

**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 15/12/2023, 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 foi republicado após a apresentação de impugnações pelas licitantes. Contudo, os equívocos permanecem quanto às partes essenciais da concessão. Repisa-se que 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. A republicação do Edital, ainda que alguns vícios tenham sido suprimidos, ainda afronta a decisão do TCE/RJ.

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

7. A manutenção da sessão marcada para dia 15/12/2023 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).

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

8. 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, ainda que após sua republicação.

9. 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. 8.987/1995⁶. Na versão anterior do Edital da Concorrência Pública n. 040/2023 havia um capítulo dedicado aos serviços complementares, determinando que caberia à concessionária regular tais serviços, a determinação era equivocada, conforme já alertado à Municipalidade. Contudo, nessa nova versão do Edital, não há previsão sobre os serviços complementares. O capítulo 25 do Anexo VII – Estrutura Tarifária ao invés de ser reestruturado, foi suprimido.

10. Ainda, no que tange às receitas complementares, a Cláusula 26.13.1 do Contrato⁷ (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.

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.

⁶ 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;

⁷ 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 [...].

11. 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.

12. 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. 8.987/1995⁸.

13. 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.

14. 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;

⁸ 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.

- 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.

15. 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.

16. Malcontente, o Edital prevê a **contratação de empresa particular como “Verificador Independente” pela agência reguladora (AGENERSA – Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro) para auxiliar nas atividades de regulação, nos termos da cláusula 25 do Anexo I – Minuta do Contrato**. 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 Pública⁹.

17. A versão mais recente do Edital torna a exigência ainda mais descabida eis que o item 1.4 do Anexo VI determina que a própria agência reguladora poderá exercer a função de verificador independente, o que esvazia seu sentido. Se o intuito do verificador independente é justamente avaliar o desempenho e o cumprimento das metas de maneira isenta, esse papel não pode ser desempenhado pela própria agência reguladora.

18. Somado a isso, o item 20.4.2 prevê que será cobrada taxa de regulação de 0,5% da receita líquida da concessionária. Contudo, a Lei n. 4556/2005 que cria a AGENERSA determina que a taxa de regulação deverá recair sobre o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelas concessionárias, nos termos de seu artigo 19¹⁰. Essa incompatibilidade entre a Lei e o Edital, além de causar insegurança jurídica, impacta

⁹ 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.

¹⁰ Art. 19 - A Taxa de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos será recolhida diretamente pelo Concessionário ou Permissionário aos cofres do Fundo de Regulação de Serviços Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro, criado pela Lei de Criação da AGETRANSP, na área de energia ou saneamento básico, cuja alíquota será 0,5% (meio por cento) sobre o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelo Concessionário ou Permissionário, nas atividades sujeitas à regulação da AGENERSA, nos termos do art. 2º desta Lei, excluídos os tributos sobre elas incidentes.

diretamente a formulação das propostas. Inclusive, cabe mencionar que o item 20.4.2 do Edital sequer menciona o dispositivo de Lei correto.

19. 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.

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

20. 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 Município¹¹. No Edital da Concorrência Pública n. 090/2022 não foi indicado qualquer quantitativo, sendo que tal fato se repetiu na presente licitação, mesmo após sua republicação, o que impede a aferição da capacidade técnica dos licitantes, em afronta ao inciso II do artigo 30 da Lei n. 8.666/1993¹².

21. 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:

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.

¹¹ Vide decisão da Conselheira Andrea Siqueira Martins no Processo n. 243.387-2/19, fls. 881-891.

¹² 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;

[...] “(...) 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.”¹³

22. 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.

23. 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.

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

24. 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.**

¹³ TJRJ, AI n. 00611212920208190000, Relator: Desembargador Murilo André Kieling Cardona Pereira, Decisão de 04/12/2020.

25. 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 edital¹⁴.

26. 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).

27. Na última versão do Edital, afirma-se que houve consulta pública no dia 13/10/2022 a 18/07/2022. O que não guarda nenhuma coerência lógica, tendo em vista que a data de início é posterior a data final da consulta.

28. 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?

29. 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. Inclusive, quanto às metas, critério de julgamento e valor da outorga.

30. 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

¹⁴ 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.

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 R\$ 63 milhões e agora 53 milhões, impactando diretamente na modicidade tarifária.

31. 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.¹⁵

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

32. O Edital também não apresenta informações claras sobre a composição do “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.

33. 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”*.

34. 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:

¹⁵ 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;¹⁶

35. 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\$ 53.593.202,10 especialmente considerando que antes da republicação o valor de outorga era de R\$ 63 milhões, e no Edital n. 090/2022 o valor era de R\$ 33 milhões, quase a metade do agora previsto. Para além disso, há a previsão do pagamento de uma outorga variável, tornando a licitação extremamente onerosa para os potenciais interessados.

36. 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.

¹⁶ TCE-RJ, Processo nº 220.683-4/20, Relator: Conselheiro Rodrigo Melo do Nascimento, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 26/05/2021.

37. Esclarece-se que o objetivo é apresentar proposta condizente com aquilo esperado pela municipalidade, especialmente no que diz respeito ao equilíbrio econômico-financeiro pretendido. Os editais publicados até o presente momento são confusos e nebulosos, os dados e informações são incompletos e feitos 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.F. Garantia da proposta: condição de participação na licitação e exigência cumulativa com a comprovação de patrimônio líquido mínimo

38. O item 19.2 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:

19.2. As empresas ou consórcios participantes do certame, deverão apresentar **patrimônio líquido de 10% do valor da outorga fixa estipulada neste edital em R\$ 53.593.202,10 (cinquenta e três milhões quinhentos e noventa e três mil duzentos e dois reais e dez centavos)**. 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.

39. Contudo, a cumulação de comprovação patrimônio líquido no patamar de 10% e garantia das propostas é vedado pelo § 2º do artigo 31 da Lei n. 8.666/1993. Conforme o item 19.1 e 19.3 do Edital:

19.1. Cada LICITANTE deverá, para cobertura das obrigações previstas no presente EDITAL, e nos termos do artigo 31, inc. III, da Lei federal nº 8.666/1993, **prestar GARANTIA DE PROPOSTA.(...)**

19.3. A **GARANTIA DA PROPOSTA poderá ser prestada em qualquer uma das seguintes modalidades:**

19.3.1. Caução em dinheiro, na moeda corrente do País;

19.3.2. Caução em títulos da dívida pública, nos termos do item 20.5;

19.3.3. Seguro-garantia, nos termos do item 20.6; ou

19.3.4. Fiança bancária, nos termos do item 20.7.

19.4. A GARANTIA DE PROPOSTA, na modalidade escolhida pela LICITANTE, deverá obrigatoriamente ser apresentada em sua via física original ou eletrônica

com certificação digital e ser entregue à COMISSÃO DE LICITAÇÃO no VOLUME 1, na DATA DE ENTREGA DOS VOLUMES.

40. 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.**

41. 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

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

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

43. Da leitura do Anexo I do Edital n. 040/2023, nota-se que há diversas incongruências ao que pretende o Município com a concessão dos serviços de saneamento. A minuta do contrato, em diversas passagens, refere-se a condições inexistentes no Município.

44. Por exemplo, o item 29.3.1 do Anexo I menciona que não serão calculadas no ITS as economias beneficiárias de tarifa social de usuários em aglomerado de favelas no Município do Rio de Janeiro, o que é totalmente incongruente com a presente licitação.

45. A minuta do contrato em seu item 29.8 vincula o Estado do Rio de Janeiro como interventora na concessão, sem que haja qualquer justificativa para isso. Inclusive, dá ao Estado o poder de se manifestar em relação ao cálculo da tarifas, retirando a autonomia da municipalidade. Colhe-se do item 29.11.5 do Anexo I:

29.11.5. não acolhida eventual oposição por parte da CONCESSIONÁRIA ou do ESTADO, os valores indicados no subitem i desta subcláusula representará o valor definitivo das TARIFAS e TARIFAS EFETIVAS.

46. 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.¹⁷

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

II.H. Incompatibilidade do modelo econômico-financeiro adotado pelo Edital

48. Em uma análise atenta dos critérios adotados pelo Edital em seu Anexo XI, nota-se que há diversas inconsistências no modelo econômico-financeiro adotado. Pontualmente, destaca-se:

¹⁷ TCU. Acórdão n. 7289/2022. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Órgão Julgador: Plenário. Julgado em 11/10/2022.

- **Vazão de água:** quanto ao consumo, os valores projetados não são coerentes ao índice de disponibilidade do serviço (IDSA) estipulado no Anexo IV – Indicadores de Desempenho. A partida da modelagem deve considerar a cobertura de 90% do serviço; quanto às perdas, os valores constantes dessa projeção não são coerentes ao índice de disponibilidade do serviço (IDSA) estipulado no Anexo IV – Indicadores de Desempenho. A partida da modelagem deve considerar a cobertura de 90% do serviço; quanto à economia total de água, o número apresentado não é o mesmo que aquele constante na aba “POPULAÇÃO”, na coluna G “ECONOMIAS” do mesmo anexo 11. Na aba de “POPULAÇÃO” o valor é superior.
- **Vazão de esgoto e área bacia:** não foram disponibilizadas a dimensão física dessas bacias.
- **Lodo esgoto:** apesar das porcentagens serem coerentes ao Anexo IV, os anos calendários não serão concretizados, e diante disso necessitam de ajuste e de expansão da projeção.
- **Lodo esgoto e produto químico esgoto:** consta que a tecnologia adotada para a estimativa de geração de lodo é “lodos ativados com aeração prolongada”, porém no Anexo VII – Estrutura Tarifária, as tecnologias apresentadas das ETES não são as mesmas da considerada no Anexo XI. Diante disso, a modelagem desse item não condiz com a realidade do sistema.
- **Investimentos:** considerando que o Edital prevê: outorga fixa de R\$53.593.202,10 e outorga variável de 5% da receita. Na aba de investimentos deveria constar apenas os 53 milhões distribuídos até o ano 4 conforme instrução de parcelamento do edital, sendo que o valor que consta nessa aba equivale a 5% da receita distribuído nos 35 anos, o que de fato se aplica à outorga variável, a qual foi apresentada na aba “DRE” como despesa e não como investimento. Ainda que se considere que naquela coluna devesse constar a soma das outorgas fixa e variável, o valor também não está correto como consta na coluna N, uma vez que é o resultado único dos 5% que é outorga variável.

- **Demonstrativos de resultado:** a outorga fixa será paga em 5 parcelas, e a outorga variável será paga mensalmente, porém somente a partir do ano 2. Verificando a soma da linha 19, resulta em R\$71.457.602,80, o que equivale a 5% da receita projetada em cada ano, porém, não deveria constar no primeiro ano. Os investimentos na linha 30 somam somente os dados de CAPEX, portanto, não corresponde à soma da outorga fixa, a qual não foi considerada na planilha disponibilizada pela Municipalidade.

III. PEDIDOS

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

49.1 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;

49.2 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), 12 de dezembro 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

FERNANDA SENNA
OAB/SC 58.695