-891.

¹⁸ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: [...] II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

LICITAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE DOCUMENTOS EXIGIDOS. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. **Inabilitação do impetrante no processo seletivo que deixou de anexar documentos requisitados, conforme previsto no edital - item C.2.2, o que foi, inclusive, admitido pelo interessado. Impetrante que ofereceu serviço semelhante ao buscado, porém deixou de apresentar qualificação técnica comprovando tal afirmação. Relatório de inabilitação que constou que o equipamento fornecido pelo impetrante não é equivalente ao solicitado no procedimento. Capacidade técnica da empresa agravante não demonstrada.**

[...] "(...) **Isto porque, a leitura do edital (fls. 77 – pasta 51 do anexo 01) revela a seguinte exigência de qualificação técnica:**

C.2.2. Aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características e quantidades com o objeto deste Pregão, demonstrando que a licitante já forneceu, no mínimo, 30% (trinta por cento) do quantitativo por item, necessário para suprir a demanda em decorrência desta licitação.

A própria agravante admite que não forneceu este tipo de atestado, tendo fornecido atestado de similaridade técnica, que não se confunde, consoante se depreende da decisão recorrida, com atestado de idêntica capacidade técnica. Observe-se que o item C.2.2. acima transcrito exige a idêntica capacidade técnica para, pelo menos, 30% (trinta por cento) do quantitativo por item, o que não foi comprovado pela agravante."¹⁹

29. Nesse sentido, o Edital não especifica a dimensão do sistema de abastecimento de água sobre os quais os atestados de capacidade técnica devem versar. Não há indicação do número mínimo de habitantes atendidos, estruturas que a empresa deve saber gerir, extensão de rede que deve ser implantada, entre outras informações relevantes. Pela dicção do Edital, não há distinção entre atender uma cidade de 10.000 habitantes e 100.000 habitantes, ou implantar redes de água/esgoto de 10 Km ou 100 Km.

30. Diante da ausência de quantitativos mínimos, um parâmetro pré-estabelecido e objetivo de aferição de qualificação técnica, as exigências de qualificação técnica são por demais genéricas, permitindo-se a realização de julgamento subjetivo e vulnerável a possíveis manipulações e direcionamentos da licitação, o que é tudo inadmissível.

¹⁹ TJRJ, AI n. 00611212920208190000, Relator: Desembargador Murilo André Kieling Cardona Pereira, Decisão de 04/12/2020.

II.F. Ilegalidade da forma de julgamento descrita no Edital

31. O critério de julgamento da licitação já foi um aspecto problemático na Concorrência Pública n. 056/2019 e na Concorrência Pública n. 090/2022. O TCE/RJ já havia alertado o Município a respeito das falhas no Edital quanto ao critério de julgamento, que agora persistem na Concorrência Pública n. 040/2023.

32. O item 5.1 do Edital determina que o critério de julgamento é o de **maior oferta de outorga**, sendo que a oferta mínima é de R\$ 63.107.247,00. O item está fundamentado no inciso II do artigo 15 da Lei n. 8.987/1995. Contudo, os itens 24.8.1, 24.8, 24.10 e 24.12 estabelecem critérios conflitantes de julgamento das propostas, eis que determinam que o critério de julgamento é o de maior desconto sobre a tarifa de referência:

24.8.1 Na hipótese prevista na subcláusula 26.7.1, participarão da etapa de lances viva-voz as LICITANTES com PROPOSTAS COMERCIAIS **válidas com valor até 20% (vinte por cento) menor do que o desconto tarifário** assinalado na PROPOSTA COMERCIAL da LICITANTE classificada em primeiro lugar;

(a) Caso o lance se refira a **desconto no valor da TARIFA DE REFERÊNCIA**, cada lance deverá aumentar o valor do desconto sobre a TARIFA DE REFERÊNCIA de maior valor no momento da apresentação do lance, não sendo admitidos LANCES INTERMEDIÁRIOS, limitado ao desconto tarifário de 20% (vinte por cento) sobre a TARIFA DE REFERÊNCIA;

24.10 Ao final da etapa de lances viva-voz, caso realizada, o DIRETOR DA SESSÃO anunciará a ordem de classificação final das LICITANTES, em ordem decrescente de valor de OUTORGA e, no caso de OUTORGA igual ao valor mínimo, **em ordem decrescente de valor dos descontos ofertados sobre a TARIFA DE REFERÊNCIA**.

24.12 A LICITANTE que ofertar o maior desconto sobre a **TARIFA DE REFERÊNCIA** ou o maior valor de OUTORGA, conforme o caso, ficará classificada em primeiro lugar.

33. Não se sabe ao certo qual é o critério adotado no Edital, o que causa insegurança jurídica e contraria o princípio do julgamento objetivo das propostas. Na forma como está disposto no Edital, pode-se interpretar – sem qualquer precisão ou certeza – que o Município insiste em utilizar a combinação do critério “maior oferta da outorga” e “menor tarifa do serviço”.

34. Contudo, essa forma já foi rechaçada na análise técnica do TCE/RJ em relação à Concorrência n. 090/2022, que agora se repete:

Resta, portanto, procedente o representado no item, sendo gerada **determinação ao Jurisdicionado para que se abstenha de estabelecer critérios de julgamento das propostas com base no artigo 15, III da Lei Federal n.º 8.987/1995 que não representem a efetiva combinação dos tipos previstos naquela lei, observando, inclusive, a obrigatória apresentação, no Edital, de regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira das propostas, de forma a permitir a aplicação simultânea dos tipos de licitação; ademais, deve também se abster de condicionar a oferta de valores maiores de outorga a valores ofertados referentes ao desconto de tarifa, por ofensa aos princípios da economicidade e legalidade.**

35. Inexistindo as justificativas requeridas, a combinação de ambos os critérios de julgamentos é ilegal. Rememora-se que a combinação entre os critérios de menor valor de tarifa e maior valor de outorga, prevista no inciso III do artigo 15 da Lei n. 8.987/1995, somente será admitida *“quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira”*, ou seja, deverá ser prevista no instrumento convocatório uma fórmula para calcular qual proposta será a mais vantajosa, cotejando-se as propostas atinentes à tarifa e à outorga (§ 1º do artigo 15). Não há previsão legal de realização de uma fase de lances entre os licitantes – o que sequer é compatível com a sistemática de combinação destes dois critérios de julgamento, pois não existe valor objetivo a ser ofertado por meio de lances sucessivos.

36. O Edital da Concorrência Pública n. 40/2023 repete os vícios do Edital anterior. Não há combinação em relação aos critérios do menor valor de tarifa e maior valor de outorga, eis que não dispõe de critérios objetivos e fórmulas precisas para a aferição da proposta mais vantajosa. Na realidade, o Edital alterna entre o critério de menor tarifa e o de maior valor de outorga, adotando um ou outro conforme as propostas ofertadas pelos licitantes.

II.G. O dever de realizar Consulta Pública e Audiência Pública em razão das substanciais alterações do Edital da Concorrência Pública n. 040/2023

37. A Lei Federal n. 11.445/2007 condiciona a validade dos contratos de prestação de serviços de saneamento básico à prévia realização de audiência e de consulta pública sobre o edital de licitação:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

[...] V - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

38. Além disso, o artigo 39 da Lei Federal n. 8.666/1993 condiciona a licitação para objetos complexos e de elevado valor à realização de audiência pública, disponibilizando as minutas editalícias a fim de garantir o acesso e direito a todas as informações pertinentes ao edital²⁰.

39. Consta no preâmbulo do Edital da Concorrência Pública n. 040/2023 que suas minutas ficaram disponíveis para consulta pública no período de 1º/06/2022 a 27/06/2022, além de terem sido objeto de audiência pública realizada no dia 27/06/2022. Posteriormente, foi publicada errata indicando que as minutas foram disponibilizadas para consulta de 13/10/2022 a 18/07/2023 (com audiência em 27/06/2022).

40. Dessa errata surgem alguns questionamentos. Como foi realizada audiência pública em 27/06/2022 se os documentos foram disponibilizados quase quatro meses depois, em outubro? Considerando que em dezembro/2022 foi publicado o Edital n. 090/2022, qual documento estava submetido à consulta/audiência pública, o presente Edital ou o anterior?

41. Tudo leva a crer que foram as minutas do Edital n. 090/2022 que foram submetidas à consulta pública e à audiência pública, e não as do Edital n. 040/2023. O que foi apresentado em audiência pública foi um ato administrativo cuja concepção diverge do atual processo licitatório, com critérios, disposições e obrigações diferentes.

²⁰ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

42. A título de exemplo, o Edital n. 090/2022 não apresenta nenhuma meta a ser cumprida pela concessionária vencedora da licitação, ao passo que o Edital n. 040/2023 apresenta uma série de metas que não foram submetidas ao conhecimento prévio dos cidadãos e de possíveis interessados em fazer sugestões para aprimoramento do certame, o que pode implicar diretamente na ampla concorrência e no êxito da licitação. Outra alteração considerável diz respeito ao valor de outorga, que passou de R\$ 33 milhões para mais de R\$ 63 milhões, impactando diretamente na modicidade tarifária.

43. Em situações como esta, o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO é taxativo sobre a necessidade de se realizar nova consulta/audiência pública:

Caso ocorram modificações nas definições que constarão do processo licitatório de concessão rodoviária que alterem significativamente a concepção apresentada em audiências públicas anteriores, as questões deverão ser submetidas a nova audiência pública.²¹

II.H. Vícios e ilegalidades nos parâmetros para a formulação das propostas de preço

44. O Edital também não apresenta informações claras sobre o “valor mínimo de outorga”, o que compromete a competição e a isonomia na licitação, no ponto em que os licitantes não possuem bases sólidas para a formulação de suas propostas de preço.

45. Especificamente sobre isso, a Coordenadoria de Auditoria em Desestatização do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro já havia recomendando que o Município promovesse a *“compatibilização do valor da outorga mínima em todas suas ocorrências no Edital, em obediência aos princípios do julgamento objetivo e da segurança jurídica; bem como faça incluir, na documentação do certame, justificativa técnica que ampare os valores de outorga mínima definidos no Edital, mediante a utilização do método do fluxo de caixa descontado, com fulcro nas boas práticas na modelagem econômica de concessões de ativos públicos”*.

46. O TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO DE JANEIRO é muito claro sobre a necessidade de se definir adequadamente o objeto e a formação do preço no edital de licitação:

²¹ TCU, DES. 033.634/2015-7, Rel. Augusto Nardes, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 20.04.2016, Acórdão 943/2016.

[...] 3- Adote medidas com vistas à realização de novo certame para os serviços objeto da referida contratação, evitando-se assim a celebração de contratos emergenciais, em especial as seguintes:

i. **Incluir, para fins de estimativa orçamentária, ORÇAMENTO detalhado do custo global, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados, conforme definido na alínea f do inciso IX do art. 6º e § 2º do art. 7º da Lei Federal 8.666/93, com a indicação da data de referência (mês/ano), contendo referência a sistema de custos (EMOP, SCO-FGV, SICRO ou SINAPI) ou com apresentação de composições analíticas de formação de preços unitários detalhadas, expondo as descrições, quantificações e preços dos insumos, as respectivas origens, bem como as quantidades de materiais, mão-de-obra, equipamentos, despesas indiretas e/ou quaisquer outros insumos que tenham sido considerados na definição das composições, inclusive a composição analítica da taxa de BDI, discriminando todos os custos indiretos e lucros (ou benefícios);**

ii. Apresentar, junto ao edital, PROJETO BÁSICO ou TERMO DE REFERÊNCIA com nível de precisão adequado, compatível com a unidade dos serviços descritos em planilha orçamentária, para caracterizar e localizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, conforme definido na alínea f do inciso IX do art. 6º e §2º do art. 7º da Lei Federal 8.666/93;²²

47. Apesar da recomendação feita pelo TCE/RJ, não há estudo ou justificativa anexa ao Edital que informe ou explique como se chegou ao valor da outorga no patamar de R\$ 63.107.247,00, especialmente considerando que na licitação anterior o valor de outorga era de R\$ 33 milhões, quase a metade do atualmente previsto. Para além disso, há a previsão do pagamento de uma outorga variável, tornando a licitação extremamente onerosa para os potenciais interessados.

48. A ausência de estudos técnicos sobre o valor da outorga e sobre a outorga variável repercute diretamente na modicidade tarifária, tendo em vista que da forma como está previsto no Edital, não há parâmetros para embasar a proposta das licitantes ou quiçá garantir o cumprimento da obrigação. Não constam nos autos o estudo viabilidade que demonstre economicamente a justificativa para o valor da outorga, o que deve ser revisto pelo Município.

²² TCE-RJ, Processo nº 220.683-4/20, Relator: Conselheiro Rodrigo Melo do Nascimento, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 26/05/2021.

49. Tudo é muito confuso e nebuloso, os dados e informações são incompletos e feito de forma precária, sem o devido zelo com uma concessão de um serviço público tão importante para a população do Município. Sem parâmetros claros e objetivos para a formulação das propostas de preço, os licitantes ficam às escuras e não haverá efetiva competição para a obtenção da proposta mais vantajosa.

II.I. Garantia da proposta: condição de participação na licitação e exigência cumulativa com a comprovação de patrimônio líquido mínimo

50. O item 20.10.3 do Edital requer, como condição de qualificação econômico-financeira, que as licitantes comprovem patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor estimado dos investimentos a serem realizados:

20.10.3 Comprovação de que dispõe, na data de entrega dos envelopes, de **patrimônio líquido igual ou superior a 10 % (dez por cento) do valor estimado dos investimentos**, A Licitante deverá apresentar boa capacidade financeira e expertise na captação de recursos e investimentos conforme demonstra **o item 21.10.4**. Conforme prevê o artigo 31, §2º e 3º, da lei Federal nº 8.666/1993.

51. Contudo, o item possui dois vícios que precisam ser sanados pelo Município: (i) o item 21.10.4 mencionado não existe no edital e, portanto, não há previsão sobre qual valor recairá o percentual de patrimônio líquido a ser comprovado pelas licitantes; e (ii) há a cumulação de comprovação patrimônio líquido no patamar de 10% e garantia das propostas – o que é vedado pelo § 2º do artigo 31 da Lei n. 8.666/1993.

52. Em primeiro lugar, a indicação de item inexistente no edital causa grande insegurança jurídica aos licitantes e afronta o princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Isso porque não há como saber sobre qual valor recairá o percentual de 10% para comprovação de patrimônio líquido. Não se sabe qual o “valor estimado dos investimentos”, pois não há definição desse número no Edital. E, sendo assim, é impossível cumprir a tal requisito.

53. Acredita-se que o “item 21.10.4” se refere, em verdade, ao Edital anterior (Concorrência Pública n. 090/2022), tendo sido mencionado por equívoco neste Edital. Contudo, em sede de licitação as informações não podem ser imprecisas ou presumidas, pois tanto as licitantes quanto a Administração Pública encontram-se estritamente vinculada às normas do Edital. É imprescindível que o Município revise o edital para fazer constar o “valor dos investimentos” e esclareça sobre qual valor se refere o mencionado “item 21.10.4”.

54. O segundo vício trata da cumulação das exigências de patrimônio líquido e à garantia das propostas.

55. Apesar de não constar na mesma seção dedicada à qualificação econômico-financeira, o Capítulo IV do Edital está denominado como “**GARANTIA DE PROPOSTA**, PROPOSTA COMERCIAL E DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO” e na prática os itens 1.2.21, 1.2.40, 23.1, 23.3, 23.4 e 24.1 exigem que as licitantes entreguem a garantia da proposta:

23.3 Em seguida, a COMISSÃO DE LICITAÇÃO promoverá a abertura do **VOLUME 1, contendo as GARANTIAS DE PROPOSTA**, quando então será verificada a sua conformidade às exigências estabelecidas neste EDITAL.

23.4 A COMISSÃO DE LICITAÇÃO analisará a regularidade e efetividade das **GARANTIAS DE PROPOSTA apresentadas**, e decidirá a respeito da aptidão das LICITANTES.

56. O TCE/RJ já havia determinado que o Município apresentasse justificativa para a concomitância das exigências. Colhe-se da análise técnica realizada:

Entretanto, quanto ao terceiro requisito, é notável que não consta nos autos justificativa para a exigência cumulativa de capital social mínimo e garantia de proposta, em consonância com a peça inicial oferecida pelo representante. Isso porque tal exigência agrava os encargos suportados pelas licitantes para participar da licitação, o que, segundo a doutrina majoritária, exige a indicação, nos autos, dos pressupostos de fato e de direito da decisão administrativa. (...) Dessa forma, é imperioso que se **gere determinação ao Jurisdicionado para que faça constar, nos autos do processo administrativo de contratação, os pressupostos de fato e de direito que justifiquem as exigências cumulativas de garantia de proposta e de patrimônio líquido mínimo, ou, alternativamente, promova a exclusão de uma das exigências, com fulcro no artigo 31, §2º, da Lei Federal n.º 8.666/1993.**

57. A jurisprudência, inclusive, há muito tempo reconhece a ilegalidade dessa exigência cumulativa. A Súmula nº 275 do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO é ilustrativa:

Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços

58. Entretanto, verifica-se que apesar de publicado novo Edital, não há no processo administrativo ou no termo de referência quaisquer justificativas para tal exigência, o que perpetua a ilegalidade anteriormente apontada pelo Tribunal de Contas do Rio de Janeiro.

II.J. Erros de elaboração que impedem a correta compreensão do Edital

59. Além dos vícios materiais apontados, nota-se que o Edital conta com diversas incongruências formais e de formatação que atrapalham e inviabilizam sua correta compreensão. Há palavras juntas, sem o devido espaçamento, e informações que estão marcadas como “incluir”, ou seja, os documentos não são completos. A correção desses itens é essencial para que, em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, haja a correta formulação das propostas.

60. Caso não haja uma revisão integral do Edital haverá um sério prejuízo à higidez e competitividade do certame. O entendimento do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO é no seguinte sentido:

Assim, acolho o entendimento da unidade instrutiva de que **o gestor médio, responsável por presidir licitações no âmbito da administração pública, ciente de exigências restritivas no edital do certame, deveria proceder à revisão criteriosa desses aspectos, ainda que eventual impugnação oferecida contra o ato convocatório não lograsse êxito na superação das exigências formais para conhecimento.** No presente caso, não foi essa a conduta da Sra. Damaris de Jesus Santos, que seguiu adiante com a contratação defeituosa, deixando, portanto, de adotar qualquer providência corretiva no edital.²³

²³ TCU. Acórdão n. 7289/2022. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Órgão Julgador: Plenário. Julgado em 11/10/2022.

61. Diante disso, é imprescindível que haja a reanálise do Edital tanto no aspecto material, quanto formal, fazendo sanar quaisquer exigências incongruentes ou incompreensíveis.

III. PEDIDOS

62. Pelo exposto, requer-se o acolhimento desta Impugnação, para o efeito de:

62.1. Suspender a licitação, em respeito à decisão do TCE/RJ no Processo n. 250.795-3/2022. A inobservância da decisão da Corte de Contas pode ensejar a responsabilização dos agentes públicos envolvidos e a configuração de ato de improbidade administrativa e crime de desobediência;

62.2. Subsidiariamente, a alteração do Edital nos termos apresentados nesta Impugnação. Considerando que as alterações afetarão os critérios de formulação das propostas, requer-se a republicação do Edital, conforme prescrito pelo § 4º do artigo 21 da Lei n. 8.666/1993, após regular audiência e consulta pública (artigo 39 da Lei n. 8.666/1993 c/c inciso V do artigo 11 da Lei n. 11.445/2007).

Pede deferimento.

Florianópolis (SC), 10 de outubro de 2023.

JOEL DE MENEZES NIEBUHR
OAB/SC 12.639

CAUÊ VECCHIA LUZIA
OAB/SC 20.219

RODRIGO AUGUSTO LAZZARI LAHOZ
OAB/SC 46.133

MARCELA FELÍCIO
OAB/SC 35.529

FERNANDA SENNA
OAB/SC 58.695