

**COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO DO SERVIÇO DE
ABASTECIMENTO DE ÁGUA E COLETA E TRATAMENTO DE
ESGOTO DE TERESÓPOLIS**

PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO

PROTOCOLO 15.480/2023 - 21/07/2023 19h14

COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS (CEDAE)

Trata-se de PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO formulado pelo Sistema de Protocolo Eletrônico 1Doc, sobre o registro do PROTOCOLO 15.480/2023, em 21/07/2023 às 19h14 sendo o seu postulante a COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS (CEDAE), sociedade de economia mista com sede na Cidade do Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, na Avenida Presidente Vargas, nº 2655, Bairro Cidade Nova, CEP: 20.210-030 inscrita no CNPJ/MF sob o nº 33.352.394/0001-04, representada pelo Sr. Diogo Mentor Mattos Rocha, Diretor Jurídico - DJU, OAB/RJ 181864, CPF 096.██████████06 em razão do EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 002/2023, REFERENTE A CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ÁGUA E ESGOTO, solicito à COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO o PEDIDO DE IMPUGNAÇÃO nas seguintes razões devidamente analisadas como se apresenta:

TEMPESTIVIDADE

Nos termos da cláusula 31 do Edital, considera-se tempestiva a impugnação ao instrumento convocatório realizada por qualquer pessoa em até 05 (cinco) dias úteis antes data designada para a abertura da Sessão Pública e, por licitantes, no prazo de até o segundo dia útil que anteceder a sessão pública.

Considerando que a sessão pública foi designada para o dia 31/07/2023, resta demonstrada a tempestividade da presente impugnação.

FUNDAMENTOS DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

A Prefeitura Municipal de Teresópolis, por meio da Secretaria Municipal de Administração, publicou, em 12/06/2023, nos Diários Oficiais da União, do Estado do Rio de Janeiro e em jornal de grande circulação municipal, o Aviso de Licitação referente à Concorrência Pública nº 002/2023 (“Concorrência Pública”), do tipo Maior Oferta da Outorga, cujo escopo é o PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, SOB REGIME DE CONCESSÃO, DOS SERVIÇOS PÚBLICOS RELATIVOS À GESTÃO, ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS DE IMPLANTAÇÃO, EXPANSÃO, RESTAURAÇÃO E OPERAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA (SAA) E COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTO (SES) NO MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS/RJ, disponibilizado no sítio da Prefeitura os documentos licitatórios, a saber, o Edital e seus respectivos anexos.

Consoante será demonstrado na presente Impugnação, o Edital está maculado por vícios de legalidade e por falhas gravíssimas que impõem a suspensão da licitação, retificação e republicação do Edital, com reabertura do prazo inicialmente estabelecido para elaboração e apresentação de proposta pelas licitantes, nos termos do art. 21, §4º da Lei nº 8.666/1993.

Analisando-se os termos do edital, observa-se haver inconsistências nas cláusulas 1.42, 1.59, 1.7, 3.4, 4.1, 6.12, 13.14.2.5, 13.15.1.b, 13.15.2.1.1, 20.4, 23.2.1, 27.21 e 30.14. Além disso, foram encontradas inconsistências também no item 5.5.19 do PMI e nos Anexos III e V do Edital.

Por tais razões, a Concorrência Pública deve ser suspensa, a fim de (i) sejam sanadas as irregularidades e ilegalidades indicadas na presente Impugnação, (ii) republicado o Edital, e (iii) reaberto o prazo inicialmente estabelecido para apresentação de propostas pelas licitantes.

É o que se passa a demonstrar.

DA AUSÊNCIA DE PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO

Consoante o Novo Marco Legal do Saneamento Básico, Lei federal nº LEI Nº 11.445/ 2007, com a redação dada pela Lei Federal nº 14.026/2020, o município é o titular dos serviços e deve formular sua própria política pública, norteadora da atuação das prestadoras do serviço público.

A previsão insculpida no artigo 9º, inciso I do Novo Marco Legal do Saneamento Básico, prevê expressamente esse dever:

Art. 9º. O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei, bem como estabelecer metas e indicadores de desempenho e mecanismos de aferição de resultados, a serem obrigatoriamente observados na execução dos serviços prestados de forma direta ou por concessão; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Sob esse enfoque, o mesmo diploma estabelece como requisito indispensável à validade da celebração de contratos de concessão dos serviços de Saneamento Básico, a existência do aludido Plano, senão vejamos:

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;

Com efeito, é sabido e notório que o município de Teresópolis não concluiu de forma esmerada a elaboração deste documento preliminar e indispensável à publicação de certame licitatório visando a concessão dos serviços públicos de Saneamento Básico. Portanto, forçoso concluir que o Edital padece de vício insanável no procedimento porquanto ausente requisito de validade da assinatura do instrumento contratual que decorrerá da CONCORRÊNCIA PÚBLICA N.º 002/2023, razão pela qual roga-se pela imediata suspensão até que a devida conclusão do PMSB.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. O Plano Municipal de Saneamento Básico foi editado pelo Decreto Municipal nº 4.735/2016 e é item integrante do Edital de Concorrência em questão, sendo este disponibilizado através do Anexo XXVII. Tal questão já foi pacificada no Processo 0806962-12.2023.8.19.0061 que transitou na 3ª Vara Cível da Comarca de Teresópolis, em 25 de julho de 2023 pelo Exmo. Dr. MARCIO OLMO CARDOSO, Juiz Titular.

DA VISITA TÉCNICA

A cláusula 4.1 do edital prevê a obrigatoriedade de visita técnica como se vê abaixo:

4.1. Os LICITANTES deverão visitar os locais de execução dos serviços e suas cercanias, às suas expensas e sob sua responsabilidade, para formulação de sua PROPOSTA, apresentando ainda a DECLARAÇÃO DE CONHECIMENTO DOS SISTEMAS - ANEXO VIII - B, parte integrante do EDITAL.

Essa exigência limita o universo de competidores, uma vez que acarreta ônus excessivo aos interessados que se encontram em localidades distantes do local estipulado para o cumprimento do objeto, o que viola o previsto no art. 3º da lei federal nº 8.666/1993, que veda a inclusão em editais de cláusulas que frustrem o caráter competitivo do certame.

Ademais, afronta, ainda, o disposto no art. 30, III do mesmo diploma normativo. O que se observa pela leitura atenta do dispositivo é que o que a lei exige, na verdade, é tão somente que o licitante comprove que recebeu os documentos e tomou conhecimento das condições para o cumprimento da obrigação. Não há, no dispositivo, previsão de obrigatoriedade de comparecimento ao local de prestação dos serviços.

Além de violar a legislação acima apontada, a cláusula 4 do edital viola, também, o verbete sumular de nº 01 do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, in verbis:

Súmula 01 - A previsão de obrigatoriedade de realização de visita técnica enquanto requisito de habilitação em licitações do Poder Público representa cláusula potencialmente restritiva à competitividade, sendo substituível por declaração formal de que a empresa tem pleno conhecimento das condições e peculiaridades inerentes à natureza do serviço; caso a Administração opte pela manutenção da exigência, deve fazê-lo justificadamente.

Ainda que a súmula indique haver a possibilidade de inclusão de obrigatoriedade da visita técnica no edital, a justificativa apresentada no instrumento convocatório não se mostra robusta o suficiente para afastar o caráter anticompetitivo de sua previsão, não havendo informações concretas acerca da necessidade de se realizar a visita técnica. Afirmar, genericamente, que o objeto é complexo e que se faz necessário conhecer os sistemas e os adensamentos populacionais não supre a necessidade de se justificar adequadamente a inclusão de cláusula potencialmente anticoncorrencial.

Da forma tal como prevista, a visita técnica consta como obrigatória, e por consequência como verdadeiro requisito de qualificação, quando a regra determina que a previsão seja facultativa, porquanto constitui direito dos licitantes, o que carece a inserção, no edital, de cláusula que estabeleça a possibilidade de apresentação de declaração de assunção da responsabilidade do contratado a ocorrência de eventuais prejuízos em virtude de sua omissão na verificação dos locais de instalação e execução dos serviços aos licitantes que optarem por não exercer tal direito.

Assim é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

ACORDÃO 149/2013 - TCU

9.3.2. incluir, no caso de visita técnica facultativa, cláusula editalícia que estabeleça ser da responsabilidade do contratado a ocorrência de eventuais custos adicionais em virtude de sua omissão na verificação dos locais de instalação;

5.2.3. Assim, a inclusão de cláusula dessa natureza no edital evita que, posteriormente, a eventual contratada exima-se de qualquer obrigação assumida. **Entende-se que é direito da licitante a realização da visita, e não obrigação ou pré-requisito de habilitação no certame. No entanto, deve restar assente que, abrindo mão desse direito, integrará a esfera de sua responsabilidade e de seu ônus a omissão na verificação dos locais da obra.**

Desta forma, entende-se pela necessidade de supressão da obrigatoriedade da visita técnica fazendo constar previsão expressa pela faculdade e possibilidade de apresentação de declaração de responsabilidade pela não realização, ou, caso se entenda pela manutenção de tal cláusula editalícia, que seja apresentada justificativa adequada para tanto, com dados e informações concretas, não apenas alegações genéricas sem qualquer fundamentação.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. Em atendimento ao Acórdão 1.447/2015 - Plenário TCU, a Visita Técnica se demonstra como essencial tendo em vista a complexidade do objeto desta Concorrência Pública, os sistemas existentes envolvidos, a ÁREA DE CONCESSÃO e os adensamentos populacionais em relação as metas estabelecidas no Termo de Referência. Em cumprimento ao que prevê o Acórdão mencionado, não há restrição quanto a uma data única para a realização das visitas técnicas, ou ainda que ela seja cumprida em apenas 1 (um) dia. Foram promovidos ajustes igualando as determinações do Edital e do Termo de Referência, bem como

deixando clara a importância de tais visitas e a rotina para a solicitação das mesmas. "A vistoria ao local das obras somente deve ser exigida quando for imprescindível ao cumprimento adequado das obrigações contratuais, o que deve ser justificado e demonstrado pela Administração no processo de licitação, devendo o edital prever a possibilidade de substituição do atestado de visita técnica por declaração do responsável técnico de que possui pleno conhecimento do objeto. Sendo imprescindível a visita técnica, restringe a competitividade a exigência de sua realização somente pelo responsável técnico da licitante ou em única data." Acórdão 1447/2015-Plenário TCU.

DA PARTICIPAÇÃO DE PESSOA JURÍDICA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL

A cláusula 6.12 veda, de maneira absoluta, a participação de sociedades em recuperação judicial sem que o plano tenha sido aprovado e homologado pelo juízo, conforme se observa abaixo:

6.12. Não estão admitidas as participações nesta LICITAÇÃO dos LICITANTES: a) em regime de recuperação judicial ou extrajudicial que não comprove a aprovação de plano de recuperação judicial devidamente aprovado e homologado pelo juízo competente, ou cuja falência haja sido decretada;

Ocorre que tal previsão apresenta caráter restritivo à competitividade no certame, o que afronta o teor do art. 3º da lei federal nº 8.666/1993.

Ademais, o verbete nº 12 da súmula do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que apenas exige tal homologação no momento da habilitação:

Súmula 12 - A participação de sociedades empresárias em recuperação judicial ou extrajudicial em procedimentos licitatórios deve ser permitida, em observância ao princípio da preservação da empresa, desde que haja comprovação de que o plano já tenha sido aprovado/homologado pelo juízo competente quando da entrega da documentação de habilitação.

O entendimento sumulado da Corte de Contas do Estado é no sentido de que somente será exigida a apresentação do plano de recuperação judicial no momento da entrega da documentação de habilitação, o que o edital contraria, já que veda, arbitrariamente, a participação no certame de empresas em recuperação judicial.

Desta forma, entende-se pela necessidade de modificação do edital para que se passe a permitir a participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial desde que o plano tenha sido homologado até o momento da entrega da documentação de habilitação.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. Conforme indicado pela própria impugnante, o enunciado nº 12 da Súmula do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro determina que haja comprovação de que o plano já tenha sido aprovado/homologado pelo juízo competente quando da entrega da documentação de habilitação, ou seja, na sessão pública de realização do certame. É precisamente isso que o Edital determina, tendo em vista que o momento de averiguação desse aspecto é na abertura dos envelopes, ou seja, posteriormente à entrega da documentação de habilitação. Isso pode ser percebido no item 13.14.4.1. do Edital, que determina a

inclusão entre os documentos de habilitação de comprovação de que o respectivo plano de recuperação foi acolhido judicialmente, na forma do art. 58, da Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, sob pena de inabilitação.

DA APRESENTAÇÃO DE CÓPIAS AUTENTICADAS

O item 13.14.2.5, inserido na parte da qualificação econômico-financeira, traz exigência de cópia autenticada de páginas de livros contábeis, conforme se observa abaixo:

13.14.2.5. Com relação ao subitem (a) acima, quando não houver a obrigatoriedade de publicação do balanço patrimonial e demonstrações contábeis, deverão ser apresentadas, pelo LICITANTE, cópias legíveis e autenticadas das páginas dos livros contábeis aplicáveis, nas quais os mesmos foram transcritos, devidamente assinados pelo contador responsável e por seus sócios, bem como dos termos de abertura e encerramento do Diário Geral na Junta Comercial ou no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas.

Tal exigência afronta o art. 3º, inciso II, da Lei Federal nº 13.726/18, que versa sobre a desburocratização da Administração Pública, e o teor do verbete de nº 11 da súmula do Tribunal de contas do Estado do Rio de Janeiro que assim preleciona:

Súmula 11 - O edital de licitação não deve exigir a apresentação de documento com firma reconhecida ou cópia autenticada. Somente em caso de fundada dúvida sobre a autenticidade do documento é que a Administração, na avaliação dos documentos de habilitação, poderá demandar tais providências.

Desta forma, entende-se pela necessidade de alteração no edital para que se retire a exigência de apresentação de documentação autenticada.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. O Edital abre outras possibilidades para além da entrega de cópias autenticadas, a exemplo da entrega de documentos originais. Cita-se aqui os itens 13.20., 13.20.1 e 13.21. do Edital. "13.20. Os documentos necessários à habilitação e ao credenciamento poderão ser apresentados e serão retidos para oportuna juntada no processo administrativo." "13.20.1.A autenticação dos documentos por servidor do Departamento de Suprimento e Licitação deste Município poderá ser feita durante a sessão da Concorrência Pública." "13.21. Todos os documentos que forem subscritos poderão ser assinados fisicamente ou digitalmente com certificação digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil desde que, no documento apresentado, constem meios hábeis para a verificação de sua autenticidade, incluindo, mas não se limitando a QR Codes e códigos para validação em links de sites expressamente indicados no documento em questão."

DA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL

A cláusula 13.15.1.b, que trata da capacidade técnico-profissional, exige comprovação de vínculo com o profissional detentores de atestado) de responsabilidade técnica no momento da apresentação da proposta, conforme se observa abaixo:

13.15.1. A Qualificação Técnica das LICITANTES será comprovada mediante:

1. a) Comprovação de registro da Pessoa Jurídica em entidade profissional competente, sendo eleito o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA da sede da LICITANTE;
2. b) CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL: Comprovação de possuir em seu quadro permanente, ou relação de emprego, ou na qualidade de sócio, ou através de contrato de prestação de serviço, na data prevista para a entrega da proposta, profissional de nível superior com registro ativo no Conselho Profissional Competente, detentores de atestado(s) de responsabilidade técnica, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, acompanhados da(s) respectiva(s) CAT(s) – Certidão(ões) de Acervo Técnico, devidamente registrada(s) no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA.

Tal exigência afronta o teor da Súmula 10 do Tribunal de Contas do Estado, abaixo transcrita:

“Súmula 10 - Não deve ser exigido vínculo empregatício preexistente entre o profissional e a empresa licitante para fins de comprovação de qualificação técnico-profissional. O edital deve permitir qualquer meio apto a comprovar que, **quando da contratação**, a empresa licitante possuirá equipe técnica qualificada e disponível para a execução do objeto licitatório, a exemplo de apresentação de declaração de compromisso de disponibilidade.” (Grifos)

Os Tribunais de Contas possuem entendimento cristalizado no sentido de que a interpretação literal do artigo 30, § 1º, inciso I da Lei nº 8.666/93, que exige a prova de vínculo profissional, desde o momento de apresentação das propostas, quando não há sequer a divulgação do resultado da licitação, configura exigência desarrazoada que restringe a competitividade do certame, porquanto todos os interessados já precisam contratar e pagar antecipadamente por um profissional.

O vergastado dispositivo trazia confusão quanto à obrigatoriedade de que o profissional já possuísse vínculo com a empresa antes mesmo da assinatura do contrato, que a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021), em seu art. 67, inciso I, passou a exigir apenas a “apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente”, retirando expressamente a regra prevista na legislação anterior de que o profissional já deveria integrar o quadro permanente da empresa na fase de habilitação.

Com efeito, formou-se a escorreita compreensão de que a comprovação do referido vínculo deve ser postergada para o momento da assinatura do instrumento contratual, de modo a permitir a participação do maior número de interessados possíveis, razão pela qual deverá ser reformada a cláusula editalícia a esse respeito.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. O Edital atende claramente o teor do enunciado de nº 10 do TCE-RJ, na medida em que o item 13.15.1.1. do Edital abre a possibilidade de comprovação por diversos meios, inclusive carta de intenção:

13.15.1.1. A LICITANTE poderá comprovar vínculo com os profissionais detentores de atestado(s) de responsabilidade técnica referidos por meio dos seguintes documentos:

- a. carteira de trabalho e previdência social (CTPS) do profissional, da qual conste a LICITANTE como contratante;
- b. contrato/estatuto social da LICITANTE, do qual conste o profissional como sócio ou diretor;
- c. contrato de prestação de serviços entre a LICITANTE e o profissional; ou
- d. carta de intenção, por meio da qual o profissional se comprometa a prestar serviços à SPE a ser constituída pela LICITANTE para a assinatura do Contrato de Concessão, na hipótese em que se sagre vencedora desta LICITAÇÃO.

DA COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL

Em relação à demonstração de capacidade técnico-operacional, o edital, em sua cláusula, 13.15.2.1.1 exige que seja demonstrada a atuação prévia em sistema de abastecimento água com operação e manutenção de rede de distribuição de água com no mínimo 22.500 (vinte e dois mil e quinhentos) ligações, conforme se observa da cláusula abaixo transcrita:

13.15.2. CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL: Prova de aptidão para desempenho técnico da LICITANTE, através de Certidão(ões) ou Atestado(s) em seu nome ou em nome das integrantes do CONSÓRCIO, sendo facultado às LICITANTES comprovar as experiências ora exigidas por meio de atestados emitidos em nome de empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico da LICITANTE, incluindo empresas controladas, controladoras, coligadas, sob controle comum, empresas em que a LICITANTE tenha participação societária direta ou indiretamente, ou, ainda, empresas que tenham sido absorvidas por incorporação ou fusão, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando que a LICITANTE, ou empresa que integra o CONSÓRCIO, operou obras e/ou serviços de saneamento básico de água potável e esgotamento sanitário, com as características e quantitativos que compreendam as seguintes especificações:

13.15.2.1.SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA:

13.15.2.1.1. Operação e manutenção de rede de distribuição de água com no mínimo 22.500 (vinte e dois mil e quinhentos) ligações;

O edital, contudo, não apresenta o quantitativo total de ligações existentes no município, o que gera inúmeras incertezas.

Por sua vez, o quantitativo total de ligações de água no município de Teresópolis, de acordo com o SNIS, é de 43.951, conforme se depreende do quadro abaixo extraído do próprio porta do SNIS:

Assim, considerando que o município de Teresópolis conta com 43.951 ligações de água, o número de ligações exigidas na demonstração da capacidade técnico-operacional representa o percentual de 51,19% do total de ligações de água existentes no território do município.

Esta exigência mostra-se em confronto com o entendimento sumulado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que afirma somente ser possível exigir quantitativos mínimos, para fins de demonstração de capacidade técnico-operacional, em percentual não superior a 50%, conforme se observa do inteiro teor do verbete nº13 da súmula da Egrégia Corte de Contas:

Súmula 13 - Nos editais de licitação, caso haja exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional por meio de certificado no qual conste referência a quantitativos mínimos, tal exigência deve ser limitada às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado e não pode ser superior a 50% do quantitativo pretendido, salvo justificativa específica e tecnicamente fundamentada.

De igual modo se posiciona o Tribunal de Contas da União:

Acórdão 2924/2019-Plenário (Relator Benjamin Zymler)

É irregular a exigência de atestado de capacidade técnico-operacional com quantitativo mínimo superior a 50% do quantitativo de bens e serviços que se pretende contratar, a não ser que a especificidade do objeto o recomende, situação em que os motivos de fato e de direito deverão estar devidamente explicitados no processo licitatório.

Nesse panorama, não há no Edital, bem como em seus anexos, qualquer menção ao quantitativo estimado de ligações para a referida concessão, tendo sido somente informada a área de abrangência e perímetro, de modo que, sem tal informação reputa-se inviável avaliar se, de fato, o quantitativo de 22.500 (vinte e dois mil e quinhentos) ligações para fins de exigência de qualificação técnico-operacional se encontra no limite de 50% permitidos pelos órgãos de controle. Ademais, as fórmulas paramétricas que estabelecem os índices de atendimento adotam o quantitativo populacional do Município constante nos setores censitários 2021 oferecidos pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, o que não reflete, necessariamente corresponde ao quantitativo de ligações, cabendo ser sanada a inconsistência ou devidamente justificada.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido.

Conforme Acórdão n.º 1948/2011-Plenário, foi cumprido nos atos administrativos que dão sustentação a Concorrência Pública nº 002/2023 a demonstração da relevância da apresentação de Atestados de Capacidade Técnica em quantidade suficiente para demonstrar expertise no objeto da licitação. Ainda, o Modelo Financeiro apresenta que ao final dos 25 anos da concessão há uma previsão de 53.677 ligações Atendidas de Água, de forma que a exigência do Edital está inferior a 50% do quantitativo que se pretende contratar.

DA PREVISÃO ACERCA DO REAJUSTE TARIFÁRIO

A Cláusula 23.2.1, ao tratar do reajuste tarifário, afirma que os valores das tarifas poderão ser reajustados a cada 12 meses, dando a entender haver uma faculdade no reajuste. Tal conclusão parece se confirmar pelo teor do item 23.2.3 que fala em eventual reajuste das Tarifas.

23.2. REAJUSTE DA TARIFA:

23.2.1. Os valores das TARIFAS e do PREÇO PÚBLICO REFERENCIAL DE SERVIÇOS COMPLEMENTARES (PPRSC) poderão ser reajustados a cada 12 (doze) meses, na forma da Lei, contados da DATA DA ORDEM DE INÍCIO, de acordo com os critérios estabelecidos no CONTRATO.

23.2.3. O eventual reajuste das TARIFAS deverá seguir os ritos estabelecidos no CONTRATO, dentre eles a apresentação da memória de cálculo a AGÊNCIA REGULADORA e análise autorizativa da CONCEDENTE.

A facultatividade do reajuste tarifário afronta previsão expressa da lei 11.445/2007 que, em seu art. 37, prevê que os reajustes de tarifas serão realizados observando-se intervalo mínimo de 12 (doze) meses, sendo obrigatória a concessão do reajuste por meio da fórmula paramétrica prevista em contrato.

Desta forma, entende-se pela necessidade de alteração do edital para que seja prevista a obrigatoriedade de concessão do reajuste, nos termos da legislação vigente acima indicada.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. O Edital é claro ao respeitar as regras estabelecidas pela Lei nº 11.445/2007, em especial na observância das regras de reajuste e de reequilíbrio. Diferentemente do alegado pela licitante, o Edital não deixa à discricionariedade do PODER CONCEDENTE realizar ou não o reajuste tarifário. O que o art. 37 da Lei Federal nº 11.445/2007 determina é o intervalo mínimo a ser observado entre os processos de reajuste. O uso do termo “poderão” no item 23.2.1 do Edital apenas indica que a possibilidade de requerimento do reajuste por parte da CONCESSIONÁRIA surge com o transcurso do período de 12 (doze) meses, não podendo o reajuste ser realizado em período inferior a este, como determina a lei. A alegação, portanto, não merece prosperar, sendo o esclarecimento acima bastante para sanar a dúvida ora apresentada.

DA ESTRUTURA TARIFÁRIA PREVISTA

O edital traz, tanto em seu anexo III (Estrutura Tarifária) quanto em seu anexo V (Regulamento dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e dos Serviços de Esgotamento Sanitário), previsões acerca da cobrança da denominada Tarifa Referencial de Esgoto. Em ambos os documentos, faz-se menção à cobrança na proporção de 90% do valor da tarifa referencial de água, conforme se observa abaixo:

Anexo III - Estrutura Tarifária

Tarifa Referencial de Água (TRA) e Tarifa Referencial de Esgoto (TRE): Abaixo é feita a demonstração da Tarifa Referencial de Água (TRA) e Tarifa Referencial de Esgoto (TRE)

vigente no início da CONCESSÃO, sendo a Tarifa Referencial de Esgoto (TRE) é 90% das respectivas Tarifas Referencial de Água (TRA)

Anexo V - Regulamento dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e dos Serviços de Esgotamento Sanitário

73) A Tarifa Referencial de Esgoto (TRE) será cobrada na razão de 90% (noventa por cento) da Tarifa Referencial de Água (TRA) para os usuários que tiverem a sua disposição os serviços de coleta, condução, afastamento e tratamento de esgoto, de acordo com a categoria de usuário e volume consumido.

Ocorre que não há, na literatura técnica, consenso acerca do real percentual de coeficiente de retorno (volume de esgoto em função do valor da água). A ABNT, por meio da NBR 9649, “recomenda a utilização de retorno igual a 0,8 quando inexistem dados locais oriundos de pesquisas.” Há estudos que indicam a utilização de outros coeficientes de retorno, conforme demonstrado na tabela 5 abaixo:

A discrepância nos índices do coeficiente de retorno decorre das realidades dos locais e da época em que foram realizados os estudos, características das edificações, densidade populacional etc.

Analisando-se o edital e seus documentos anexos, não é possível identificar qualquer justificativa técnica para que tenha sido adotada a proporção de 90%, havendo violação, portanto, à regra que exige a motivação dos atos administrativos.

A Administração Pública direta e indireta está submetida à observância de diversos princípios constitucionais e legais em sua atuação, dentre os quais se destaca, nesta ocasião, o princípio da motivação dos atos administrativos.

Sobre o princípio da motivação, leciona o Professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

“Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existente a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo”.

Atos administrativos decisórios devem ser motivados, cabendo ao administrador embasar suas opções de modo consistente justamente porque a Teoria dos Motivos Determinantes exige a correspondência entre os motivos do ato e a realidade concreta e a Administração Pública se vincula à veracidade e legitimidade dos aventados motivos determinantes.

Desta forma, entende-se que a opção pela utilização de um coeficiente de retorno de 90% para fins de definição da tarifa referencial de esgoto deverá ser motivada com a exteriorização dos pressupostos fáticos e jurídicos.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. Todos os dados apontados são fundamentados no resultado do Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI do EDITAL de Chamamento Público SMMA nº 001/2017 (Caderno 1 – Introdução e Estudos Técnicos; Caderno 2 – Estudos Econômico-financeiros; e Modelo Financeiro) atualizado pelos ganhos sugeridos pela sociedade durante as audiências públicas e consultas públicas, estando tais documentos disponíveis em

<https://teresopolis.rj.gov.br/saneamento/> e em <https://licitacao.teresopolis.rj.gov.br/aguaeesgoto/>. Ainda, cabe pontuar que não foi apresentado pelo impugnante fundamento técnico ou jurídico que vede ou desabone a opção de modelagem adotada.

DA AUSÊNCIA DE COMPLETUDE DA ESTRUTURA TARIFÁRIA

Observando-se o conteúdo do Anexo V - Regulamento dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e dos Serviços de Esgotamento Sanitário, notadamente o teor de seu Capítulo V - Das Tarifas, salta aos olhos a ausência de previsão regulamentar acerca da cobrança nas ocasiões em que não for possível a realização da leitura no medidor ou nos imóveis em que, por qualquer motivo, não houver medidor instalado.

Inúmeras são as situações em que o prestador de serviço se vê impossibilitado de prosseguir com a leitura do hidrômetro instalado. Nestas ocasiões, geralmente, há a previsão de cobrança por média, média apurada ou alguma outra metodologia de cobrança.

Há, também, situações fáticas em que não há medidor instalado ou não há a possibilidade de se instalar tal aparelho. Nestas ocasiões, geralmente, a literatura técnica indica que a cobrança será realizada por estimativa, com base nas características físicas do imóvel.

Contudo, não há qualquer definição acerca da cobrança a ser realizada nestas hipóteses, o que pode trazer grave insegurança jurídica à prestação dos serviços, prejudicando sobremaneira a consecução das metas de universalização trazidas pela legislação setorial e previstas no próprio edital.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. O item 75 do Anexo V - Regulamento dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e dos Serviços de Esgotamento Sanitário esclarece a cobrança por média.

DA COBRANÇA DA TARIFA DE ESGOTO QUANDO PRESTADAS TODAS AS FASES

Da leitura do Anexo V - Regulamento dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e dos Serviços de Esgotamento Sanitário, é possível concluir que somente será possível efetuar a cobrança da tarifa referente ao serviço de esgotamento sanitário nos casos em que todas as fases do serviço estiverem sendo prestadas. É o que afirma o item 67, abaixo transcrito:

67) As tarifas de água e esgoto incidirão sobre as unidades prediais e territoriais, servidas pelas respectivas redes, que as utilizem, sendo cobrada a Tarifa Referencial de Esgoto somente quando houver a coleta, transporte, tratamento e destinação.

Tal previsão é manifestamente ilegal e coloca em risco o próprio atingimento das metas colocadas no edital.

Em sua redação original, ao mencionar o serviço de esgotamento sanitário, o marco regulatório do saneamento básico, lei 11.445/2007, não era claro no sentido de que este serviço era uma atividade complexa e sua prestação se dava quando havia atuação do poder concedente ou concessionária em qualquer das etapas que a compunham.

Embora já se defendesse que o serviço era prestado sendo qualquer das suas etapas executadas e por isso, haveria incidência da tarifa, no intuito de custear o serviço, era grande a polêmica junto aos Tribunais de todo Brasil.

Diante das controvérsias relacionadas à cobrança da tarifa de esgotamento sanitário, ocorridas após a edição da lei, gerando insegurança jurídica no setor, o Executivo à época editou o decreto 7.217/2010. Este decreto estabeleceu que a prestação do serviço era constituída por uma ou mais das seguintes fases: I - coleta, inclusive ligação predial, dos esgotos sanitários; II - transporte dos esgotos sanitários; III - tratamento dos esgotos sanitários; e IV - disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais, inclusive fossas sépticas.

Além disso, o STJ, no Recurso Especial nº 1.339.313/RJ, julgado, em 2013, pelo regime dos recursos especiais repetitivos do antigo art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973, definiu a tese do tema repetitivo nº 565 que legitima a cobrança integral da tarifa de esgoto ainda que prestada apenas uma das fases do serviço, exatamente no mesmo sentido da legislação.

Tal entendimento foi incorporado na lei federal nº 11.445/2007, em seu art. 3º-B, quando do advento da lei federal nº 14.026/2020, in verbis:

Art. 3º-B. Consideram-se serviços públicos de esgotamento sanitário aqueles constituídos por 1 (uma) ou mais das seguintes atividades:

I - coleta, incluída ligação predial, dos esgotos sanitários;

II - transporte dos esgotos sanitários;

III - tratamento dos esgotos sanitários; e

IV - disposição final dos esgotos sanitários e dos lodos originários da operação de unidades de tratamento coletivas ou individuais de forma ambientalmente adequada, incluídas fossas sépticas.

Parágrafo único. Nas Zonas Especiais de Interesse Social (Zeis) ou outras áreas do perímetro urbano ocupadas predominantemente por população de baixa renda, o serviço público de esgotamento sanitário, realizado diretamente pelo titular ou por concessionário, inclui conjuntos sanitários para as residências e solução para a destinação de efluentes, quando inexistentes, assegurada compatibilidade com as diretrizes da política municipal de regularização fundiária.

Exigir, para a cobrança da tarifa, que todas as fases sejam prestadas, como o faz o edital, implica em possível prestação gratuita de serviços, o que abala a equação econômico-financeira do contrato.

Além disso, a forma como o edital trata a cobrança da tarifa de esgoto pode impactar negativamente o atingimento das metas trazidas no marco regulatório do setor. A cobrança integral da tarifa, ainda que prestada somente uma das fases, garante que haja recursos para que as demais fases sejam implantadas, além de garantir a execução das

conexões à rede, bem como a sustentabilidade financeira dos contratos de concessão em curso.

Por fim, estudos indicam que há uma espécie de subsídio cruzado entre serviços, em que a arrecadação pela prestação do serviço de esgotamento sanitário subsidia os serviços de abastecimento de água. Reduzir a arrecadação das concessionárias no serviço de esgoto implica, portanto, a redução dos investimentos no serviço de água, prejudicando, sobremaneira, a tão sonhada universalização.

Desta forma, entende-se que o edital deve ser revisto para que seja adequado ao previsto na legislação setorial em prol da própria universalização dos serviços e do atingimento das metas previstas tanto no contrato quanto na legislação.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. Conforme estabelece o Edital e seus anexos, somente será permitida a cobrança da TRE quando houver a coleta, transporte, tratamento e destinação do esgoto, não sendo limitado a forma do transporte do esgoto, observados os OBJETIVOS, METAS E INDICADORES DE DESEMPENHO DA CONCESSÃO (item 5 do TERMO DE REFERÊNCIA), inclusive quanto às metas mínimas sobre os sistemas de transporte. Por mais que o serviço de esgotamento sanitário seja complexo, abrangendo diversas atividades, a opção do Município, como titular do serviço e legitimado para sua organização, foi de que só poderá haver a cobrança quando todas estiverem sendo executadas.

A decisão do STJ citada apenas reconhece a existência dessa complexidade do serviço, contemplando diversas atividades, e aponta não ser ilegal a cobrança, mesmo que nem todas estejam em prestação. Contudo, tal decisão não firma obrigatoriedade que as futuras concessões deverão estabelecer cobrança nesse molde.

DOS BENS REVERSÍVEIS

A cláusula 1.7 do Edital (também reproduzida na minuta do contrato) traz como definição de bens reversíveis:

“1.7. BENS REVERSÍVEIS: são os bens móveis e imóveis afetos e vinculados à prestação dos SERVIÇOS PÚBLICOS RELATIVOS À GESTÃO, ESTRUTURAÇÃO DE PROJETOS DE IMPLANTAÇÃO, EXPANSÃO, RESTAURAÇÃO E OPERAÇÃO DO SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA (SAA) E COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTO (SES) NO MUNICÍPIO DE TERESÓPOLIS/RJ que são transferidos para o CONCEDENTE ao final do CONTRATO.”

Contudo, ao que parece, tal previsão vai de encontro ao recente entendimento exarado pela PGE em caso análogo, quando da análise da concessão do saneamento no âmbito do Rio de Janeiro, no bojo do processo SEI nº 150001/002239/2022, por meio do Parecer nº 11/2022 – ASA, de autoria do i. Procurador do Estado ALEXANDRE SANTOS ARAGÃO, vistado e aprovado, com ressalva pontual, pelo Procurador-Geral do Estado Bruno Dubeux, no sentido de que reversibilidade de determinado bem não só está diretamente relacionada à sua essencialidade e imprescindibilidade para a continuidade da prestação do serviço público concedido, mas também à inviabilidade de sua substituição.

Com isso, tendo em vista que a modelagem das concessões realizadas no âmbito do programa de desestatização do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário encampou a corrente funcional para a definição de bens reversíveis, entendeu a Procuradoria Geral do Estado que os bens necessários à prestação regionalizada dos serviços downstream, tais como redes, ligações, estações de tratamento de esgoto, estações elevatórias de água e esgoto, poços de visita, interceptores emissários, coletores troncos reservatórios de água tratada poderiam ser considerados reversíveis, enquanto, por outro lado, as instalações como sedes administrativas, lojas comerciais, almoxarifado, oficinas, laboratórios, garagens e sedes onde se agrupam viaturas, carros pipas e empregados envolvidos com a prestação de serviços podem, em princípio, ser desconsiderados como bens reversíveis.

Desta feita, a previsão constante do Edital compreendendo também como bens reversíveis aqueles relativos à gestão e estruturação de projetos de implantação (expressamente desconsiderados como bens reversíveis pela PGE), poderá gerar controvérsias práticas quando do eventual exame do respectivo enquadramento na lista de bens reversíveis.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. Inicialmente, cabe ressaltar que pareceres da Procuradoria Geral do Estado não vinculam as administrações públicas municipais, tendo em vista o modelo de federalismo inaugurado pela Constituição da República de 1988.

Conforme Portaria nº 557 do Ministério das Cidades, bens reversíveis são “bens móveis e imóveis necessários para a prestação dos serviços públicos objeto do contrato, que serão devolvidos ao titular, em perfeitas condições de operação, quando finalizada a vigência do instrumento de contrato de concessão ou de programa”. O aspecto definidor da reversibilidade do bem, portanto, é a sua necessidade para a prestação dos serviços e garantia de sua continuidade. Assim, são reversíveis redes de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, edificações e instalações operacionais, como estações de tratamento de água e de esgoto, estações elevatórias, infraestruturas de captação e de adução, reservatórios, softwares, máquinas e equipamentos cuja utilização seja essencial para a prestação dos serviços e para garantir sua continuidade, isto é, sem os quais a prestação dos serviços viria a ser interrompida. Da mesma forma, não são reversíveis, softwares de gestão corporativa, máquinas e equipamentos de uso geral, bem como terrenos, edifícios e veículos quando exclusivamente utilizados para finalidades administrativa.

Não há obscuridade quanto a isso. A alegação, portanto, não merece prosperar, sendo o esclarecimento acima bastante para sanar a dúvida ora apresentada.

DA POSSIBILIDADE DE INVALIDAÇÃO DE DECISÃO DA AGÊNCIA REGULADORA CONTRÁRIA À PROPOSTA DA CONCESSIONÁRIA, POR PARTE DO PODER E EM ÚLTIMA INSTÂNCIA DO PREFEITO MUNICIPAL

No item 30.14, o Edital traz a possibilidade de invalidação de uma decisão da Agência Reguladora eventualmente contrária à proposta da concessionária, por parte do Poder Concedente e em última instância pelo Prefeito Municipal, no âmbito das revisões do

contrato, o que, aparentemente, demonstra clara afronta ao disposto nos artigos 21 a 25 da Lei Federal nº 11.445/07 2 , consoante se observa a seguir:

30.14. Se a AGÊNCIA REGULADORA se manifestar contrariamente à proposta de REVISÃO apresentada pela CONCESSIONÁRIA, essa última poderá recorrer ao CONCEDENTE, em até 15 (quinze) dias contados da decisão da AGÊNCIA REGULADORA, devendo o CONCEDENTE se manifestar em até 30 (trinta) dias contados da apresentação do recurso, sem prejuízo do direito da CONCESSIONÁRIA de recorrer, em última instância, ao Chefe do Poder Executivo na condição de Poder Concedente, em até 15 (quinze) dias contados da decisão do CONCEDENTE.

Ademais, destaca-se o entendimento da d. PGE-RJ através do Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, quando da análise da minuta de Contrato de Concessão do Saneamento, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, o qual apresentou algumas considerações aplicáveis à situação ora tratada, in verbis:

“A Lei nº 14.026/2020 remete às regras de governança para as agências reguladoras locais, regionais e estaduais. O exercício dessa governança regulatória inclui atividades tais quais: decisões sobre a independência e autonomia do regulador; a forma como os processos regulatórios serão dados; a transparência e previsibilidade da tomada de decisão. **A atividade regulatória, como se sabe, consiste na ponderação de todos os interesses envolvidos, cabendo à Agência Reguladora equilibrar harmonicamente e de forma equidistante interesses que, não raro, se revelam antagônicos, com a finalidade maior de concretizar o atendimento do interesse público primário.**

Essa governança setorial é um tema que gera grande expectativa junto à Agência Reguladora. **Deve ser dado à Agência Reguladora tal papel**, favorecendo medidas de governança em um contrato dessa complexidade, sendo ela em princípio inclusive mais apetrechada técnica e organizacionalmente que a Administração Direta do Estado para tais finalidades.”

Neste sentido, inclusive, foi proferida decisão, no bojo do Processo TCE-RJ nº 250.583-6/2021, que verificou a existência de diversas impropriedades no Edital de Concorrência Pública nº. 004/2021, referente à Concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Teresópolis, que poderiam restringir indevidamente a competitividade no certame e inviabilizar/dificultar a correta formulação de propostas, tendo sido recomendado que esta municipalidade se manifestasse quanto às impropriedades veiculadas, adotando, dentre outras, a providência abaixo colacionada:

3. Exclua a possibilidade de invalidação de uma Decisão da Agência Reguladora eventualmente contrária à proposta da concessionária, por parte do Poder Concedente e em última instância do Prefeito Municipal, no âmbito das revisões do contrato de concessão e das aplicações de penalidades, com fundamento nos arts. 21 a 25 da Lei Federal nº 11.445/07;

Além disso, o artigo 22, inciso II da Lei Federal nº 11.445/07 é expresso ao prever que cabe à entidade reguladora *“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”*, razão pela qual o referido dispositivo deve ser retificado.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. Tal questão já foi endereçada pelo Município, através da publicação em diário oficial do Aviso nº 226/2023 com as seguintes erratas:

ONDE SE LÊ: ANEXO XXV – MINUTA DE CONTRATO 30.14. Se a AGÊNCIA REGULADORA se manifestar contrariamente à proposta de REVISÃO apresentada pela CONCESSIONÁRIA, essa última poderá recorrer ao CONCEDENTE, em até 15 (quinze) dias contados da decisão da AGÊNCIA REGULADORA, devendo o CONCEDENTE se manifestar em até 30 (trinta) dias contados da apresentação do recurso, sem prejuízo do direito da CONCESSIONÁRIA de recorrer, em última instância, ao Chefe do Poder Executivo na condição de Poder Concedente, em até 15 (quinze) dias contados da decisão do CONCEDENTE.

LEIA-SE: ANEXO XXV – MINUTA DE CONTRATO 30.14. Se a AGÊNCIA REGULADORA se manifestar contrariamente à proposta de REVISÃO EXTRAORDINÁRIA apresentada pela CONCESSIONÁRIA, essa última poderá apresentar o recurso previsto no normativo próprio da AGÊNCIA REGULADORA, sem prejuízo do direito da CONCESSIONÁRIA, caso não haja mais possibilidade de recurso, buscar os mecanismos de solução de controvérsias previstos no CONTRATO DE CONCESSÃO.

Errata de Supressão: Fica estabelecida nesta Errata a SUPRESSÃO dos itens 32.13, 32.13.1 e 32.14 ANEXO XXV do Edital – MINUTA DE CONTRATO

ONDE SE LÊ: ANEXO XXV – MINUTA DE CONTRATO 43.17. A AGÊNCIA REGULADORA notificará a CONCESSIONÁRIA da decisão proferida em face da defesa apresentada, cabendo à CONCESSIONÁRIA recurso ao CONCEDENTE, no prazo de 15 (quinze) dias a contar do recebimento da notificação, cuja decisão deverá obedecer às condições previstas no item 43.16., sem prejuízo do direito da CONCESSIONÁRIA de recorrer, em última instância, ao Chefe do Poder Executivo que representa o Poder Concedente.

LEIA-SE: ANEXO XXV – MINUTA DE CONTRATO 43.17. Se a AGÊNCIA REGULADORA se manifestar contrariamente à defesa apresentada pela CONCESSIONÁRIA, essa última poderá apresentar o recurso previsto no normativo próprio da AGÊNCIA REGULADORA, sem prejuízo do direito da CONCESSIONÁRIA, caso não haja mais possibilidade de recurso, buscar os mecanismos de solução de controvérsias previstos no CONTRATO DE CONCESSÃO.

DAS RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS

Quanto às receitas extraordinárias a serem auferidas, aparentemente, falta clareza no que tange a quem fará jus ao seu recebimento, uma vez que o item 1.59 do Edital prevê a possibilidade das receitas serem compartilhadas entre o contratado e o contratante, ao passo que o item 3.4, também do Edital dispõe que tão somente a “CONCESSIONÁRIA

fará jus às fontes de receitas alternativas, complementares e/ou acessórias, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, conforme previsto no artigo 11 da Lei Federal nº. 8.987/95”

Por outro lado, na minuta de contrato, a previsão existente possibilita que a Concessionária aufera direta ou indiretamente as receitas extraordinárias, todavia, mediante prévia autorização do poder concedente, *in verbis*:

RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS: são as receitas alternativas, complementares, acessórias ou oriundas de projetos associados, referidas no artigo 11 da Lei Federal nº. 8.987/95, que a CONCESSIONÁRIA poderá auferir, direta ou indiretamente, nos

termos do EDITAL e da minuta do CONTRATO, mediante prévia autorização pelo PODER CONCEDENTE, ressalvados os SERVIÇOS COMPLEMENTARES, já autorizados no EDITAL e no CONTRATO, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reuso.

Salienta-se, ainda, que no âmbito do já mencionado Processo TCE-RJ nº 250.583-6/2021, frente à inexistência de clareza acerca destas receitas, também sugeriu-se:

4. Revise o Edital e a Minuta do Contrato para que sejam estabelecidos, de forma objetiva e clara, o compartilhamento das receitas acessórias e a metodologia de compartilhamento de tais receitas, conforme a boa prática na modelagem de concessões e PPPs e com fundamento no art. 6º, § 1º e no art. 11, parágrafo único, ambos da Lei Federal nº 8.987/95, bem como no art. 2º, inciso VII e no art. 22, inciso IV, ambos da Lei Federal nº 11.445/07;

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido, uma vez que não há compartilhamento de receitas acessórias. Tal questão já foi endereçada pelo Município, através da publicação em diário oficial do Aviso nº 226/2023 com as seguintes erratas:

ONDE SE LÊ: EDITAL 1.59. RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS: são as receitas alternativas, complementares, acessórias ou oriundas de projetos associados, referidas no artigo 11 da Lei Federal nº. 8.987/95, que a CONCESSIONÁRIA poderá auferir, direta ou indiretamente, nos termos do EDITAL e da minuta do CONTRATO, mediante prévia autorização pelo PODER CONCEDENTE, ressalvados os SERVIÇOS COMPLEMENTARES, já autorizados no EDITAL e no CONTRATO, sendo possível, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reuso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável;

LEIA-SE: EDITAL 1.59. RECEITAS EXTRAORDINÁRIAS: são as receitas alternativas, complementares, acessórias ou oriundas de projetos associados, referidas no artigo 11 da Lei Federal nº. 8.987/95, que a CONCESSIONÁRIA poderá auferir, direta ou indiretamente, nos termos do EDITAL e da minuta do CONTRATO, mediante prévia autorização pelo PODER CONCEDENTE, ressalvados os SERVIÇOS COMPLEMENTARES, já autorizados no EDITAL e no CONTRATO, sendo possível, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reuso.

DA INCONGRUÊNCIA ENTRE OS VALORES DE OUTORGA FIXA MÍNIMA ESTIPULADOS NO PMI E NO EDITAL

Conforme consta no item 5.5.19. *Outorga, Taxa de Regulação e Fundo de Proteção e Preservação de Nascentes* do Caderno 2 do PMI, cujas regras integram o arcabouço normativo do Edital, foi previsto para esta modelagem o pagamento de uma outorga fixa no valor de R\$ 60 milhões nos anos iniciais da concessão, com pagamento de 60% após a assinatura do contrato, na data de início da prestação do serviço de concessão, e os 40% restantes em até 365 dias após o início das operações, à título de direito pela exploração dos serviços de distribuição de água e coleta e tratamento de esgoto do município.

Além disso, está sendo considerado o valor de R\$ 40 milhões a título de indenização por investimentos não amortizados e depreciados da CEDAE.

De outro giro, o item 1.42 do Edital definiu o valor fixo mínimo para a outorga correspondente a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), valor este completamente divergente do previsto nos estudos do PMI, e sem que fosse localizada qualquer justificativa para tal modificação, ou mesmo informações sobre eventual atualização financeira do referido montante.

Portanto, revela-se imprescindível a retificação do edital para que se coadune com o valor anterior, fixado com base em parâmetros objetivos, ou que seja justificada a fixação do novo montante para a outorga fixa, através de demonstração dos estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira ou fórmula de recomposição inflacionária.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido.

De fato, o Caderno 2 – Estudos Econômico-financeiros, resultante do Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI do EDITAL de Chamamento Público SMMA nº 001/2017, apresenta um valor estabelecido como OUTORGA FIXA MÍNIMA inferior ao valor definido no Edital de Concorrência Pública nº 002/2023, estando o primeiro em R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) e o segundo em R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais).

Contudo, como preconiza o Decreto nº 8.428, de 2 de abril de 2015, que dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse, o PMI é um instrumento preliminar que tem por objetivo ser uma ferramenta de apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos a serem utilizados pela administração pública.

A sua elaboração visa apresentar soluções técnicas que atendam ao objeto final desejado pela administração pública incluindo, também, a demonstração do modelo financeiro que atinja a viabilidade econômico-financeira. Tais estudos, portanto, são a base para que o corpo técnico do Município promova suas análises e formule o Termo de Referência e o Edital da licitação, não estando o Município vinculado a manter todas as informações nele presentes.

Conforme registros incluídos nos autos do processo administrativo que sustenta o Edital de Concorrência Pública nº 002/2023 e seus anexos, a Comissão de Avaliação da Concessão do Serviço de Abastecimento de Água e Coleta e Tratamento de Esgoto de Teresópolis e a Equipe Técnica de Elaboração do Termo de Referência promoveram

análises em cima dos estudos resultantes do PMI que permitiram demonstrar a viabilidade econômico-financeira, mesmo com o valor de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) de OUTORGA FIXA MÍNIMA Cabe destacar que o Modelo Financeiro é amplamente divulgado e de acesso aos Licitantes interessados, e neste é aplicado o valor da OUTORGA FIXA MÍNIMA em R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), conforme demonstrado abaixo:

	A	B	C	E	F	G	H
1				2024	2025	2026	2027
2		QUADRO DE PREMISSAS	Fonte / Unidade	1	2	3	4
112							
113	x	Investimentos					
114							
115		Sistema de Abastecimento de Água	R\$	4.452.818	-	16.118.176	21.443.656
116		Sistema de Esgotamento Sanitário	R\$	5.938.272	28.556.569	49.038.543	42.602.786
117		Sistema Comercial	R\$	789.703	758.078	-	-
118		Outros	R\$	5.670.500	3.718.000	853.769	523.769
119		Reembolso PMI	R\$	1.900.000			
120		Outorga Fixa	R\$	90.000.000	60.000.000		
121		Total Investimentos	R\$	108.751.293	93.032.646	66.010.488	64.570.211

Assim, tendo em vista que o critério de julgamento da licitação é por maior valor de outorga, não havendo impedimentos legais para fixação do valor mínimo em patamar superior ao estimado no PMI e possuindo o mercado condições de ofertar valor superior, adequado o valor fixado a título de outorga fixa mínima.

DA ESTRUTURAÇÃO ECONÔMICA DO CONTRATO

Conforme se observa do item 5.5.19 do PMI (Outorga, Taxa de Regulação e Fundo de Proteção e Preservação de Nascentes), que aborda o Modelo de Receitas e Estimativa Detalhada de Despesas, ao abordar outros custos inerentes à concessão, prevê para a modelagem o pagamento de outorga fixa, outorga variável no equivalente a 1% (hum por cento) da arrecadação, taxa de regulação no percentual de 0,5 (meio por cento) sobre a arrecadação e uma contribuição de 1% (hum por cento) da arrecadação destinada ao Fundo de Proteção e Preservação de Nascentes.

“Durante o período de concessão foi considerado o pagamento de outorga variável equivalente a 1% da efetiva arrecadação e Taxa de Regulação equivalente a 0,5% da efetiva arrecadação, além de contribuição de 1% da efetiva arrecadação destinada ao Fundo de Proteção e Preservação de Nascentes.”

Contudo, não foi considerada a Taxa de Utilização de Recursos Hídricos de Domínio Estadual prevista na lei estadual 1803/1991 e que, nos termos da lei estadual 3.239/1999, destina-se ao custeio do Fundo Estadual de Recursos Hídricos (FUNDRHI).

Desse modo, considerando haver corpos hídricos que abastecem o município de Teresópolis que são de domínio estadual, toda a modelagem econômica do projeto se mostra, aparentemente, deficiente, por não considerar importante custo incidente sobre a arrecadação oriunda da concessão.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. O pagamento da Taxa de Utilização de Recursos Hídricos de Domínio Estadual consiste em obrigação legal pré-existente que deverá ser cumprida pela futura CONCESSIONÁRIA, tal como no caso dos demais tributos, de forma que a ausência de menção expressa nos estudos da PMI ou nos anexos ao Edital não desabonam os referidos documentos.

Vale lembrar que a concessão se caracteriza pela delegação da prestação de serviço público “a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco” (art. 2º, caput, inciso II, da Lei nº 8.987/1995). Tal capacidade em prestar os serviços implica em conhecer os aspectos essenciais de sua prestação, incluindo a legislação aplicável e os impostos, taxas, contribuições e demais tributos que devem ser recolhidos, cabendo a cada licitante realizar suas projeções para, como diz a lei, por sua conta e risco apresentar a sua proposta comercial.

DA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS POR MEIO DE MEDIAÇÃO

Verifica-se das ERRATAS REFERENTES AO EDITAL DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº. 002/2023, que os itens 20.4 e 27.21, os quais, inicialmente, previam a arbitragem, após retificação de seu conteúdo passaram a prever a mediação, como mecanismo de resolução de eventuais divergências entre a concessionária e a concedente, por meio da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos da Procuradoria Geral do Município de Teresópolis.

Vale ressaltar, o posicionamento da Secretaria de Estado da Casa Civil (SECC) frente às discussões e questionamentos no âmbito do processo SEI-150001/008936/2021, que tratou de diversos temas referentes ao Projeto de Universalização e Desestatização do Serviço Público de Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro, ao entender que, caso ocorram discussões e questionamentos entre as partes, estes deveriam ser *“tratados nas instâncias próprias de governança, ou seja, Agência Reguladora (Agenera), Comitê Técnico e mediação, etapas anteriores à judicialização de quaisquer pontos referentes ao contrato de concessão nas áreas de transferência integral dos processos upstream e downstream”* (SEI nº 37829606).

Todavia, a mediação é o mecanismo mais simples para solução de controvérsias decorrente de uma relação jurídica entre as partes, a qual *“consiste na formação de uma comissão de natureza técnica com membros da Administração Pública, do parceiro privado, e, às vezes pessoas externas indicadas pelos representantes das partes, com o objetivo de analisar e propor uma solução para conflitos havidos na execução do contrato.”*

Desta feita, por se tratar de um procedimento simples, pouco burocrático e rápido, questões menores poderão ser solucionadas por este mecanismo, contudo, para questões de maior complexidade, a mediação pode funcionar como uma instância preparatória para o que será levado a um outro meio de resolução de conflitos, previamente à judicialização, que poderá ser estipulado também no contrato, a exemplo da arbitragem, possibilidade expressamente aventada na LEI Nº 14.026, DE 15 DE JULHO DE 2020.

De toda sorte, quando previsto o procedimento de mediação, nas lições de Maurício Portugal Ribeiro, mostra-se importante constar do contrato de concessão o seguinte:

“(a) que a mediação é de uso opcional pelas partes;

(b) quem compõe a comissão de mediação, e como ela é formada;

(c) limite das questões que podem ser decididas pela comissão. Aconselhamos que seja qualquer questão técnica ou econômico-financeira relativa ao contrato;

(d) os prazos para formação da comissão e para tomada de decisões. Como se trata de procedimento simplificado para a solução de conflitos, o prazo total, desde a sua instauração até a decisão final, deve durar menos que 120 dias;

(e) quem arca com as despesas decorrentes do funcionamento da própria comissão, que geralmente é o parceiro privado, com exceção da remuneração dos membros da comissão que representam a Administração Pública, que tem sua remuneração realizada pela Administração.”

Portanto, nota-se a necessidade de complementação das informações constantes do edital, nos termos do excerto acima colacionado.

ANÁLISE DA COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO: Indeferido. A utilização da mediação é subsidiada pela Lei Federal nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Na referida norma legal, mais especificamente no Capítulo II (Da Autocomposição de Conflitos em que for Parte Pessoa Jurídica de Direito Público), há permissão legal para que os Municípios criem Câmaras de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, no âmbito das Procuradorias Municipais, com competência para: dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e, promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

As competências vão além, pois o §5º do art. 32 e o parágrafo único do art. 33 permitem a análise e composição com relação a conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares; e, possibilita a instauração, de ofício ou mediante provocação, de procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Todos os artigos que regulam a mediação em âmbito federal foram replicados no Decreto Municipal nº 5.098 de 08 de abril de 2019, criando a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos de Teresópolis, vinculada à Procuradoria-Geral do Município e com competência para mediar quaisquer conflitos relacionados ao contrato administrativo de prestação de serviços.

Somente existem duas ressalvas à competência da Câmara, assuntos que somente podem ser resolvidos por ato ou concessão de direitos sujeitos à autorização legislativa, e na hipótese de a matéria em litígio estar sendo debatida em sede de ação de improbidade administrativa ou tenha decisão do TCU ou TCERJ sobre o caso concreto; situação em que a mediação somente poderá ser realizada mediante autorização do juiz da causa, do Ministro Relator ou do Conselheiro Relator.

Portanto, diante da apresentação de Lei Federal e do Decreto Municipal que instituíram a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos, seguindo uma política pública nacional de redução de litígios judiciais, fica comprovado o atendimento do item acima citado, não havendo necessidade de referência expressa ao seu conteúdo no instrumento convocatório.

PEDIDOS

Diante todo o exposto, requer-se que a presente Impugnação seja recebida e processada e, ato contínuo, considerando não restar qualquer dúvida quanto às insipiências do Edital apontadas pela Impugnante, seja no mérito **integralmente provida para que sejam realizadas as devidas correções e alterações no Edital e seus Anexos relativos aos pontos impugnados nesta peça**, de modo a permitir a realização do princípio da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração, atendendo o interesse público à modicidade tarifária e assegurando a segurança jurídica e econômico-financeira que os contratos de concessão para o abastecimento de água e esgotamento sanitário exigem, com a consequente **republicação do Edital e reabertura do prazo legal para a formulação das propostas**, nos termos do art. 21, §4º da Lei nº 8.666/1993 e do Item 32.1, alínea b do Edital, com a indicação de nova data para a realização de sessão pública.

À luz dos argumentos expendidos, e até que sejam corrigidas as insipiências apontadas, **requer-se, ainda, a imediata suspensão da sessão pública** para recebimento dos envelopes, marcada para às 10h00min do dia 30 de julho de 2023.

Termos em que. Pede deferimento.

É o parecer, devendo o mesmo ser anexado ao seu processo original e dada a devida publicidade visando o potencial esclarecimento para os demais licitantes interessados, registrando como INDEFERIDO os PEDIDOS DE IMPUGNAÇÃO postulado, sendo negada a solicitação de **republicação do Edital e reabertura do prazo legal para a formulação das propostas, e ainda a imediata suspensão da sessão pública.**

COMISSÃO DE AVALIAÇÃO DA CONCESSÃO DO SERVIÇO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTO DE TERESÓPOLIS

Flávio Luiz Castro de Jesus
Secretaria Municipal de Meio Ambiente

Fabiano Claussen Latini
Secretaria Municipal de Fazenda

Lucas Guimarães Homem
Secretaria Municipal de Trabalho, Emprego e Economia Solidária

Gabrielle Guimarães
Secretaria Municipal de Administração

Ricardo Luiz de Barros Pereira Junior
Secretaria Municipal de Obras Públicas

Lucas Teixeira Moret Pacheco
Secretaria Municipal de Governo e Coordenação

Gabriel Tinoco Palatinic
Procuradoria Geral do Município

**EQUIPE TÉCNICA DE ELABORAÇÃO DO TERMO DE REFERÊNCIA E AJUSTES
BASEADOS NO RESULTADO DA PMI E CONTRIBUIÇÕES DA SOCIEDADE**

Flávio Luiz Castro de Jesus
Secretário Municipal de Meio Ambiente
Mat: 4.17708-3

Sebastião Neves Tavares Junior
Mat: 4.14193-8
Subsecretário Administrativo

Fátima Carolina da Silva Freitas

Mat.: 4.16778-3
Analista Ambiental

Luiz Carlos Dias Marques Junior

Mat: 4.16798-5
Analista Ambiental