

RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

Referência: Edital de Licitação nº 018/2023 – Concorrência Pública nº 001/2023

Objeto: Concessão dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água Potável (SAA) e Esgotamento Sanitário (SES) do Município de Extrema

I – RELATÓRIO

Trata-se de impugnação ao Edital da Concorrência Pública nº 001/2023, interposto pela empresa **Companhia de Saneamento Básico de Minas Gerais**, CNPJ n.º 17.281.106/0001-03. Preliminarmente, verifica-se que a impugnação **não atendeu os pressupostos de admissibilidade e tempestividade, contudo será analisada.**

No mérito, a empresa alega que existem irregularidades nas previsões editalícias, as quais comprometeriam a isonomia e competitividade do certame. Neste contexto, alega os seguintes pontos como fundamentos da impugnação apresentada:

- a) irregularidade na estimativa do valor contratual (art. 6º, XXIII, "i", 22, 23, todos da Lei nº 14.133/2021);
- b) limitação da responsabilidade solidária (art. 19, §2º, da Lei nº 8.987/95 c/c art. 15, V, da Lei nº 14.133/21);
- c) violação dos direitos da pessoa com deficiência, reabilitados e aprendizes (art. 63, IV, da Lei nº 14.133/2021);
- d) impedimento de participação – empresa em recuperação judicial (art. 52, II, da Lei nº 11.101/05)
- e) prejuízo à independência da Entidade de Regulação (arts. 8º, §5º, 11, §3º e 21, da Lei nº 11.445/07 c/c arts. 4º e 5º, da Lei Municipal nº 4.661/22);

- f) retificação insuficiente da revisão ordinária (arts. 9º, caput, §§ 2º e 4º, 10, 18, inciso VIII, 23, inciso IV, Lei Federal nº 8.987/95 c/c arts. 2º, inciso VII, 11, inciso III, § 2º, inciso IV, alínea “b, 37, 38 e 39, da Lei Federal nº 11.445/07);
- g) ausência de normas de regulação sobre todas as matérias exigidas, bem como disciplina contrária àquelas editadas pela ARISMIG (art. 8º, § 5º, 9º, II, 11, III, §§ 2º e 3º, 21, 22 e 23, da Lei nº 11.445/07);
- h) irregularidade na repartição de riscos (art. 10-A, IV, da Lei nº 11.445/07 c/c da Resolução ANA nº 178/2024)
- i) afastamento da indenização prévia (art. 42, § 5º, da Lei nº 11.445/07);
- j) irregularidades no critério de julgamento baseado na técnica (art. 36 e 37, da Lei nº 14.133/21);
- k) ausência das metas legais (art. 11-B, da Lei nº 11.445/07);
- l) ausência de parâmetros objetivos para a declaração de inexequibilidade;
- m) manutenção da subjetividade na análise do plano de negócios e ausência de critérios objetivos;
- n) impossibilidade de apresentação de título de capitalização como garantia da proposta e do contrato (art. 58, § 4º, c/c artigo 96, inciso IV, ambos da Lei Federal nº 14.133/2021);
- o) contradições sobre o procedimento de reajuste tarifário entre o anexo I (minuta do contrato) e o anexo II (estrutura tarifária);
- p) inobservância da norma de referência ANA nº 06, em relação à definição do parâmetro de reequilíbrio econômico-financeiro.

Argumenta a empresa que estas supostas irregularidades geram nulidades na Concorrência Pública, de modo a ser necessário sua suspensão imediata, sob o risco de violar os princípios da competitividade, livre concorrência e razoabilidade. Assim, passe-se a demonstrar a perfeita conformidade entre o instrumento convocatório e a legislação de regência.

II – DO MÉRITO

a. Da Irregularidade na Estimativa do Valor Contratual (art. 6º, XXIII, “I”, 22, 23, todos da Lei nº 14.133/2021)

O valor contratual estipulado no item 4.1 do Edital está em total conformidade com os parâmetros dispostos no art. 23, da Lei 8987/95, haja vista que vinculado aos investimentos que devem ser aplicados pela Concessionária. Com efeito, denota-se a total adequação do critério elegido para subsidiar a elaboração da proposta comercial.

Ademais, é certo que a estimativa empregada no instrumento convocatório foi submetida à avaliação do Tribunal de Contas do Estado, sendo cancelada.

b. Da Limitação da Responsabilidade Solidária (art. 19, §2º, da Lei nº 8.987/95 c/c art. 15, V, da Lei nº 14.133/21)

A impetrante afirmou que o edital em análise limitou em seu texto a responsabilidade solidária das empresas participantes na forma de consórcio. Neste ponto, destaca a redação do item 13.3 e 13.3.6 do instrumento convocatório:

13.3. O Termo de Compromisso de Participação em Consórcio e o de Constituição da SPE, deverá ser subscrito por todos os consorciados e deverá ainda conter os seguintes elementos:

[...]

13.3.6. Declaração de responsabilidade solidária das consorciadas até a assinatura do CONTRATO;

Alegado que esta redação determinou que a responsabilidade das empresas consorciadas seria solidária tão somente até o momento de assinatura, momento quando não mais assim responderiam, podendo gerar prejuízos a Administração Pública. Ademais, afirmou que este fato seria ilegal, violando o art. 19, §2º, da Lei nº 8.987/95 c/c art. 15, V, da Lei nº 14.133/21¹.

Entretanto, foi claramente ignorado o fato que apesar da participação da licitação enquanto Consórcio, caso vencedor do certame, este deverá constituir uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), a qual terá responsabilidade perante a prestação dos serviços licitados. Esta previsão é clara no item 20.8 do Edital, conforme se mostra:

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

[...]

20.8.2. Ter constituído a SPE nos exatos termos da minuta apresentada pela licitante vencedora na fase de análise dos Documentos de Habilitação com a correspondente certidão da Junta Comercial do Estado do Minas Gerais e inscrição no CNPJ.

20.8.3. Ter subscrito e integralizado o capital social da SPE, em moeda corrente nacional, na forma deste Edital.

20.8.4. Apresentar descrição da estrutura acionária e de gestão da SPE, contendo, no mínimo:

20.8.4.1. Descrição dos tipos de ações ou quotas.

20.8.4.2. Acionistas e/ou quotistas e suas respectivas participações por tipo de ação ou quota.

20.8.4.3. Indicação da composição societária da SPE, conforme aplicável, e de suas controladoras, até o nível das pessoas físicas.

¹ Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

§2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

20.8.4.4. Acordos de acionista e/ou quotista da SPE, quando existentes.

20.8.4.5. Identificação dos administradores, incluindo seus respectivos currículos e dos órgãos da administração da SPE.

20.8.4.6. Compromisso com princípios de governança corporativa na gestão da SPE.

As empresas, assim, irão possuir responsabilidade nos termos do art. 1.052 do Código Civil², considerando suas contas e participação. Para além, deve ser considerada a diferença entre o Consórcio e a SPE, na qual a última possui personalidade jurídica própria, portanto, respondendo devidamente pelos riscos decorrentes da execução contratual.

Destaca-se que a impetrante claramente deturpou a redação editalícia, não considerando o fato que é obrigatória a constituição de uma SPE, a qual tornará a pessoa jurídica responsável pela Concessão, tornando-se as partes do Consórcio acionistas desta. Ante ao exposto, evidente não haver qualquer violação no presente tópico, estando as previsões condizentes com a legislação vigente, bem como com a forma adotada pelas Concessões atualmente, as quais preveem a SPE devido as particularidades do serviço licitado.

c. Da Violação dos Direitos da Pessoa com Deficiência, Reabilitados e Aprendiz (art. 63, IV, da Lei nº 14.133/2021)

Quanto à Declaração prevista no art. 63, IV, da Lei nº 14.133/2021³, referente a reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, por razão da redação legal, se faz exigível, ainda que não prevista no edital. Neste sentido, o instrumento

² Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.

§ 1º A sociedade limitada pode ser constituída por 1 (uma) ou mais pessoas

§ 2º Se for unipessoal, aplicar-se-ão ao documento de constituição do sócio único, no que couber, as disposições sobre o contrato social.

³ Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:
[...]

IV - será exigida do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas.

convocatório apenas não forneceu modelo próprio para a referida declaração, contudo, esta deve ser entregue pelos licitantes, uma vez que não somente o Edital deve ser observado por estes, mas também toda a legislação e jurisprudência vigentes.

De todo modo, ressalta-se que a Lei nº 14.133/2021 é aplicada de maneira subsidiária na presente licitação, devendo, primeiramente, serem consideradas as previsões da Lei nº 8.987/95, que dispõe acerca do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos.

Assim, cumprindo o Edital todas as disposições desta norma, especialmente os requisitos previstos em seu artigo 18, não há que se falar em irregularidade do instrumento convocatório. Neste ponto, destaca-se que todos os prazos, metas, critérios, requisitos e demais exigências se fazem devidamente prevista, sem qualquer prejuízo aos licitantes, que devem observar as normas vigentes em conjunto.

d. Do Impedimento de Participação – Empresa em Recuperação Judicial (art. 52, II, da Lei nº 11.101/05)

Quanto ao impedimento de participação, o Edital estipula algumas limitações, utilizando do direito de discricionariedade do Poder Público para melhor adequar as exigências da licitação à realidade do Município e ao Contexto de uma Concessão de grande porte. Entre as restrições estipuladas está o impedimento da participação de empresas que se encontrem em Recuperação Judicial, haja vista os riscos que podem ocasionar a Administração Pública e a execução do serviço público essencial.

A impetrante afirmou ser indevida esta estipulação, uma vez que atentaria contra o princípio da legalidade, da preservação e da função social da empresa. Argui que esta exigência seria contrária ao art. 52, II, da Lei nº 11.101/05 e a jurisprudência vigente.

Porém, foi desconsiderado o fato de que a jurisprudência elencada trata de licitações de pequeno porte, cujo objeto é o fornecimento de bens ou prestação de serviços com menor duração e valores. Deste modo, referem-se a contextos diferentes, haja vista que a Concessão licitada perdurará por 35 (trinta e cinco) anos e possui grande valor vinculado, sendo necessária a adoção de maiores medidas protetivas,

especialmente por se tratar de serviço essencial, ou seja, a sua interrupção traria grandes prejuízos financeiros e sociais no Município.

A recuperação judicial é um processo longo, assim, seu sucesso e garantia das capacidades de atuação da empresa dependem de uma série de fatores, os quais não podem estar indefinidos quando selecionada a Concessionária. Ademais, não pode ser desconsiderada a discricionariedade da Administração Pública ao estabelecer os termos do Edital de sua licitação, além de que a própria Lei nº 14.133/21 determina em seus arts. 62 e seguintes⁴ a necessidade de se comprovar a regularidade fiscal dos licitantes.

Portanto, ante todo o exposto, inexistente qualquer irregularidade no impedimento de participação de empresas que se encontrem em recuperação judicial no Procedimento Licitatório de Concessão, assim, garantindo a satisfação do interesse público e a maior segurança jurídica do Município.

e. Do Prejuízo à Independência da Entidade de Regulação (arts. 8º, §5º, 11, §3º e 21, da Lei nº 11.445/07 c/c arts. 4º e 5º, da Lei Municipal nº 4.661/22)

Não há que se falar em prejuízo à independência da Entidade de Regulação, sendo certo que a ARISMIG participou atividade da modelagem do edital e, a propósito, todas as considerações apresentadas pela agência foram acatadas pela Administração Pública para fins de aprimorar o instrumento convocatório.

Além disso, pela simples leitura das cláusulas do Edital e da Minuta do Contrato resta notório que o Município de Extrema garantiu a atuação fiscalizatória da Agência Reguladora elegida, inclusive, nos

⁴ Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

[...]

III - fiscal, social e trabalhista;

[...]

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

procedimentos de revisão ordinária e extraordinária das tarifas, como se destaca dos itens 23.5 e 25.2 da Minuta do Contrato.

f. Da Revisão Ordinária – Retificação Insuficiente (arts. 9º, caput, §§2º e 4º, 10, 18, inciso VIII, 23, inciso IV, Lei Federal nº 8.987/95 c/c arts. 2º, inciso VII, 11, inciso III, §2º, inciso IV, alínea “b, 37, 38 e 39, da Lei Federal nº 11.445/07)

No que concerne a tarifa definida no edital, alega a impetrante que a cláusula de revisão ordinária prevista é insuficiente, bem como as retificações nela realizadas. Todavia, esta alegação se faz indevida, haja vista que são cumpridos todos os requisitos legais, especialmente aqueles definidos no art. 18, da Lei 8.987/95.

Em primeiro lugar, o inciso VIII, art. 18, desta norma, dispõe sobre os critérios exigidos para reajuste e revisão tarifária:

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 conterá, especialmente:

(...)

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

Neste ponto, existe a devida previsão dos critérios no Edital revisado e já publicado:

1.1.30. REAJUSTE: é a correção automática e periódica dos valores das TARIFAS, que ocorrerá observando-se o intervalo mínimo de 12 (doze) meses, com vistas a preservar seu valor econômico em face da inflação ou deflação dos preços, contados da DATA BASE DA PROPOSTA, de acordo com os critérios estabelecidos neste EDITAL e no CONTRATO;

1.1.34. REVISÃO EXTRAORDINÁRIA: é o procedimento que tem a finalidade de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

Ademais, as Cláusula 20, 23, 24 e 25 do Edital fixa as regras para sua realização. Para além, como elencado na Cláusula 20, o reajuste e revisão extraordinária serão regidos pelas previsões contidas na Lei Federal nº 8.987/95, conjuntamente com as previsões contratuais, garantindo assim o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Portanto, devidamente cumpridas as previsões do inciso VIII, art. 18, da norma supracitada.

Além do exposto, correspondente ao art. 38, da Lei nº 11.445/07 não exige a previsão de cláusula de revisão na minuta contratual, logo, estando suas regras e critérios presentes no instrumento convocatório é regular o Processo Licitatório, o qual não deve ser suspenso nos termos do Recurso realizado.

Estando todos os instrumentos de equilíbrio econômico-financeiro devidamente previstos, estes que utilizados em conjunto com os termos contratuais e as previsões legais são suficientes para garantir a satisfação das partes na concessão não deve ser provido o presente recurso. De todo modo, considerando também que as retificações do edital melhor elencaram tais previsões, satisfazendo quaisquer omissões prévias.

Ainda, ressalta-se que a redação adotada foi sugerida pela ARISMIG, agência reguladora da concessão licitada, de modo que improcede a alegação de insuficiência. Adicionalmente, também cabe apontar que a cláusula em questão atende aos critérios do TCE-MG, tendo sido alvo de análise prévia do órgão que considerou satisfatório o seu texto.

g. Da Ausência de Normas de Regulação Sobre Todas as Matérias Exigidas, Bem Como Disciplina Contrária Àquelas Editadas Pela Agência Reguladora Eleita (ARISMIG), em Ofensa ao art. 8º, §5º, 9º, II, 11, III, §§2º e 3º, 21, 22 e 23, da Lei nº 11.445/07

Na definição constante no item 2.2 do Edital, a Agência Reguladora será responsável pelas atividades de regulação e fiscalização, a cargo da

ARISMIG, nos termos do art. 11, inciso III c/c o art. 9º, caput, II da Lei Federal nº 11.445/2007, alterada pela Lei Federal nº 14.026/2020.

Por óbvio, as normas regulamentares emitidas pela aludida agência serão aplicadas no âmbito da concessão em comento, razão pela qual não há que se falar em omissão normativa.

h. Da Irregularidade na Repartição de Riscos, em Ofensa ao art. 10-A, IV, da Lei nº 11.445/07 c/c da Resolução ANA nº 178/2024 (Norma de Referência nº 05)

A Matriz de Riscos constante no Anexo X do Edital apresenta alocação de riscos objetiva, compreendendo (i) categoria; (ii) implicação, (iii) alocação; (iv) medidas mitigadoras. Logo, em total conformidade com os critérios dispostos na Norma de Referência nº 05/ANA e com os requisitos estabelecidos na Lei 8987/95.

i. Do Afastamento da Indenização Prévia - Ofensa ao art. 42, §5º, da Lei nº 11.445/2007, inserido pela Lei nº 14.026/2020

O art. 38 da Lei 8.989/95 determina que a inexecução total ou parcial do contrato acarretará a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação de sanções contratuais, conforme se destaca:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

Com efeito, denota-se que uma vez constatada a falha na prestação de serviços por parte da Concessionária, poderá o Poder Concedente extinguir o contrato, mediante a decretação de caducidade. Importante destacar que tal forma de extinção contratual tem como consequência: (i) a imediata reversão dos bens ao Poder Concedente – tendo em vista a situação de anormalidade e a emergência na continuidade da prestação dos serviços essenciais e **(ii) a ausência de indenização prévia.**

A Concessão pautada no presente processo decorre da decretação da caducidade referente a prestadora de serviços anterior, qual seja a COPASA, resultando na transferência dos bens ao Município e tornando necessária a realização de licitação, especialmente considerando o caráter essencial do serviço. Consequentemente, devido ao procedimento realizado não houve o pagamento de indenização prévia no presente caso.

Estes fatos não implicam na inexistência de todas as formas de indenização, apenas que esta não será feita de maneira prévia, haja vista a urgência da transferência dos bens e serviços e a necessidade de análise dos eventuais valores a serem pagos. Neste contexto, na situação fática observa-se existirem débitos devidos pela COPASA ao Município,

bem como ativos que seriam condizentes com o pagamento de uma indenização, razão pela qual deve ser realizado um cálculo complexo para a determinação final.

Assim, os ativos não amortizados e valores que devam ser eventualmente pagos estão pendentes da discussão ajuizada nos autos do Processo nº 5161839-39.2020.8.13.0024, após, serão pagos conforme nele dispostos e de acordos com a cláusula 41.4 do contrato. Ressalta-se que o termo eventual utilizado deriva do fato que o valor final ainda não foi determinado, bem como a existência de débitos prévios da COPASA com o Município que devem ser considerados.

41.4. O CONCEDENTE responderá, integral e exclusivamente, por eventuais consequências que porventura possam impactar os SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, decorrentes da discussão judicial empreendida com a COPASA nos autos do processo nº 5161839-39.2020.8.13.0024, em trâmite perante a 4ª Vara da Fazenda Pública e Autarquias da Comarca de Belo Horizonte, ajuizada pela COPASA com o objetivo de anular a decisão administrativa proferida no Processo Administrativo nº 011/2019 ou reconhecer a validade do contrato de concessão nº 242/05 ou reconhecer o direito da COPASA de se manter à frente da prestação dos serviços até que seja apurada e efetivamente paga (ou apenas apurada) a indenização pelos ativos não amortizados, ou em qualquer outro processo judicial.”

Ademais, no caso de eventual pagamento de indenização não imputável à Concessionária, há a devida previsão na Matriz de Risco da Concessão, alocando o risco ao Poder Concedente e determinando o Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Deste modo, devidamente resguardadas as partes e previsto o pagamento dos ativos.

Categoria	Risco	Implicação	Alocação	Mitigação
	Alteração unilateral do Contrato.	<ul style="list-style-type: none"> Alteração do contrato para melhor atendimento do interesse público. Modificação das especificações dos serviços. Acréscimo ou supressão de obras ou serviços. 	Concedente	<ul style="list-style-type: none"> Reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária.
	<p>Necessidade de pagamento de eventual indenização ao imputável à Concessionária.</p>	Aumento de custo não previsto no Plano de Negócio.	Concedente	<ul style="list-style-type: none"> Reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária.

j. Das Irregularidades no Critério de Julgamento Baseado na Técnica

É importante reiterar que a elaboração do instrumento convocatório levou em conta durante décadas a prestação dos serviços públicos de saneamento foi conduzida pela COPASA sem participação direta da Municipalidade na forma estruturação e execução do sistema. Portanto, o ente cuidou de elaborar um instrumento convocatório **atento às particularidades do atual sistema de saneamento. Circunstância esta, que motivou a escolha do critério de julgamento técnica e preço.**

Com efeito, deve ser claro que a elaboração do edital, embora tenha observado estritamente todos os critérios legais estabelecidos nas Leis Federais nº 8987/95 e nº 14.133/2021, não se baseou em requisitos e critérios padronizados dos serviços de saneamento básico. Justamente porque o Município de Extrema zelou para que o instrumento convocatório fosse publicado em integral alinhamento às necessidades atuais do sistema e, em última instância, para que a prestação de serviços da nova concessionária garanta o retorno público com efetividade.

Portanto, o cenário apresentado no Município de Extrema condiciona o critério técnico como **requisito indispensável** para a escolha da concessionária. Isso porque, é crucial que durante a fase de seleção das propostas sejam efetivamente apuradas as deficiências a serem sanadas para a escoreta prestação dos serviços. Deficiências, ressalta-se, não limitadas ao ciclo operacional padronizado dos serviços de saneamento.

Nesse cenário, é certo que os requisitos da proposta técnica não se limitam ao padrão mínimo de qualidade aplicável em qualquer edital, porquanto estão voltados a um **planejamento técnico a ser demonstrado pelo concessionário** de forma a viabilizar o início da operação com maior consistência e diminuir os impactos da transição com a COPASA.

Portanto, a identificação das circunstâncias específicas do serviço de abastecimento e saneamento do Município de Extrema e, sobretudo, de suas deficiências, garantem a apresentação de proposta que contemple contingenciamento dos riscos e mecanismos de redução das adversidades na prestação do serviço. Nos termos do edital, a proposta técnica deve contemplar:

- i. conhecimento do sistema de abastecimento de água;
- ii. conhecimento do sistema de esgotamento sanitário;
- iii. proposições do sistema de abastecimento de água;
- iv. proposições do sistema de abastecimento sanitário;

Em suma, o emprego das competências técnicas neste caso atua como agente essencial para um mapeamento de custos e riscos mais fidedignos às demandas do sistema de saneamento municipal. Como efeito, a concessão estará respaldada por condições contratuais sólidas e plano de investimento sustentável que, ao mesmo tempo, garanta **modicidade tarifária e eficiência no atendimento do serviço público**.

Feitos tais esclarecimentos, salienta-se a legitimidade da modelagem jurídica estabelecida para o instrumento convocatório e os critérios nela constantes, razão pela qual, afigura-se necessário reconhecer sua legalidade e pertinência para o instrumento convocatório em apreço. Portanto, **os critérios técnicos em questão não são impossíveis de serem cumpridos, apenas exigem que o licitante possua um plano sólido de investimento, conhecendo integralmente o sistema existente, assim precificando a proposta adequadamente e fornecendo os serviços necessário ao Município**.

Por fim, importante rememorar que o instrumento convocatório em comento foi objeto de retificações voluntárias para melhor alinhá-lo ao entendimento técnico do Egrégio Tribunal de Contas, bem como demais

consultas e questionamentos realizados, especialmente, para assegurar sua objetividade, clareza, aderência aos preceitos legais e eficácia no processo de seleção da futura concessionária, não condizente a retirada dos referidos critérios do edital.

Ademais, ressalta-se que, após sua publicação, o edital foi objeto de impugnação perante o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, dentre estas, a Denúncia nº 1.144.629, apresentada pela empresa Aegea Saneamento e Participações S.A. No bojo dos referidos autos, e mediante análise sumária do feito, **o Tribunal Pleno entendeu pela total regularidade na adoção do critério de julgamento técnica e preço** em acórdão assim ementado:

TRIBUNAL PLENO – 7/6/2023 AGRAVO. DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO. MENOR TARIFA CONJUGADA COM A MELHOR TÉCNICA. DECISÃO MONOCRÁTICA.DEFERIMENTO DO PLEITO CAUTELAR. PROVIMENTO AO RECURSO. REVOGAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR. CONTINUIDADE DO CERTAME.

1. A escolha do critério de julgamento, dentre os previstos no art. 15 da Lei n. 8.987/95 é essencialmente uma opção discricionária do gestor. Cabe a ele, sobretudo por

presumidamente melhor conhecer as necessidades que se encontram no seu dinâmico âmbito de atuação, verificar as variáveis fáticas e econômicas que recaem sobre a prestação do serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário do município.

2. Verificada a inexistência de fumus boni iuris a qualificar o binômio necessário à manutenção da liminar concedida, impõe-se sua revogação.

Naquela oportunidade, a Corte de Contas reconheceu que a seleção do critério de julgamento dentre as hipóteses estabelecidas no art. 15 da Lei 8987/95 é essencialmente uma opção discricionária do gestor, vinculada às variáveis fáticas e econômicas que recaem sobre a

prestação do serviço público. Ainda, asseverou que realização anterior pelo município de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) evidencia a opção administrativa discricionária quanto ao critério de julgamento. Cumpre destacar trecho do voto exarado pelo Conselheiro Cláudio Couto Terrão:

(...) O fato é que, e isso é importante frisar, a lei que define o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, claramente autoriza, por meio de seu art. 15, V, a adoção do critério de julgamento da melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor tarifa com o de melhor técnica.

Ademais, não se pode ignorar que a realização anterior pelo município de Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) evidencia ou fortalece a opção administrativa discricionária quanto ao critério de julgamento 'melhor tarifa' aliado à 'melhor técnica', caracterizando, desta forma, motivação, compreendo eu, suficiente a tal congruência na escolha do referido critério.

Por essas razões, nesse momento processual, notadamente em função das justificativas trazidas aos autos após a ratificação da liminar pela Primeira Câmara, compreendo que há congruência fático-jurídica a não desconstituir a opção adotada pelo município em relação ao critério previsto no art. 15, V, da Lei no 8.987/95, "lei especial em relação à norma geral de licitação".

Fato que não está relacionado, aqui vale a pena ressaltar, ao periculum in mora ou a inexistência de periculum in mora inverso, mas a inexistência de fumus boni iuris a qualificar o binômio necessário a manutenção da liminar concedida.

Com base no aludido julgamento, verifica-se que a Corte de Contas atesta a conformidade legal do critério de julgamento adotado pelo Município de Extrema, de forma a confirmar a pertinência do critério de julgamento elegido e, por consequência, sua conformidade ao estabelecido na Lei 14.133/2021.

A referida decisão, exarada pelo órgão competente pela fiscalização externa de editais, chancela a total legalidade do instrumento convocatório no tocante aos seus elementos substanciais e, por

consequente, afasta qualquer dúvida quanto a legitimidade da modelagem jurídica estabelecida para o instrumento convocatório.

k. Da Ausência das Metas Legais – Ofensa ao art. 11-B, da Lei nº 11.445/07

A Lei nº 11.445/07 dispõe acerca das diretrizes nacionais de saneamento básico, determinando em seu art. 11-B⁵ que os contratos de prestação deste serviço público deverão definir metas quantitativas de não intermitência do abastecimento. Neste contexto, a impetrante afirma, sem maiores esclarecimentos, que nos instrumentos do Processo Licitatório em análise há uma total ausência destas metas, consequentemente, tornando a concorrência pública nula de pleno direito.

Todavia, o Anexo V – Termo de Referência – do Edital prevê extensamente as diversas metas a serem implementadas na Concessão. Assim, pode-se citar a meta de universalização do abastecimento, conforme disposta:

METAS:

5.1. Sistema de Abastecimento de Água:

Propõe-se que os patamares de universalização e referência para o estabelecimento de metas de Abastecimento de Água da futura concessão sejam as seguintes, que estão em consonância com aquelas estabelecidos na Lei Federal nº 14.026/20, que atualiza o marco legal do saneamento básico:

Meta	Ano
Atendimento de 99% da população com abastecimento de água potável	2033

Para as perdas nas distribuições, propõe-se uma redução gradual até que seja atingido o percentual de 25% entre os anos de 2033 e 2034.

⁵ 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.

Ademais, evidencia a conformidade do Processo Licitatório em questão com a referida norma, pois o art. 11-B é citado no próprio Edital, em seu Ato de Justificativa da Concessão, reconhecendo a necessidade de universalização e estabelecimento de metas. Neste ponto, destacou-se que a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na sede do Município é autossustentável, possibilitando o cumprimento dos objetivos existentes.

Desta maneira, estão previstas as metas necessárias, assim como evidente o comprometimento do Município com o cumprimento do novo marco do saneamento, da universalização dos serviços e o melhor atendimento a sua população, fica claro a improcedência das alegações aqui destacadas.

I. Da Ausência de Parâmetros Objetivos Para a Declaração de Inexequibilidade

Segundo o presente pedido de impugnação, o Edital em questão possui uma ilegalidade ao não prever parâmetros objetivos para a declaração de inexequibilidade das propostas comerciais. Contudo, os referidos critérios já são devidamente previstos no art. 59, da Lei nº 14.133/21⁶.

⁶ Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

I - contiverem vícios insanáveis;

II - não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;

III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;

IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;

V - apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

§ 1º A verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

§ 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inciso IV do **caput** deste artigo.

§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia e arquitetura, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.

Ora, por óbvios as licitantes devem observar não somente o instrumento convocatório do certame, como toda a licitação e jurisprudência incidentes. Deste modo, a previsão do item 15.5.2 se faz suficiente ao afirmar que serão desclassificadas as propostas comerciais inviáveis, inexequíveis ou incompatíveis:

15.5. Serão DESCLASSIFICADAS as PROPOSTAS COMERCIAIS:

[...]

15.5.2. que sejam comprovadamente inviáveis, inexequíveis ou incompatíveis com os objetivos da licitação;

Existindo esta previsão os licitantes estão cientes das possibilidades de desclassificação, devendo assim cumprir as estipulações legais pertinentes. De maneira exemplificativa, caso o preço proposto seja divergente daquele orçado pela Administração sabe que poderá ensejar na desclassificação, pois incondizente com o art. 59, da Lei nº 14.133/21.

Para além, o agente de contratação responsável pela licitação analisará a referente previsão do edital em conjunto com a legislação e o entendimento jurisprudencial durante a análise da proposta. Logo, qualquer decisão referente ao certame será devidamente fundamentada com base em fatos objetivos, não havendo subjetividade na aplicação da Lei e jurisprudência no caso concreto, portanto, não incidindo irregularidades neste.

m. Da Manutenção da Subjetividade na Análise do Plano de Negócios e Ausência de Critérios Objetivos

§ 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

§ 5º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com esta Lei.

Continuamente, foi afirmada incidir ilegalidade no Edital, pois a exigência de apresentação de plano de negócios pelas licitantes, nos termos do Anexo IV, não possui definição clara, logo, tem caráter subjetivo. Especialmente, aponta irregularidades nos critérios imprecisos para avaliação da compatibilidade entre o plano de negócios e as propostas comerciais.

Entretanto, como a própria impetrante abordou em sua peça, o TCE afirmou que a existência de plano de negócios cumpriria funções estratégicas relevantes na licitação, não se tratando de critérios subjetivos. Sendo o Tribunal de Contas o órgão competente para a fiscalização da aplicação de recursos públicos, inclusive concerne a realização de licitações, tendo este apontado a regularidade do tópico em questão, resta comprovada a ausência de irregularidade.

Ademais, a avaliação prévia pelo Egrégio Tribunal demonstra a intenção do Município em realizar a licitação de maneira condizente com a legislação e jurisprudência vigentes, tendo retificado o Edital em pontos onde irregularidades foram apontadas, bem como onde se entendeu que outra redação melhor se adequaria ao caso concreto. Por esta razão, tendo o órgão competente opinado pela regularidade, além de estarem presentes no instrumento convocatório diversos critérios objetivos para análise dos planos de negócio e propostas comerciais, não persiste qualquer ilegalidade.

n. Da Ilegalidade Pela Impossibilidade de Apresentação de Título de Capitalização Como Garantia da Proposta e do Contrato

A garantia de proposta prevista no item 15 do Edital, estabelece:

15.1. O Envelope Nº 2 – PROPOSTA COMERCIAL E GARANTIA DE PROPOSTA, deverá conter a PROPOSTA COMERCIAL, a GARANTIA DE PROPOSTA, tal qual previsto no art. 58, §1º da Lei 14.133/21 e o PLANO DE NEGÓCIOS, a serem elaborados pela licitante em conformidade com as condições indicadas neste EDITAL e no ANEXO IV.

18.5. A GARANTIA DA PROPOSTA poderá ser ofertada em uma das seguintes modalidades previstas no §1º

do art. 96 da Lei 14.133/21, sendo: a. Caução em dinheiro, na moeda corrente do País, depositada em conta indicada pelo PODER CONCEDENTE, a ser aberta para esse fim específico, mediante o comprovante de realização do depósito bancário, devidamente autenticado pelo Banco recebedor; b. Títulos da dívida pública do Tesouro Nacional, emitida sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, em via original e acompanhado de comprovante de sua validade atual quanto à liquidez e valor; c. Seguro-garantia, emitido por Seguradora em favor do PODER CONCEDENTE, autorizada e reconhecida pelo Banco Central do Brasil; d. Fiança bancária, emitida por Instituição Financeira em favor do PODER CONCEDENTE, autorizada e reconhecida pelo Banco Central do Brasil;

Por sua vez, a garantia de execução do contrato prevista na Cláusula 27 da Minuta do Contrato, dispõe:

27.1. 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.

É incontroverso que o sistema de garantias estabelecido no instrumento convocatório empregou as modalidades estabelecidas no art. 96, da Lei 14.133/2021. Nesse sentido, deve-se reconhecer que não há obrigatoriedade de emprego de todas as modalidades listadas pela lei de regência, sendo certo que o instrumento convocatório elegeu aqueles que se coadunam ao objeto da concessão.

o. Das Contradições Sobre o Procedimento de Reajuste Tarifário Entre o Anexo I (Minuta do Contrato) e o Anexo II (Estrutura Tarifária)

Neste tópico, afirma a impetrante que existe uma divergência nos prazos a serem observados pelas licitantes no contexto do procedimento de reajuste tarifário. Assim, apresenta a seguinte comparação dos dispositivos contidos na Minuta do Contrato e na Estrutura Tarifária:

ANEXO I (MINUTA DO CONTRATO)	ANEXO II (ESTRUTURA TARIFÁRIA)
23.2. O cálculo do REAJUSTE dos valores das TARIFAS e SERVIÇOS COMPLEMENTARES será elaborado pela CONCESSIONÁRIA, observada a fórmula acima, devendo ser submetido, <u>no mínimo 45 (quarenta e cinco) dias antes da data prevista para</u>	2.2.3. O cálculo do REAJUSTE dos valores das TARIFAS será elaborado pela CONCESSIONÁRIA, que deve submetê-lo ao CONCEDENTE <u>com antecedência de 30 (trinta) dias da data da emissão das faturas para os</u>
<u>sua aplicação</u> , à apreciação da AGÊNCIA REGULADORA, para que esta verifique a sua exatidão. (grifou-se)	USUÁRIOS, com os valores reajustados. (grifou-se)

Contudo, estes itens tratam de situações e fases diferentes do procedimento a ser adotado pela empresa contratada, inexistindo contradição entre os prazos previstos.

Ora, em primeiro lugar, a previsão do Anexo I – Minuta do Contrato – diz respeito ao envio do cálculo de reajuste realizado à Agência Reguladora. Ademais, o prazo de 45 (quarenta e cinco) dias prévios tem como base a data para aplicação deste reajuste.

Por outro lado, a previsão do Anexo II – Estrutura Tarifária – diz respeito ao envio do cálculo ao Poder Concedente, logo, possuem partes do procedimento diferentes em suas disposições. Ainda, o prazo de 30 (trinta) dias tem como base a data de emissão de fatura, assim, se tratando de outra fase do procedimento para ajuste do contrato.

Logo, os prazos não se confundem, pois referem-se a situações diferentes, cujos receptores dos cálculos realizados não são os mesmos. Também, tratam-se de momentos distintos do procedimento de reajuste,

sendo o envio a Agência Reguladora parte da fase de fiscalização do contrato, enquanto o envio ao Poder Concedente visa o acordo das partes dos valores que serão praticados após o reajuste, inclusive, sendo um momento anterior a atuação da agência fiscalizadora.

Desta maneira, sendo as previsões contidas na Minuta do Contrato e na Estrutura Tarifária referentes a sujeitos diferentes, bem como a momentos distintos do procedimento de reajuste não há que se falar em divergência ou contradição dos prazos estipulados.


p. Da Inobservância da Norma de Referência ANA nº 06, em Relação à Definição do Parâmetro de Reequilíbrio Econômico-Financeiro

Os parâmetros do Equilíbrio Econômico-Financeiro estão bem delimitados no Termo de Referência do instrumento convocatório, nas cláusulas contratuais e sobretudo na alocação de riscos prevista na Matriz de Riscos – Anexo X.

III – CONCLUSÃO

Diante da análise do pleito e pelos fatos ora apresentados, esta Comissão Especial de Licitação, decide pelo INDEFERIMENTO da presente impugnação, apresentada pela empresa **Companhia de Saneamento de Minas Gerais - COPASA.**, permanecendo inalteradas as disposições do instrumento convocatório ora atacado, haja vista que restou comprovado que as exigências e previsões impostas no edital estão de acordo com o disposto na legislação vigente que rege o certame.

Extrema/MG, 14 de novembro de 2024.



Carlos Alexandre Morbidelli
Comissão Especial de Licitação
Portaria nº 2.767 de 27 de janeiro de 2023


Luciano José dos Santos

Comissão Especial de Licitação
Portaria nº 2.767 de 27 de janeiro de 2023


Marcos Cassiano Alves

Comissão Especial de Licitação
Portaria nº 2.767 de 27 de janeiro de 2023


Kelvin Lucas Toledo Silva

Comissão Especial de Licitação
Portaria nº 2.767 de 27 de janeiro de 2023