

**MENEZES
NIEBUHR**

SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

Impugnação ao Edital

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

Concorrência Pública n. 090/2022

Processo Administrativo n. 4.122/2021

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 faleconosco@conasa.com, 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. 090/2022, 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 anos, por meio da exploração das infraestruturas integrantes do sistema”*. A abertura da licitação foi designada para o dia 05/01/2023, às 09h30min.

2. A presente licitação sucede 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 nos autos do Processo n. 243.387-2/19 (submissão voluntária do edital pelo Município) e das Representações n. 243.862-2/19 (formulada pela Impugnante) e n. 244.007-1/19 (formulada pela empresa Saneamento Ambiental Águas do Brasil S/A).

3. Naqueles processos, o Tribunal de Contas do Estado se debruçou à fundo sobre o Edital da Concorrência Pública n. 056/2019 e determinou uma série de alterações que deveriam ser providenciadas pelo Município atinentes ao critério de julgamento, aos atestados de capacidade técnica e exigências de qualificação econômico-financeira, entre outros aspectos.

4. Da leitura do Edital da Concorrência Pública n. 090/2022, observa-se que o Município comete os mesmos equívocos, 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

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

5. Os serviços públicos de saneamento básico são, sem sombra de dúvida, um serviço essencial e que promovem direitos fundamentais como o da saúde e do meio ambiente. Historicamente, a universalização dos serviços de saneamento básico no Brasil é um grande desafio para os Municípios. Por serem serviços tecnicamente complexos e sensíveis, que dependem de diversas obras e de uma grande infraestrutura de redes, captação de água e tratamento de esgoto, é necessário um expressivo volume de investimentos para a implementação de sua infraestrutura.

6. Por anos, os Municípios se socorreram das companhias estaduais de saneamento para a prestação desses serviços, que possuíam poucos recursos para a ampliação da infraestrutura. A partir da edição da Lei n. 11.445/2007 e, mais recentemente, da Lei n. 14.026/2020, que compõem o Marco Regulatório do Saneamento Básico, abriu-se de vez o setor de saneamento para a iniciativa privada por meio de contratos de concessão por entender que ela tem maior capacidade de investimento do que as companhias estaduais.

7. Para dar segurança jurídica à iniciativa privada e garantir que os serviços sejam de fato universalizados, a legislação determinou que são cláusulas obrigatórias dos contratos de concessão as metas de universalização e indicadores de desempenho, os investimentos a serem realizados e a política tarifária, com a cobrança de tarifas e receitas complementares que asseguram o equilíbrio econômico-financeiro, bem como as normas de regulação. Transcreve-se os artigos 10-A e 11 da Lei n. 11.445/2007:

Art. 10-A. **Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade,** as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

I - metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados;

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável;

III - metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato; e

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária.

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

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

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

V - a existência de metas e cronograma de universalização dos serviços de saneamento básico.

8. Pondera-se que tais questões são essenciais para que se possa formular propostas em licitação de concessão de serviços públicos. Os licitantes precisam ter acesso a tais informações para terem condições de calcular os seus custos e definirem as suas propostas. Ora, não há como formular proposta sem saber previamente o que lhe será exigido (metas) e como será a contrapartida que lhe será devida (estrutura tarifária).

9. De mais a mais, não seria aceitável, sob a ótica do interesse público, que o licitante ou futuro concessionário pudesse escolher e decidir em sua proposta sobre os tais aspectos. Por exemplo, não cabe ao licitante escolher qual o índice de qualidade da água que deve ser utilizado. Essa, evidentemente, é uma questão que precisa ser posta no edital, esclarecida para todos os licitantes, porque impacta diretamente nos investimentos e custos. Índices mais elevados demandam serviços com mais qualidade e mais investimento. O licitante, se tal aspecto permanecer em aberto, pode optar por prestar serviço de pior qualidade para ter mais fôlego para oferecer outorga ao Município. Ou seja, o Município faz caixa e a população é desassistida – essa parece ser a lógica desse Edital.

10. As mencionadas cláusulas são fundamentais para conceder segurança jurídica aos contratos de concessão, que são firmados por longo prazo e demandam investimentos robustos por parte do concessionário. De um lado, o particular tem ciência exata das condições de prestação dos serviços, as obrigações e metas a serem cumpridas e como será remunerado; de outro, assegura-se ao poder concedente e, em especial, à população, que o serviço será prestado com eficiência, atendendo ao interesse público.

11. Em caso envolvendo licitação do Detran-RJ para a contratação de solução de tecnologia da informação para atendimento aos usuários, o TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO DE JANEIRO demandou a alteração de edital que não dispunha de obrigações claras e precisas:

II - Pela COMUNICAÇÃO ao atual Presidente do Departamento de Trânsito do Estado do Rio de Janeiro (Detran-RJ) [...] adote as seguintes providências:

[...] 3. **Encaminhe cronograma físico-financeiro com definição clara dos produtos esperados ao final de cada fase de execução do objeto;**

4. Encaminhe as planilhas orçamentárias do Edital que expressem a composição de todos os seus custos unitários, de acordo com o disposto no art. 7º, § 2º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93, atendendo aos itens a seguir:

[...] b. **Detalhe a composição de todos os custos e quantitativos unitários**

atinentes ao Edital em exame, incluindo os valores da mão de obra, dos equipamentos e das respectivas instalações e configurações;

[...] 5. Encaminhe o levantamento realizado para a definição dos quantitativos previstos no Projeto Básico, demonstrando as técnicas de estimação, de acordo com o que determina o art. 15, § 7º, inciso II, da Lei Federal nº 8.666/93;

[...] **10. Faça constar no Edital os locais previstos para instalação dos terminais de autoatendimento, de forma a atender ao disposto no art. 3º, inciso II, da Lei Federal nº 10.520/02;**¹

12. Com esse espírito, chama muito a atenção que **o Edital não prescreve as metas de desempenho**, informação absolutamente essencial, contrariando disposição expressa dos artigos 10-A e 11 da Lei n. 11.445/2007, além do inciso III do artigo 23 da Lei n. 8.987/1995². O Anexo IV do Edital não apresenta quais são as metas de indicadores de desempenho que a Concessionária deve atender a cada ano da concessão – apresenta tão somente um quadro em branco, sem as metas efetivas a serem cumpridas ano a ano:

Apêndice I – Meta Anual dos Indicadores de Desempenho (modelo)

Indicador	
1	IDSA - Indicador de Disponibilidade do Sistema de Água
2	IDSE - Indicador de Disponibilidade do Sistema de Esgoto
3	IQA - Indicador da Qualidade de Água
4	ICA - Indicador de Continuidade do Abastecimento
5	IP - Indicador de Perdas na Distribuição
6	IAM - Indicador de Atualização da Micromedicação
7	ITE - Indicador de Tratamento de Esgoto
8	IETE - Indicador de Eficiência no Tratamento de Esgoto
9	ICE – Indicador De Continuidade Do escoamento De Esgoto
10	IRR – Indicador de Eficiência para Reparos nas Redes e Ramais de Água e Esgoto
11	ISU - Indicador de Satisfação do Usuário

Meta anual dos indicadores de desempenho

Ano	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18
IQA																		
ICA																		
IP																		
IAM																		
ITE																		
IETE																		
ICE																		
IRR																		
ISU																		

¹ TCE-RJ, Processo nº 101.436-2/18, Relator: Conselheiro Rodrigo Melo do Nascimento, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 08/05/2018.

² Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...] III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

13. A ausência de metas de desempenho é ainda mais grave porque haverá redução da tarifa em caso do não atendimento dos indicadores (Cláusula 26.1.4 do Contrato – Anexo I³), porém os licitantes não sabem quais são essas metas a serem cumpridas, o que caracteriza insegurança jurídica e prejudica a formulação das propostas.

14. O **Edital também não apresenta estrutura tarifária e relação de serviços complementares**, em afronta ao artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007 e ao inciso VI do artigo 18 e ao inciso IV do artigo 23 da Lei n. 8.987/1995⁴. 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.

15. Ainda, no que tange às receitas complementares, a Cláusula 26.13.1 do Contrato⁵ (Anexo I) prevê **a repartição das receitas adicionais (complementares) obtidas pela Concessionária com o Município, sem qualquer justificativa para tanto.** Mais uma vez, 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.

³ 26.1.4. Para fins de remuneração da CONCESSIONÁRIA, da RECEITA TARIFÁRIA arrecadada serão descontados valores decorrentes da aplicação dos INDICADORES DE DESEMPENHO, sendo que a receita efetivamente percebida pela CONCESSIONÁRIA será aquela composta pelas TARIFAS EFETIVAS, nos termos da cláusula 26 deste CONTRATO.

⁴ 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 critério e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

⁵ 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 [...].

16. 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. 8.987/1995⁶.

17. Outro vício básico do Edital diz respeito a uma **suposta “outorga variável”, mencionada de passagem nas Cláusulas 32.8.2 e 39.2.5 do Contrato**⁷ (Anexo I). O Anexo IX do Edital menciona também que a Concessionária deve possuir conta bancária para a “outorga variável”. No entanto, não há qualquer especificação sobre o que significa a “outorga variável”, qual é o seu valor, como será calculada e qual a justificativa para sua existência. Nem mesmo a Cláusula 8 do Contrato, que trata da outorga em si, cita a sua existência, tratando somente da outorga paga no ato da assinatura do contrato e após a emissão do termo de transferência do sistema.

18. Os defeitos técnicos gravíssimos do Edital desembocam e batem forte na atividade de regulação, que é ponto absolutamente fundamental em qualquer concessão de saneamento básico. Veja-se que a Lei n. 11.445/2007 (com a alteração promovida pela Lei n. 14.026/2020) dedicou um capítulo específico para falar da regulação dos serviços diante da complexidade técnica dos serviços de saneamento básico e da necessidade de se realizar diversos investimentos em curto e médio prazo para a sua universalização.

19. Segundo o artigo 22 da Lei n. 11.445/2007, 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:

⁶ 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.

⁷ 32.8. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO será implementada preferencialmente mediante a revisão das TARIFAS [...] quando for o caso [...]: 32.8.2. alteração do percentual de OUTORGA VARIÁVEL;

39.2. A caducidade da CONCESSÃO [...] poderá ser declarada quando [...] 39.2.5. no caso de inadimplemento do pagamento do valor da OUTORGA FIXA e da OUTORGA VARIÁVEL [...].

Art. 22. São objetivos da regulação:

I - estabelecer padrões e normas para a adequada prestação e a expansão da qualidade dos serviços e para a satisfação dos usuários, com observação das normas de referência editadas pela ANA;

II - garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas nos contratos de prestação de serviços e nos planos municipais ou de prestação regionalizada de saneamento básico;

III - prevenir e reprimir o abuso do poder econômico, ressalvada a competência dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência;

IV - definir tarifas que assegurem tanto o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos quanto a modicidade tarifária, por mecanismos que gerem eficiência e eficácia dos serviços e que permitam o compartilhamento dos ganhos de produtividade com os usuários.

20. Inclusive, 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.

21. 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 nº 11.445/2007.

22. 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 Pública⁸.

23. Além disso, a Cláusula 25.7 do Contrato⁹ (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.

24. Também há a previsão de taxa de regulação em montante excessivo, correspondente a 4,2% da receita corrente líquida da Concessionária, conforme Cláusula 20.7 do Contrato (Anexo I)¹⁰. O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO já havia questionado o Município sobre tal montante na Concorrência Pública n. 056/2019, exigindo que ele informasse “a metodologia de cálculo empreendido para fixação do valor da taxa de regulação (4% do valor bruto mensal faturado)”¹¹.

⁸ 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.

⁹ 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.

¹⁰ 20.7. Durante todo o prazo de CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA recolherá mensalmente à AGÊNCIA REGULADORA a taxa de regulação, controle e fiscalização dos serviços públicos concedidos, permitidos ou autorizados, em valor correspondente a 4,2% (quatro vírgula dois pontos percentuais) da receita corrente líquida da CONCESSIONÁRIA do mês anterior, conforme estabelecido na Lei Municipal nº3.523 de 04 de novembro de 2013.

¹¹ TCE-RJ, Processo n. 243.387-2/19, Relatora: Conselheira Andrea Siqueira Martins, fls. 720-733.

25. **O Município não informou o embasamento deste percentual para a Concorrência Pública n. 090/2022 e ele destoa da prática de mercado – veja-se que a Agência Reguladora dos Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro (ARSERJ) cobra taxa de regulação de 0,5% das receitas auferidas pelas concessionárias, segundo o § 2º do artigo 65 da Lei Estadual n. 9.841/2022**¹².

26. Por derradeiro, ligando-se aos demais argumentos, o item 8 do Edital afirma que existem dados, estudos, materiais e informações publicados pelo Município em seu site sobre o objeto da concessão que *“possuem caráter meramente informativo e referencial”* e que cabe aos licitantes *“a responsabilidade de promover a análise completa de todas as condições e informações necessárias para a apresentação das respectivas propostas comerciais”*.

27. O problema é que o Município não especifica que dados, estudos, materiais e informações são estes. Por óbvio, caso elas sejam pertinentes ou possam afetar a formulação das propostas, deveriam constar obrigatoriamente do Edital, em atenção ao dever de definição precisa do objeto licitado (inciso IX do artigo 6º, § 4º do artigo 7º e incisos I e II do § 2º do artigo 40 da Lei n. 8.666/1993), sendo descabido que os licitantes realizem estudos próprios para a definição do objeto licitado ou que tenham que procurar e descobrir, por sua conta, documentos públicos atinentes à concessão. Viola-se, com contundência, os princípios da publicidade e da transparência.

28. O Edital da Concorrência Pública n. 090/2022 possui inúmeras falhas e vícios que comprometem o seu caráter competitivo, frustram o atendimento ao interesse público e que permitem a manipulação da licitação. O processo como um todo é frágil, não estão presentes as principais cláusulas exigidas pela Lei n. 11.445/2007 e pela Lei n. 8.987/1995. Em essência, a ausência dessas cláusulas, que envolvem aspectos básicos e fundamentais, compromete a segurança jurídica de um contrato complexo e de longo prazo, de elevado valor e que diz respeito à prestação de serviço público essencial.

¹² Art. 65. [...] § 2º A Taxa de Regulação dos Serviços Concedidos, Permitidos e Autorizados será devida à alíquota será 0,5 (meio por cento) sobre o somatório das receitas das tarifas e preços auferidos mensalmente pela concessionária, permissionária ou autorizatária decorrentes dos serviços a que se refere o artigo 4º desta Lei.

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

29. O item 21.11.3 do Edital exige que os licitantes apresentem atestados de capacidade técnica comprovando experiência tão somente na operação de sistemas de abastecimento de água, não exigindo experiência prévia na operação de sistemas de esgotamento sanitário, parcela relevantíssima do objeto licitado. Por outro lado, o Edital exige atestados de capacidade técnica específicos 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:

21.11.3. 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:

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

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

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

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

30. Tal aspecto já foi inclusive objeto de deliberação pelo TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO DE JANEIRO no Processo n. 243.387-2/19. Em decisão de 20/07/2020, determinou-se ao Município que *“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)”*. O Município não obedeceu a tal comando para a presente licitação.

31. 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 licitado¹³. A jurisprudência do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO é no mesmo sentido:

¹³ Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

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.**¹⁴

32. MARÇAL JUSTEN FILHO é bastante assertivo e direto:

[...] § 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 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.

¹⁴ TJRJ, Apelação Cível nº 00013227020188190050, Relator: Desembargador Eduardo Gusmão Alves de Brito Neto, Órgão Julgador: Décima Sexta Câmara Cível, Julgado em 21/07/2020.

Significa que será inválido exigir experiência anterior sem identificar as parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo? A resposta é positiva, tal como se evidencia da redação do § 2º, do art. 30. Assim se passa porque, se a Administração ignorar os aspectos de maior relevância técnica e de valor significativo, não disporá de condições lógicas para delinear os requisitos de experiência anterior.¹⁵

33. O serviço de esgotamento sanitário, sem dúvida alguma, 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.

34. 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.

35. 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.

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 592.

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.

C. Ausência de quantitativos mínimos

36. Ao analisar o Edital da Concorrência Pública n. 056/2019, o TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO DE JANEIRO identificou que os quantitativos mínimos eram desproporcionais e exigiu esclarecimentos por parte do Município¹⁷. O Município, na nova licitação, resolveu inovar e não apresentou qualquer quantitativo mínimo, o que inviabiliza a análise das propostas e contraria o inciso II do artigo 30 da Lei n. 8.666/1993¹⁸.

37. 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.**

[...] "(...) **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

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;

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

38. 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.

39. 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.

40. Ao fim e ao cabo, a ausência de quantitativos mínimos impede a aferição da qualificação técnica dos licitantes. A capacidade de atendimento e a dimensão dos sistemas e dos serviços realizados são essenciais para distinguir os licitantes e evidenciar quem realmente tem capacidade para gerir o sistema de água e implantar o sistema de esgoto no Município de Santo Antônio de Pádua. Insista-se que sem a indicação de quantitativos mínimos, os espaços para julgamentos subjetivos são enormes e, por conseguinte, para a manipulação e direcionamento.

D. Ilegalidade da forma de julgamento descrita no Edital

41. O critério de julgamento da licitação já foi um aspecto problemático da Concorrência Pública n. 056/2019, quando se adotou o critério técnica e preço, com pesos desproporcionais entre técnica (70%) e preço (30%). O TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO DE JANEIRO, como não podia deixar de ser, reconheceu que o critério adotado pelo Município colocou *“em risco a seleção de proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública (economicidade) e para o interesse público (modicidade tarifária)”*²⁰. A ilegalidade persiste, agora com outra roupagem.

²⁰ TCE-RJ, Processo n. 243.387-2/19, Relatora: Conselheira Andrea Siqueira Martins, fls. 1.138-1.156.

42. O item 5 do Edital dispõe que o critério de julgamento adotado pelo Edital é a combinação entre os critérios de menor valor de tarifa e maior valor da outorga. As propostas comerciais deverão observar, inicialmente, um limite máximo de desconto de 20% sobre o valor da “tarifa de referência” (prevista no Anexo VII do Edital) e um valor mínimo de outorga (itens 5.1.1 e 5.1.2 do Edital²¹).

43. 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.

44. A doutrina de MARÇAL JUSTEN FILHO é muito clara:

A combinação dos incs. I e II exige cautela na fixação de critérios objetivos de comparação das propostas. O edital deverá definir um meio de identificar a proposta economicamente mais vantajosa, o que nem sempre será fácil.

Não será possível solução de cunho simplista, tal como atribuição de maior pontuação para a proposta de menor tarifa e para a de maior oferta, promovendo-se uma média. [...] É extremamente problemático definir o fundamento racional pelo qual uma proposta receberá dez pontos e outra, oito. Já no caso ora examinado, a questão é matemática, numérica. A vantagem econômica tem de ser avaliada em termos objetivos, sem margem para escolhas subjetivas.

Por isso, deverá recorrer-se à matemática financeira para fornecimento de critérios que permitam reconhecer, de modo objetivo, a proposta mais vantajosa. Todos esses critérios deverão constar do edital, como é óbvio.²²

²¹ 5.1.1. O valor mínimo de OUTORGA será de R\$ 31.930.439,75 (Trinta e um milhões, novecentos e trinta mil, quatrocentos e trinta e nove reais e setenta e cinco centavos), o qual deverá ser considerado para a formulação de PROPOSTAS COMERCIAIS ainda que o desconto ofertado sobre o valor da TARIFA DE REFERÊNCIA não iguale o percentual previsto no item 5.1.2.

5.1.2. O limite de desconto que poderá ser assinalado nas PROPOSTAS COMERCIAIS será de 20% (vinte por cento) sobre o valor da TARIFA DE REFERÊNCIA.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 257-258.

45. O Edital da Concorrência Pública n. 090/2022 não combina os 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, segundo dispõe o seu item 25.7:

25.7. Analisadas as PROPOSTAS COMERCIAIS, a COMISSÃO DE LICITAÇÃO as classificará da seguinte forma:

25.7.1. Caso todas as PROPOSTAS COMERCIAIS tenham se limitado ao desconto máximo de 20% (vinte por cento) sobre a TARIFA DE REFERÊNCIA e também não apresentem propostas de OUTORGA superiores ao montante mínimo R\$ 33.775.764,02 (Trinta e três milhões, setecentos e setenta e cinco mil , setecentos e sessenta e quatro reais e dois centavos), **serão classificadas em ordem decrescente dos descontos ofertados nos lances viva voz, figurando como primeira colocada a LICITANTE que ofertar o maior desconto sobre a TARIFA DE REFERÊNCIA.**

25.7.2. Caso as PROPOSTAS COMERCIAIS igualem o limite de desconto tarifário de 20% (vinte por cento) sobre a TARIFA DE REFERÊNCIA, estas serão classificadas em ordem decrescente, **figurando como primeira colocada a PROPOSTA COMERCIAL que ofertar o maior valor de OUTORGA**, aplicando-se, subsidiariamente, o critério definido na subcláusula 26.7.1 para as PROPOSTAS COMERCIAIS que não igualem o limite de desconto tarifário estabelecido.

46. A depender das situações descritas no item 25.7 do Edital, a fase de lances terá como objeto ou a proposta de menor tarifa ou a proposta de maior valor de outorga, conforme definido no item 25.8 do Edital:

25.8. Classificadas as PROPOSTAS COMERCIAIS, a etapa de lances viva-voz entre as LICITANTES será processada da seguinte forma:

25.8.1. **Na hipótese prevista na subcláusula 26.7.1 [rectius, 25.7.1], 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;**

25.8.2. **Na hipótese prevista na subcláusula 27.5.2, participarão da etapa de lances viva-voz apenas as LICITANTES cujas PROPOSTAS COMERCIAIS contenham valores de OUTORGA até 20% (vinte por cento) menor do que a OUTORGA assinalada na PROPOSTA COMERCIAL da LICITANTE classificada em primeiro lugar.**

47. Ao fim e ao cabo, o item 25.12 do Edital não deixa margem para dúvidas da alternância entre os critérios de julgamento de menor tarifa e maior valor de outorga, ao afirmar que será vencedora **“A licitante que ofertar o maior desconto sobre a tarifa de referência ou o maior valor de outorga, conforme o caso”**.

48. É nítido que a forma de julgamento adotada pelo Edital não reflete a combinação dos critérios de julgamento entre o critério de menor preço e o de maior outorga. Não há um critério claro de julgamento das propostas, inexistente fórmula objetiva que permita aferir qual é a proposta mais vantajosa, como exige o § 1º do artigo 15 da Lei n. 8.987/1995.

49. Na realidade, há uma verdadeira alternância entre os critérios de julgamento de menor tarifa e de maior outorga, sendo vencedor o licitante que apresentar ou a menor tarifa ou a maior outorga, conforme cada caso. Há inclusive previsão de fase de lances com base no valor da tarifa ou no valor de outorga, evidenciando que não há a combinação entre critérios, mas a escolha de um em detrimento do outro. A legislação não prevê essa forma de julgamento, de modo que sua aplicação é ilegal.

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

50. O Edital também não apresenta informações claras sobre a “tarifa de referência” e 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.

51. 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:

[...] 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;²³

52. Segundo o item 5.1 do Edital, o valor da tarifa de referência está previsto no seu Anexo VII – Estrutura Tarifária e Tabela de Serviços Complementares. Entretanto, o Anexo VII do Edital não define de forma clara e objetiva qual é a tarifa de referência. O documento indica tão somente a estrutura tarifária vigente no Município, com referência ao mês de dezembro/2021, e cita o volume mínimo considerado para a categoria residencial (15 m³) e para as categoriais comercial e industrial (20 m³):

ANEXO VII
ESTRUTURA TARIFÁRIA ATUAL E SERVIÇOS COMPLEMENTARES

A estrutura tarifária vigente considera os valores previstos no Decreto Municipal nº. 271/2021 de 02 de dezembro de 2021.

Art. 1º - A título de correção monetária da tarifa, fica estabelecida a tarifa abaixo instituída:

Categorias	Consumo (m ³ / mês)	Valor do m ³	Valor Correção índice aplicado pelo TJRJ 23,40%
Residencial	0 a 15	2,12	2,6161
	16 a 30	4,8	5,9237
	31 a 45	6,65	8,2068
	46 a 60	13,2	16,2901
	> 60	17,81	21,9793
Comercial	0 a 20	7,38	9,1077
	21 a 30	13,57	16,7467
	> 30	13,85	17,0923
Industrial	0 a 20	10,43	12,8717
	21 a 30	10,43	12,8717
	31 a 130	12	14,8092
	> 130	12,65	15,6114
Pública	0 a 15	2,91	3,5912
	> 15	6,46	7,9723

Atualmente, o volume mínimo considerado é de 15 m³ de água consumidos por economia residencial e pública e 20 m³ para as categorias industrial e comercial.

²³ TCE-RJ, Processo nº 220.683-4/20, Relator: Conselheiro Rodrigo Melo do Nascimento, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 26/05/2021.

53. A estrutura tarifária apresentada no Edital já está defasada, eis que passaram mais de 12 (doze) meses desde sua publicação, de modo que ela já deveria ter sido reajustada pelo índice previsto. Ou seja, não se sabe se os licitantes devem considerar o valor de dezembro/2021 ou o valor reajustado, que não foi fornecido pelo Município.

54. Além disso, não se sabe se os licitantes devem considerar como “tarifa de referência” o valor atinente à categoria residencial, comercial ou industrial. E, nessa mesma linha, não se sabe se os licitantes devem considerar tão somente o valor unitário do m³ consumido por categoria (R\$ 2,12/m³ para categoria residencial; R\$ 7,38/m³ para categoria comercial; e R\$ 10,43/m³ para categoria industrial) ou o valor corresponde ao consumo mínimo de cada categoria (15m³ para categoria residencial e 20m³ para categoriais comercial e industrial).

55. Como se não bastasse, não está claro qual é o valor mínimo de outorga. Os itens 5.1.1, 5.1.3 e 20.3.1 do Edital afirmam que o valor mínimo da outorga é de R\$ 31.930.439,75, ao passo que o item 25.7.1 do Edital afirma que ele é de R\$ 33.775.764,02, uma divergência significativa e que impacta a formulação das propostas pelos licitantes. Também não há estudo ou justificativa anexa ao Edital que informe como se chegou ao valor da respectiva outorga, seja de R\$ 31 milhões ou de R\$ 33 milhões.

56. 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.

F. O Edital fixa preço mínimo para as propostas

57. Outra ilegalidade do Edital diz respeito à fixação de preço para a apresentação das propostas. Tal prática é vedada pelo inciso X do artigo 40 da Lei n. 8.666/1993, que trata dos itens obrigatórios dos editais de licitação: *“o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência”*.

58. No que tange à tarifa, estabeleceu-se uma faixa de variação, limitando o valor máximo do desconto, o que na prática, equivale à definição de preço mínimo:

5.1.1. O valor mínimo de OUTORGA será de R\$ 31.930.439,75 (Trinta e um milhões, novecentos e trinta mil, quatrocentos e trinta e nove reais e setenta e cinco centavos), o qual deverá ser considerado para a formulação de PROPOSTAS COMERCIAIS ainda que o desconto ofertado sobre o valor da TARIFA DE REFERÊNCIA não iguale o percentual previsto no item 5.1.2.

5.1.2. O limite de desconto que poderá ser assinalado nas PROPOSTAS COMERCIAIS será de 20% (vinte por cento) sobre o valor da TARIFA DE REFERÊNCIA.

59. A jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO é muito clara:

Enunciado: **A fixação de preço mínimo desestimula o oferecimento de propostas economicamente mais vantajosas, o que infringe disposições da Lei de Licitações.**

27. No que respeita ao critério adotado pela Infraero, em outros certames semelhantes, para cálculo da nota referente ao preço, novamente compartilho o entendimento esposado pela unidade técnica, no sentido que o resultado dessa prática foi a fixação de preço mínimo, desestimulando o oferecimento de propostas economicamente mais vantajosas, o que, a meu ver, infringiu o art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, com a redação dada pela Lei 9.648, de 27/05/1998, segundo o qual:

[...] 9.2. determinar à Infraero que: [...] 9.2.2.6. sob pena de afronta ao art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993, abstenha-se de utilizar, para atribuição de nota de preço, qualquer critério que tenha como resultado prático a fixação de preço mínimo, a exemplo do que se deu com a regra contida no subitem 11.5.1 da Fase II das Concorrências 004/DAAG/SBVT/2003 e 005/DAAG/SBRJ/2003;²⁴

Enunciado: **A estipulação de desconto máximo sobre valores determinados em tabela equivale à fixação de preços mínimos, o que é vedado.**

[...] 4. Segundo a Secex/MA, o critério de maior desconto não encontra previsão na lei de licitações e contratos ou na Lei 10.520, de 17/7/2002. Registrou ainda a unidade técnica que esta corte aceita tal critério nos certames destinados à aquisição de jornais, revistas ou passagens aéreas. 5. Com as vênias de estilo por dissentir, não houve inovação jurídica por parte do TCU. Nem mesmo poderia haver, sob pena de extrapolação das competências constitucionais reservadas aos tribunais de contas. **Em meu entendimento, a concessão de desconto sobre determinada tabela leva ao mesmo resultado da fixação de preço mínimo como**

²⁴ TCU, Acórdão n. 1.891/2006, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 11/10/2006.

critério de julgamento, ou seja, em qualquer dos dois casos, a licitação será do tipo menor preço.6. Ademais, por oportuno importa registrar que eventual estipulação de desconto máximo equivalerá à fixação de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993.

9.3. determinar ao Incra/MA que: 9.3.1. nas contratações destinadas à manutenção de veículos em que o menor preço for aferido pelo critério de maior desconto incidente sobre tabelas de preço predefinidas, **abstenha-se de:** [...] 9.3.1.2. **estipular percentuais de desconto máximo, haja vista caracterizar fixação de preços mínimos, o que é vedado pelo art. 40, inciso X, da Lei 8.666/1993;**²⁵

60. Novamente, o Edital afronta a legislação, compromete a competição entre os licitantes e impede a obtenção da proposta mais vantajosa. A fixação de preço mínimo deve ser rechaçada e o Edital alterado neste ponto.

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

61. O item 21.10.3 do Edital requer que as licitantes comprovem como condição de qualificação econômico-financeira possuir patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 26.150.989,10, correspondente a 10% do valor estimado dos investimentos a serem realizados, além de exigir a apresentação de garantia de proposta (item 19 do Edital).

62. Trata-se de situação idêntica à Concorrência Pública n. 056/2019, repudiada pelo TRIBUNAL DE CONTAS DO RIO DE JANEIRO que determinou que o Município optasse “*por exigir (a) subitem 7.5.1 **apresentação de garantia de proposta; ou b) subitem 7.3.f prova de que dispõe de Patrimônio Líquido no mínimo de 10%, para fins de qualificação econômico-financeira da proponente***”²⁶.

²⁵ TCU, Acórdão n. 818/2008, Relator: Ministro Aroldo Cedraz, Órgão Julgador: Segunda Câmara, Julgado em 1º/04/2008.

²⁶ TCE-RJ, Processo n. 243.387-2/19, Relatora: Conselheira Andrea Siqueira Martins, fls. 720-733. Em sentido idêntico: TCE-RJ, Processo nº 233.650-3/18, Relatora: Conselheira Marianna Motebello Willeman.

63. O § 2º do artigo 31 da Lei n. 8.666/1993 não permite a cumulação entre a garantia da proposta e a comprovação de patrimônio líquido mínimo²⁷. A jurisprudência, inclusive, há muito tempo reconhece a ilegalidade dessa exigência cumulativa. A Súmula nº 275 do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO é ilustrativa:

SÚMULA Nº 275/2011: 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

64. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO não destoa ao reconhecer que a Administração Pública pode exigir, como quesito de qualificação econômico-financeira, *“capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo ou ainda prestação de garantias, alternativamente, e não cumulativamente, como previu o Edital”*²⁸.

65. Por argumentação, ainda que se cogite da possibilidade de apresentação cumulativa de garantia da proposta e comprovação de patrimônio líquido mínimo, o que se insiste que é ilegal, o Edital não apresenta qualquer justificativa para tanto, padecendo de vício de motivação e, ao final, inviabilizando a competitividade do certame. Além do mais, todos os outros documentos de qualificação econômico-financeira são suficientes para atestar a capacidade econômica dos licitantes e garantir que os investimentos necessários sejam realizados, o que evidencia a excessividade de tal exigência.

III. PEDIDOS

66. Em face do exposto, requer-se o acolhimento da presente Impugnação, alterando-se o Edital nos pontos elencados.

²⁷ Art. 31. [...] § 2º. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

²⁸ TJRJ, Apelação Cível nº 00253082920118190008, Relator: Desembargador Camilo Ribeiro Ruliere, Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível, Julgado em 07/02/2017.

67. Ademais, considerando que as alterações afetarão os critérios de formulação das propostas, requer o restabelecimento do prazo de apresentação dos envelopes, conforme prescrito pelo § 4º do artigo 21 da Lei n. 8.666/1993.

Pede deferimento.

Florianópolis (SC), 16 de dezembro de 2022.

JOEL DE MENEZES NIEBUHR
OAB/SC 12.639

RODRIGO AUGUSTO LAZZARI LAHOZ

Assinado de forma digital por
RODRIGO AUGUSTO LAZZARI
LAHOZ
Dados: 2022.12.16 12:04:08 -03'00'

RODRIGO AUGUSTO LAZZARI LAHOZ
OAB/SC 46.133

CAUÊ VECCHIA LUZIA
OAB/SC 20.219

FERNANDA SENNA
OAB/SC 58.695