

À

PREFEITURA MUNICIPAL DE EXTREMA

Comissão Especial de Licitação

Avenida Delegado Waldemar Gomes Pinto, 1.624

Bairro Ponte Nova, Extrema – MG, CEP: 37.640-000

EDITAL DE LICITAÇÃO Nº 018/2023

CONCORRÊNCIA PÚBLICA 001/2023

Concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável (SAA) e esgotamento sanitário (SES) do Município de Extrema, Estado de Minas Gerais

CLEAR AMBIENTAL INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda – CNPJ/MF sob o nº 47.644.270/0001-07, com sede na Av. Brigadeiro Faria Lima, nº 1931, 1º andar, na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, CEP 01452-910, neste ato representada por seu representante legal abaixo assinado (“Impugnante”), vem, respeitosamente, com fundamento no disposto no art. 164 da Lei Federal nº 14.133/2021 e no Item 8.6 do Edital, apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

em face das manifestas irregularidades identificadas no Edital da Concorrência nº 018/2023 em epígrafe, pelas razões de fato e de direito a seguir expostas.

I. DA TEMPESTIVIDADE

Cumprido destacar, preliminarmente, que a presente impugnação (“Impugnação”), protocolada perante a Ilma. Comissão Especial de Licitação da Prefeitura Municipal de Extrema é tempestiva, visto que observa o prazo de 03 (três) dias úteis antes da data designada para a

sessão pública (19 de fevereiro de 2024), conforme dispõe o art. 164 da Lei Federal nº 14.133/2021 e o Item 8.6 do Edital.

Ressalta-se que o parágrafo único do art. 164 da Lei Federal nº 14.133/2021 e o Item 8.7 do Edital estabelecem que a Comissão Especial de Licitação deverá julgar a presente Impugnação em até 03 (três) dias úteis, contados da data de seu protocolo, limitado ao último dia útil anterior à data de abertura do certame.

II. DAS IRREGULARIDADES DO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

O Município de Extrema (“Poder Concedente”) publicou o Edital da Concorrência nº 018/2023, Concorrência Pública nº 001/2023, com vistas a selecionar a proposta mais vantajosa para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável (SAA) e esgotamento sanitário (SES) do Município de Extrema, Estado de Minas Gerais (“Edital”), pelo prazo de 35 (trinta e cinco) anos.

Ocorre que foram identificadas irregularidades nas disposições do Edital e seus anexos, a seguir apresentadas, que exigem a correção dos termos do Edital e sua consequente republicação (com reabertura de prazo para entrega das propostas), sob pena de inobservância aos princípios da legalidade, do interesse público, da igualdade, da segurança jurídica e do julgamento objetivo, dentre outros que devem reger os procedimentos licitatórios com vistas a assegurar a contratação da proposta mais vantajosa pela Administração Pública.

Vale ressaltar que o Edital é objeto de denúncias/representações protocoladas perante o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais que contestam inúmeros dispositivos do Edital, nos mais diversos aspectos de seu conteúdo, havendo, inclusive, no âmbito do Processo nº 1144629, a recomendação da Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações – Cfcop, datada de 19 de dezembro de 2023 e ainda não analisada pelo Tribunal, de que os responsáveis pelo Edital se abstenham de contratar até que, uma vez apresentados os esclarecimentos solicitados, sobrevenha uma nova apreciação com relação ao mérito das questões suscitadas nesse relatório por parte deste Tribunal. Isso sem mencionar as ações judiciais já protocoladas pugnando pela suspensão da licitação ora em comento, com destaque para o mandado de segurança impetrado pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais – Copasa.

Diante disso, o processo licitatório ora em comento encontra-se envolto em uma enorme insegurança jurídica quanto ao seu prosseguimento e eventuais questionamentos futuros acerca

de sua regularidade, fato este indiscutivelmente prejudicial à contratação e ao interesse público almejado pelo Poder Concedente, sendo a única medida adequada para o momento a decisão da Administração Pública de suspender a licitação para avaliação das matérias em discussão e republicação do Edital após sanadas as irregularidades apontadas.

a. Do Critério de Julgamento – Técnica e Preço

Nos termos do Item 6.1 do Edital ora impugnado, foi adotado pelo Poder Concedente o seguinte critério de julgamento:

6.1. Esta LICITAÇÃO será julgada pelo critério de melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica, nos termos do artigo 15, V, da Lei Federal nº 8.987/95.

De início, cabe esclarecer que não se está questionando a utilização do critério de julgamento conhecido como “técnica e preço” em licitações para concessão de serviços públicos. A Lei Federal nº 8.987/1995 expressamente prevê esta modalidade como um dos critérios a serem utilizados pela Administração Pública para a delegação de serviços públicos.

No entanto, é de responsabilidade da Administração Pública contratante avaliar de forma detalhada as circunstâncias e características concretas de cada contratação, inclusive considerando o interesse público almejado, com vistas a escolher o critério mais adequado ao objeto a ser licitado, devendo, como parte do respectivo processo administrativo da contratação, apresentar de forma clara e minuciosa sua motivação.

Nessa linha, é pacífico o entendimento de que a escolha do critério de técnica e preço para o julgamento de propostas encontra justificativa, apenas e tão somente, quando constatado pela Administração Pública que a execução do objeto da contratação demanda uma técnica/tecnologia diferenciada (além da convencionalmente utilizada) e que há a possibilidade de os licitantes apresentarem suas propostas com variações técnicas relevantes, o que enseja uma análise das soluções propostas, inclusive para fins de pontuação daquela que se demonstrar mais adequada pelo Poder Público.

Especificamente acerca da utilização do critério de julgamento de técnica e preço em concessões de serviços públicos, assim já se posicionou Egon Bockmann Moreira¹:

¹ MOREIRA, Egon Bockmann. Direito das Concessões de Serviço Público: Concessões, Parcerias, Permissões e Autorizações. p. 98/99

[...] Por outro lado, e quiçá devido a essa neblina cognitiva, o tipo técnica e preço pode gerar ambiente propício para direcionamento de licitações. Basta exigir ou pontuar técnicas que nem todos dominem. Daí a necessidade de tal licitação ser extraordinária, excepcional, “apenas quando os serviços de natureza predominantemente intelectual compreenderem a maior parte do objeto que se pretende contratar”. (TCU, Acórdão nº 3.750/2019-Primeira Câmara, Min. Walton Alencar Rodrigues). O que haverá de ser demonstrado na fundamentação do edital, desde os estudos preliminares. Reitere-se: tais escolhas não são aleatórias nem persistem incólumes ao tempo.

[...]

Essa combinação do aperfeiçoamento da técnica com a indispensável matriz de risco gera significativa repercussão para os atuais certames concessionários. Ou seja, o avanço tecnológico torna escassas as possíveis contribuições puramente intelectuais para cada um dos contratos (haverá casos extraordinários, mais isso deve ser comprovado pelo edital). Se um dia a “melhor técnica” pode ter sido sobranceira como critério, hoje não é mais. Mesmo porque, em contratos com 10, 20 ou 30 anos, tem-se apenas uma certeza: haverá evolução tecnológica (que poderá ser objeto de ganhos de performance compartilhados). Logo, as exigências para a pontuação técnica serão, na maioria dos editais, baseadas em dados que se revelarão precários.

No caso específico do objeto do Edital não se vislumbra uma complexidade das obras e/ou dos serviços a serem executados pela futura concessionária que justifique a escolha pelo Poder Concedente do critério de técnica e preço para julgamento das propostas.

Isso pois, o objeto do Edital é a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, ou seja, serviços que são prestados em todos os municípios brasileiros pelas mais diversas empresas públicas e privadas que atuam em um setor maduro com soluções técnicas já consolidadas.

Não há qualquer especificidade no Município de Extrema que demande alguma técnica ou tecnologia, ou serviço de natureza predominantemente intelectual, para a prestação dos serviços de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário que enseja a necessidade de os licitantes apresentarem soluções diferenciadas e que requeiram uma pontuação a depender de sua adequação.

Nessa linha, destacamos o seguinte entendimento jurisprudencial de que o setor de saneamento básico não possui diferenciais tecnológicos que justificam a adoção do critério de técnica para a seleção da proposta:

Não está em discussão, vale assinalar antes de mais nada, a viabilidade jurídica em tese, de emprego de tal critério conjugado em concessões de serviços públicos.

De fato, o artigo 15, inciso V, da Lei Federal n. 8.987/95 confere abrigo, em termos abstratos, à escolha da representada. Ocorre que isso não implica autorização irrestrita para uso dessa baliza de julgamento em qualquer outorga de serviços que se pretenda, inclusive porque o mesmo diploma prevê outras formas para seleção do adjudicatário do objeto.

Em situações tais, cabe à Administração, no exercício de juízo discricionário, justificar a razão para a opção feita, cuja adequação ou suficiência se sujeita a controle deste Tribunal.

[...]

Nessa perspectiva, nota-se, na esteira da averiguação da Assessoria Técnica, sob o viés de engenharia, a falta de subsunção da lista de possíveis embasamentos declinados pela representada ao disposto em referido arcabouço normativo, confira-se:

[...]

O objeto da presente Concessão (serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário) não depende de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, assim, não é possível a utilização do previsto no art. 46, § 3º da Lei 8.666/93 para justificar o tipo licitatório adotado.

O objeto da concessão, lastreado no Termo de Referência e Plano Municipal de Saneamento Básico, não prevê a necessidade de implantação de novas soluções e/ou grandes ampliações para os sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário ao longo dos 35 anos previstos para o contrato.

O Sistema de Abastecimento de Água utiliza somente água proveniente de poços profundos, sem indicação de necessidade de ampliação do número de poços existentes ao longo do período da concessão, e o município possui rede e trata 100% do esgoto coletado, devendo a futura concessionária manter os índices de esgoto atuais, ou seja, as ampliações no sistema de esgoto serão para atender o crescimento do município.

Entendemos que a Concorrência Pública nº 03/2022 do Município de Brodowski carece de justificativas para adoção de modalidade que privilegia a técnica em detrimento do preço (melhor tarifa), lembrando que a metodologia adotada para pontuação das propostas técnicas e comerciais desvirtuou a ponderação estipulada no Edital. Assim consideramos procedentes as representações no presente quesito e entendemos que o Edital deva ser retificado.

[...]

(Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, TC – 00406.989.23-6, TC- 000457.989.23-4 e TC – 000580.989.23-4, sessão de 01/03/2023)

Tal como a concessão citada no julgado, os serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município de Extrema já se encontram em um nível de desenvolvimento muito acima da média das cidades brasileiras, com uma cobertura de atendimento urbano de água em 2019 de 90,4% e de atendimento parcial do sistema de esgotamento sanitário de 71,6%, conforme informações constantes do Anexo V – Termo de Referência do Edital.

Sendo assim, dada a inexistência de qualquer particularidade técnica que demanda o uso de tecnologias sofisticadas ou soluções técnicas não convencionais, não se vislumbra a existência de justificas hábeis para a adoção pelo Poder Concedente do critério de técnica e preço para seleção da proposta mais vantajosa.

E mais, o Poder Concedente, ao optar pela utilização do critério de técnica e preço contraria o interesse público envolvido, uma vez que desconsidera o critério de julgamento de menor tarifa (que busca a modicidade tarifária com reflexos nos valores pagos pela população) ou de maior outorga a ser paga ao titular dos serviços (que possibilitaria ao Município de Extrema a aplicação desse recurso em outras áreas deficitárias).

Vale ressaltar que não haveria qualquer prejuízo relativo à qualidade técnica dos serviços a serem prestados, uma vez que essa seria assegurada pelos requisitos de habilitação exigidos no Edital no tocante à qualificação técnica-operacional e/ou qualificação técnica-profissional dos licitantes.

Desta forma, em que pese ser uma discricionariedade do Poder Concedente a escolha do critério de julgamento da licitação ora em comento, não há fundamento suficiente para a adoção do critério de técnica e preço para escolha da melhor proposta para a concessão dos serviços

públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município de Extrema, fato que enseja a adequação do Edital, sob pena de não se contratar a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

b. Dos Critérios de Análise da Proposta Técnica

Sem prejuízo da irregularidade apontada no item anterior no tocante à adoção do critério de julgamento de técnica e preço que, por si só, já enseja a alteração do Edital e sua consequente republicação, devem também ser apontados outros equívocos do Edital relativos à proposta técnica que demandam a sua imediata correção.

O Edital prevê, em seu Anexo III, as informações gerais a serem consideradas por todos os licitantes para a elaboração de sua proposta técnica, contemplando o conteúdo a ser apresentado e o método de pontuação que será considerado pelo Poder Concedente para cada um dos itens estabelecidos.

Nos termos do referido anexo, serão classificadas e avaliadas as propostas técnicas dos licitantes conforme os critérios preestabelecidos, mediante ponderação da nota e peso atribuídos a cada um dos seguintes fatores: (i) Parte 1 – Conhecimento do Sistema de Abastecimento de Água; (ii) Parte 2 – Conhecimento do Sistema de Esgotamento Sanitário; (iii) Parte 3 – Proposições do Sistema de Abastecimento de Água; e (iv) Parte 4 – Proposições do Sistema de Esgotamento Sanitário.

Ocorre que, conforme a seguir relatado, diversos critérios previstos no Edital se demonstram descabidos diante do momento em que é exigido (apresentação das propostas), subjetivos ou mesmo adentram em aspectos atinentes exclusivamente à futura gestão da concessionária no tocante às soluções que considerará mais adequada para atendimento das metas e outros encargos da concessão. Vejamos.

Com relação à Parte 1 – Conhecimento do Sistema de Abastecimento de Água e à Parte 2 – Conhecimento do Sistema de Esgotamento Sanitário, o Edital exige a demonstração do conhecimento pelos licitantes acerca dos sistemas de água e de esgoto existentes no Município, mediante apresentação da relação de seus componentes na área objeto da concessão, como mananciais, elevatórias, poços, adutoras e reservatórios.

Tais informações relativas aos atuais bens e ativos que compõem o sistema de saneamento básico do Município de Extrema, com o diagnóstico da situação, já se encontram ou deveriam

se encontrar caracterizadas no Plano Municipal de Saneamento Básico do Município de Extrema, conforme estabelece o art. 19 da Lei Federal nº 11.445/07, bem como integrar o Termo de Referência do Edital e a relação de bens reversíveis da concessão. Sendo assim, não deveriam estes temas serem objeto de pontuação das propostas técnicas, pois são informações já existentes ou que assim deveriam ser.

Ademais, aplicar notas gradativas à proposta técnica com base na quantidade de mananciais, elevatórias, poços, adutoras e reservatórios a serem listados pelos licitantes é totalmente contrário aos motivos que justificam a adoção da técnica como critério de julgamento, uma vez que todo licitante tem o dever de conhecer o sistema de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do Município de Extrema em sua integralidade para formular de forma correta sua proposta, não podendo ser admitido um entendimento parcial da situação, haja vista, inclusive que há metas a serem cumpridas para toda a área da concessão.

Além disso, pontuar a proposta técnica conforme o número de problemas comprovados nas captações de água também se demonstra totalmente inadequado, tendo em vista que esta avaliação enseja a antecipação de atividades a serem efetivamente realizadas pela futura concessionária após a assinatura do contrato, quando da assunção dos serviços e operação do sistema.

Na mesma linha, os itens 1.16, 1.17 e 1.18 do Anexo III do Edital demandam que a licitante demonstre conhecimento sobre a qualidade de água mediante análises de água tratada da rede de distribuição, identificação da pressão em ligações do sistema de abastecimento público e sobre a situação dos hidrômetros instalados na área da concessão.

Com relação ao esgotamento sanitário, cabe citar que o Anexo III do Edital dispõe que deverá ser disposta na proposta técnica, para fins de pontuação, uma relação com lançamentos de esgoto irregulares, sendo a pontuação conforme a quantidade apresentada dos “principais problemas nas ETEs existentes” e “problemas importantes comprovados” do sistema de coleta e afastamento de esgoto.

Resta claro que são quesitos relacionados a ações que devem ser executadas pela futura concessionária, pois dependem diretamente de acesso aos bens da concessão e/ou autorização dos usuários aos locais de coleta das amostras e dos hidrômetros, sem mencionar que, para atendimento destes itens, os licitantes deverão despender recursos significativos para realizar

todas as atividades demandadas para a elaboração destes itens, demonstrando ser totalmente irrazoável a exigência do Edital.

Cabe ainda mencionar que o Anexo III do Edital, ao estabelecer, em seu Item 3.4, uma maior pontuação para os licitantes que considerarem em sua proposta técnica a implantação de geradores em captações de água bruta na área da concessão está determinando, de forma prévia, uma solução técnica a ser adotada pela concessionária, adentrando no aspecto da autonomia gerencial que rege todas as concessões de serviços públicos que são estruturadas, em sua essência, para serem executadas por conta e risco do privado contratado, tendo por escopo o atendimento das metas e parâmetros de desempenho previamente estabelecidos no Edital.

Ademais, a referida previsão se demonstra contraditória à exigência do próprio Edital de atendimento ao IER – Índice de Utilização de Energia Renovável estabelecido como um dos indicadores de qualidade da concessão.

Por fim, outra disposição editalícia cuja previsão não subsiste é aquela contemplada nos Itens 3.16 a 3.47 e 4.1 e seguintes do Anexo III do Edital, uma vez que permitem a apresentação de propostas de atendimento de economias com redes de abastecimento de água e de esgotamento sanitário na área da concessão em percentual inferior àquele estabelecido para as metas previstas no Termo de Referência (que, inclusive, devem observar a Lei Federal nº 11.445/2007).

Ora, o atendimento de cobertura de serviços consiste em uma obrigação contratual da futura concessionária, cujo descumprimento enseja a aplicação de penalidades. Não deve ser admissível a apresentação de proposta com percentual de atendimento inferior ao que o Edital estabelece, independentemente da nota que se daria neste caso, trazendo prejuízos ao interesse coletivo.

Sendo assim, consideram-se impertinentes e incorretos os itens supracitados constantes do Anexo III do Edital para fins de avaliação da proposta técnica dos licitantes, análise esta que deveria se pautar por parâmetros claros, objetivos e conexos ao objeto da concessão:

A capacidade e a experiência a serem comprovadas pelos licitantes e valorizadas nas notas técnicas devem ser adequadas e compatíveis com o objeto da licitação. Daí que é permitido atrelar a capacidade e a experiência a atividades específicas, desde que

compatíveis com o objeto da licitação e do futuro contrato administrativo e desde que relevantes.²

O Tribunal de Contas da União, em diversas oportunidades, já estabeleceu que os critérios para a pontuação técnica em licitações não devem prejudicar a competitividade do certame, sendo que a Súmula 272 do referido Tribunal expressamente dispõe:

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

Desta forma, resta demonstrada a improcedência dos critérios adotados pelo Poder Concedente no Edital que se demonstram inaptos para os fins almejados de comprovação de conhecimento técnico, demandando, assim, sua exclusão do Edital, com subsequente adequação dos critérios de pontuação da proposta técnica.

c. Proposta Comercial – Julgamento

Ainda no âmbito da adoção do critério de julgamento de técnica e preço pelo Poder Concedente, o Edital, em seu Item 19.18, estabelece a seguinte fórmula para cálculo da nota da proposta comercial dos licitantes:

NC = 100 x (1 - Km), sendo:

NC = Nota Comercial da Licitante

Km = Valor médio dos fatores Ka e Ke, calculados conforme fórmula a seguir:

$$Km = \frac{(Ka \times F1 + Ke)}{FP}$$

Sendo:

Ka = Valor do Fator K para aplicação nas tarifas de Água

Ke = Valor do Fator K para aplicação nas tarifas de Esgoto

F1 = 100/74

FP = 174/74

Ao se realizar uma simulação da aplicação fórmula supracitada, utilizando valores diferentes para o Fator K da tarifa de água (Ka) e para o Fator K da tarifa de esgoto (Ke), pode-se verificar que a oferta de um maior desconto na tarifa de esgoto em comparação com o desconto na tarifa

² NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. p. 761.

de água (um K_e menor que o K_a) acarreta um valor médio (K_m) maior, ou seja, o " K_e " tem um peso maior no cômputo geral.

É essencial que seja justificada a racionalidade utilizada para elaboração desta fórmula que considera uma maior relevância ao desconto dado na tarifa de esgoto. Ademais, deve ser esclarecida a motivação do Poder Concedente ao permitir uma alteração da estrutura tarifária de água e de esgoto determinada no Edital, que contempla uma correlação entre os valores devidos para os serviços de água e de esgoto, prática consolidada no setor e decorrente de uma razão relacionada ao volume de perdas no sistema.

Como é de conhecimento do Poder Concedente, a Lei Federal nº 11.445/2007 é expressa ao estabelecer que os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio de remuneração pela cobrança dos serviços (art. 29). Desta forma, trata-se de um tema primordial ao sucesso do projeto e que, portanto, não poder ser sujeito a qualquer questionamento, o que demanda os devidos esclarecimentos previamente à apresentação das propostas pelos interessados.

d. Visita Técnica e Prazo para Entrega das Propostas

O item 11 do Edital estabelece as diretrizes para a realização da visita técnica pelos licitantes nos seguintes termos:

11.1 A visita técnica é facultativa, cabendo a cada licitante realizar os levantamentos, pesquisas e estudos técnicos necessários à formulação de suas propostas, obtendo para si, às suas expensas e sob sua responsabilidade, todas as informações necessárias à preparação de sua documentação, vedadas proposições posteriores de modificação do valor tarifário, prazo ou outras condições ou, ainda, alegações de prejuízos ou reivindicações sob pretexto de insuficiência de informações acerca do objeto deste Edital.

11.3. Apesar de facultativa, a visita técnica à Área de Concessão e às instalações existentes é recomendada. Caso haja interesse na realização de visita técnica, as mesmas poderão ser realizadas em até 30 (trinta) dias à data designada para a sessão pública de entrega e abertura dos envelopes, mediante prévio agendamento formalizado pelo e-mail consultasaneamento@extrema.mg.gov.br. (grifos nossos)

A despeito da disposição supratranscrita estabelecer que a visita será facultativa, na prática, ao se levar em consideração os critérios elencados no Anexo III ao Edital para elaboração da

proposta técnica, resta claro que a realização da visita não é apenas recomendada, mas sim extremamente necessária.

Caso não realizem a visita técnica, os licitantes estariam impedidos de atender as exigências do Edital quanto à elaboração da proposta técnica em sua integralidade, haja vista que o conteúdo requerido demanda visitas à área da concessão.

Diante disso, o Edital, ao estabelecer que a visita técnica poderá ser realizada em até 30 dias à data da sessão pública, restringe a participação dos interessados na licitação, tendo em vista que, neste interregno, alguma empresa poderia vir a se interessar pelo objeto a ser concedido e decidir participar da licitação.

É usual que os editais de licitação para concessão dos serviços públicos de saneamento básico estabeleçam que a realização da visita técnica possa ocorrer em até 5 (cinco) dias antes da data designada para abertura dos envelopes.

Sendo assim, a previsão do Edital ora em comento fere os princípios da igualdade, da razoabilidade e da competitividade, sendo que a restrição temporal da realização da visita técnica é contrária ao interesse público, pois pode diretamente influenciar na quantidade de potenciais licitantes e/ou na proposta a ser ofertada que poderia ser mais adequada se houvesse maior tempo para estudos e apuração de custos e receitas, ensejando, assim, a adequação do Edital e sua conseqüente republicação.

e. Das Condições para Assinatura do Contrato – Indicação de Responsável Técnico

De acordo com o Edital, uma vez adjudicado o objeto da licitação, o licitante vencedor será convocado para cumprir determinadas condicionantes prévias à assinatura do Contrato, dentre as quais destacamos para fins do presente:

20.8. No prazo referenciado no item 20.4, a adjudicatária deverá:

20.8.1. (...) indicação da responsável técnica pela execução de futuras obras de engenharia, com apresentação dos respectivos registros perante o CREA.

Ocorre que o momento para comprovação da qualificação técnica dos licitantes se deu quando da apresentação dos documentos de habilitação conforme exigência do Item 17.4.2 do Edital,

estes, inclusive, atinentes à parcela de maior relevância da contratação, e que foram analisados e aceitos pela Comissão Especial de Licitação.

Desta forma, se demonstra descabida a exigência contida no Item 20.8.1 do Edital, uma vez que já concluída a fase de habilitação dos licitantes, tendo precluído o momento para tal exigência.

Ademais, ainda que se trate de um projeto *greenfield* – o que não é o caso –, a concessão de serviços públicos tem por escopo principal a delegação à iniciativa privada da prestação de um serviço público de forma adequada à população. Isso significa dizer que a execução de obras consiste em atividade-meio para se alcançar o objeto principal da delegação que é a execução dos serviços. Eventuais obras podem ser objeto, por exemplo, de uma contratação pela concessionária, que não ensejará qualquer relação do terceiro com o Poder Concedente.

Nesse sentido, a Cláusula 12 da minuta do Contrato prevê a possibilidade de a concessionária contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço que está sendo licitado, ou seja, até o Contrato expressamente possibilita à concessionária a escolha de subcontratar ou terceirizar as atividades.

Sendo assim, os serviços de engenharia são uma parte do escopo contratual, cuja contratação se insere na gestão contratual da concessionária que definirá, no momento que considerar adequado, quais obras serão realizadas e os respectivos contratados que a executarão.

Exigir em momento anterior à assinatura do Contrato a “indicação da responsável técnica pela execução de futuras obras de engenharia” consiste uma exigência descabida que adentra, de forma prejudicial, no âmbito de atuação e gestão da concessionária, acarretando uma ingerência da Administração Pública, desnaturando uma das características essenciais ao instituto das concessões de serviços públicos que é a sua finalidade (prestação dos serviços de forma adequada, por sua conta e risco). O Edital deve, assim, ser alterado e, por consequência, republicado.

f. Da Garantia de Execução do Contrato

A minuta do Contrato, Anexo I ao Edital, estabelece a seguinte regra no tocante à Garantia de Execução do Contrato:

26.1. Em garantia do bom cumprimento das obrigações assumidas no CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA, previamente à assinatura do CONTRATO, deverá prestar

garantia (art. 97 da Lei 14.133/2021), no percentual de 5% (cinco por cento) do valor do contrato, ou seja, o valor de R\$ (Preencher) (Por extenso), regra que poderá ser modificada para elevar dito percentual, acaso se façam presentes as circunstâncias do artigo 98 do referido diploma, cabendo àquela, em qualquer hipótese, optar pela modalidade de garantia prevista no § 1º do artigo 96 da Lei de Licitações. (grifo nosso)

Por sua vez, o artigo 98 da Lei Federal nº 14.133/2021 assim dispõe:

Art. 98. Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos. (grifo nosso)

Pela leitura do dispositivo legal supratranscrito, é possível asseverar que, em regra, a Garantia de Execução do Contrato pode ser exigida no montante de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, sendo permitida, em caráter de exceção caso demonstrada a complexidade técnica e dos riscos envolvidos, sua majoração para até 10% (dez por cento).

Entretanto, resta claro que o Edital deve prever de forma expressa o valor da Garantia de Execução do Contrato, inclusive o momento ou a hipótese específica em que poderá ser determinada sua majoração pelo Poder Concedente.

A regra desta majoração deve, necessariamente, ser estabelecida de forma clara e prévia para todos os licitantes. O Edital com a redação atual acarreta uma insegurança jurídica aos licitantes, prejudicando a formulação de sua proposta comercial, uma vez que é impossível prever os custos que serão incorridos com a contratação da Garantia de Execução do Contrato.

Sendo assim, o valor da Garantia de Execução do Contrato deverá ser estabelecido de forma expressa no Edital, inclusive no caso de eventual majoração, com vistas a permitir que seja apresentada a melhor oferta pelos licitantes e, por conseguinte, a contratação da proposta mais vantajosa à Administração Pública.

g. Fator de Qualidade

De acordo com o Anexo II – Estrutura Tarifária do Edital, são estabelecidos determinados indicadores de qualidade e desempenho dos serviços a serem prestados pela concessionária que compõem o FQ (Fator de Qualidade).

Ainda nos termos estabelecidos no referido documento, o FQ é aplicável quando do cálculo do reajuste das tarifas de acordo com a seguinte fórmula paramétrica:

$$IR = \left[P1 \times \left(\frac{IMO_i - IMO_o}{IMO_o} \right) + P2 \times \left(\frac{IEE_i - IEE_o}{IEE_o} \right) + P3 \times \left(\frac{IGPM_i - IGPM_o}{IGPM_o} \right) + P4 \times \left(\frac{INPC_i - INPC_o}{INPC_o} \right) + (\pm Fq) \right]$$

Onde, o FQ “representa o Fator de Qualidade, que indicará o desempenho geral da CONCESSIONÁRIA, calculado conforme os indicadores de desempenho apresentados no item 3 do presente anexo e poderá variar entre menos meio ponto percentual (-0,50%), a mais meio ponto percentual (+0,50%)”.

Ocorre que a finalidade dos indicadores de qualidade e desempenho é averiguar se a concessionária está atendendo os parâmetros mínimos estabelecidos e considerados aceitáveis para a prestação adequada dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município de Extrema.

Desta forma, o não atendimento dos parâmetros enseja a aplicação de um desconto na tarifa considerando que os serviços não foram prestados de forma adequada e, por conseguinte, a concessionária não deve ser remunerada em sua integralidade, uma vez que não os executou da forma exigida.

No entanto, o contrário não subsiste. O atendimento dos indicadores de qualidade e desempenho são os parâmetros estabelecidos para a prestação dos serviços, sendo que sua execução é uma obrigação da concessionária, não devendo ensejar um acréscimo em sua remuneração apenas porque a concessionária cumpriu com os termos pactuados, ressaltando que isto acarreta um aumento no valor das tarifas pagas pela população, fato contrário ao princípio da modicidade tarifária que deve ser visado pela Administração Pública durante toda a concessão.

Desta forma, o Edital merece reforma com vistas a adequar o percentual de impacto do Fator de Qualidade nas tarifas.

III. DA SUSPENSÃO DO CERTAME

As irregularidades do Edital ora apontadas demandam a imediata suspensão do certame, tanto para que haja tempo hábil para a Administração Pública analisá-las, mas, sobretudo, porque seu acolhimento terá de ensejar a adequação do instrumento convocatório e uma nova publicação.

Com efeito, as questões veiculadas nesta Impugnação afetam diretamente os aspectos competitivos e isonômicos do certame, comprometendo a seleção da proposta mais vantajosa ao Poder Concedente e, uma vez alterados, demandarão nova publicação para que outros novos e potenciais licitantes possam avaliá-las igualmente.

IV. DOS PEDIDOS

Diante de todo o exposto, a Impugnante, respeitosamente, requer que esta Ilma. Comissão Especial de Licitação receba a presente Impugnação e:

- (i) em caráter liminar, determine a imediata suspensão do certame e da prática de todo e qualquer ato processual do procedimento licitatório ora em referência, incluindo o recebimento das propostas;
- (ii) no mérito, sejam integralmente acolhidos os termos desta Impugnação para que sejam sanadas as irregularidades nela apontadas e seja o Edital reformado e republicado garantindo os mesmos prazos dos atos e procedimentos originais.

Termos em que, pede deferimento

São Paulo, 08 de fevereiro de 2024.

CLEAR AMBIENTAL INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES S/A