



**À ILUSTRADA COMISSÃO PERMANENTE DE LICITAÇÃO DA
CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 011/2020**

**À ILUSTRADA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DA CONCORRÊNCIA
PÚBLICA Nº 011/2020**



"No caso dos autos, a técnica necessária para execução do contrato está disponível no mercado, sendo assim, um 'setor tecnicamente maduro'. Logo, não há fundamento idôneo para não declarar como vencedor o licitante que apresentar a proposta contendo o maior desconto ao usuário."

TJMG, Proc. 5001784-11.2020, Data Julgamento 29/09/20.

Processo administrativo nº 2020007402 de 28/09/2020

Poder Concedente: Município de Ipameri - GO

Objeto: Outorga da concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, abrangendo toda a área urbana do Município de Ipameri/GO.

ALLONDA ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA., com sede na Alameda Mamoré, 503, conjuntos 23 e 24, CEP 06454-040, Alphaville, Município de Barueri, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ sob o nº 33.189.131/0001-18, neste ato representada por seus representantes legais, Sr. Leo Cesar Queiroz Cavalcanti Melo, portador da Carteira de Identidade nº 4502458 SSP/PE e inscrito no CPF sob o nº 024.187.434-38, e Sr. Daniel Mortari Barreto, portador da Carteira de Identidade nº 6682513 SSP/SC e inscrito no CPF sob o nº 995.422.260-04, vem, respeitosamente, à presença dessa i. Comissão, considerando a



publicação do edital de concorrência pública acima mencionado, apresentar sua **IMPUGNAÇÃO** com fundamento no item 6.3 do instrumento convocatório, pelas razões de fato e de direito a seguir deduzidas.

I. PRELIMINARMENTE

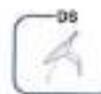
Inicialmente, cumpre esclarecer que a presente impugnação é tempestiva e tem como fundamento o item 6.3 do Instrumento Convocatório, que assim estabelece:

6.3. Eventual pedido de impugnação do Edital deve ser protocolado da sede da Prefeitura Municipal de Ipameri, por qualquer cidadão, até 5 (cinco) dias úteis antes da DATA DE ENTREGA ou, pela LICITANTE, em até 2 (dois) dias úteis antes da DATA DE ENTREGA.

Considerando, assim, que o Preâmbulo do instrumento convocatório estabelece que a sessão pública ocorrerá no dia 18/11/2020¹, há de se concluir que a presente impugnação pode ser apresentada até o dia 16/11/2020, segunda-feira.

Afastadas quaisquer alegações de descabimento ou intempestividade da presente impugnação, passa-se a abordar as suas razões de fato e de direito, a partir da numeração constante do edital, em prol da melhor compreensão do quanto impugnado.

¹ Errata divulgada em 02/10/2020.



II. DOS ITENS IMPUGNADOS:

A) Do critério de julgamento das propostas:

Conforme se verificará, apesar das especificidades do objeto a ser licitado, o Município de Ipameri achou por bem estabelecer como critério de julgamento da licitação a combinação dos critérios de maior desconto percentual na estrutura tarifária existente com o de melhor técnica, nos termos abaixo:

*9.3. O critério de julgamento da Licitação será conforme inciso VI do artigo 15 da Lei 8.987/95, ou seja, **melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior desconto percentual na estrutura tarifária existente com o de melhor técnica.***

(...)

9.4. A sequência de fases obedecerá:

(...)

*d) **Será considerada vencedora a LICITANTE que obtiver a maior nota final de PROPOSTA, conforme anexo 4 deste EDITAL. No caso de empate será efetuado sorteio entre as PROPOSTAS empatadas.***

O mencionado Anexo IV do instrumento convocatório estabelece as instruções para elaboração das propostas e respectivos critérios de avaliação e julgamento. Pelo texto do anexo, é possível concluir que a proposta técnica e a proposta comercial terão o mesmo peso, ficando bastante clara a adoção do tipo de licitação "técnica e preço".





Trata-se, contudo, de uma previsão que clama por revisão, uma vez que, para a contratação em tela, **não se justifica a opção pelo regime de técnica e preço**, de modo que será mandatória a escolha de outro critério de julgamento das propostas, conforme será a seguir demonstrado.

A.1) Da errônea definição do tipo de licitação técnica e preço

Inicialmente, cumpre observar que o tipo de licitação adotado nesta concorrência, denominado de **técnica e preço**, encontra-se previsto no § 1º do art. 45 e no § 2º do art. 46 da Lei Federal nº 8.666/1993, veja-se:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

*§ 1º Para os efeitos deste artigo, **constituem tipos de licitação**, exceto na modalidade concurso:*

(...)

*III - **a de técnica e preço**.*

(...)

*Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou **"técnica e preço"** serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e*





projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

§ 1º Nas licitações do tipo "melhor técnica" será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e **classificação destas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório** e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução;

(...)

§ 2º Nas licitações do tipo "**técnica e preço**" será adotado, **adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior**, o seguinte **procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório**:

I - será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;

II - a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

§ 3º Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

Os artigos acima transcritos já trazem importantes diretrizes para a compreensão do tipo de licitação técnica e preço, deixando claro que: *(i)* a sua utilização é **excepcional**, destinando-se a objetos **predominantemente intelectuais**; *(ii)* a classificação dos licitantes será feita de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço; e que *(iii)* a valorização das propostas será feita de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório.

No presente caso concreto, impõe-se reconhecer que o mercado de saneamento básico apresenta absoluta e histórica maturidade técnica, que remonta, minimamente, dos investimentos direcionados pelo PLANASA, nas décadas de 70 e 80. Durante esse período, apesar do predomínio do papel das companhias estatais no setor, muito se desenvolveu em termos de técnicas e experiências de engenharia na implantação e prestação dos serviços de distribuição de água e esgotamento sanitário no Brasil.

Nos dias atuais, seria absurdo ventilar a hipótese de ser necessária a "criação" de soluções inéditas de saneamento para a realidade de





Ipameri. O País há décadas forma excelentes engenheiros sanitaristas em suas universidades, além de acompanhar e importar tecnologias testadas e empregadas globalmente. Considerar a presente concessão como um serviço de perfil eminentemente intelectual é um **erro crasso**, que vulnera o interesse público e não permitirá a seleção da proposta mais vantajosa.

O racional aqui manifestado não é, nem de longe, uma posição individual da ora Impugnante. Jurisprudência e doutrina reconhecem e emprestam autoridade a esse entendimento, conforme os diversos exemplos práticos disponíveis.

De todos, permite-se mencionar o destino da licitação recentemente promovida por Andradas, Município de Minas Gerais, em razão da extrema semelhança com o presente certame. Trata-se da Concorrência nº 001/2020 daquele Município, correspondente ao processo licitatório n. 087/2020.

A Concorrência em referência tem como objeto a recentemente publicada concessão para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município de Andradas, que compreendem a construção, a operação e a manutenção das unidades integrantes dos sistemas físicos, operacionais e gerenciais de produção e distribuição de água, bem como a coleta, o afastamento, o tratamento e a disposição de esgotos sanitários, incluindo a gestão dos sistemas organizacionais, a comercialização dos produtos e serviços envolvidos e o atendimento aos usuários.

O Município de Andradas também optou por adotar o critério de melhor técnica e menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado.

A small rectangular box containing the number '08' and a handwritten signature.

A second small rectangular box containing the number '08' and a handwritten signature.



Contudo, a escolha por esse tipo foi submetida ao crivo do **Judiciário**, na forma de **Mandado de Segurança** impetrado contra ato atribuído ao Prefeito do Município e à Comissão Especial de Licitação (TJ-MG Processo n. 5001784-11.2020). Um dos pontos de foco do Mandado de Segurança foi exatamente o de que não seria legalmente admissível que o julgamento da Concorrência se desse pelo critério melhor técnica e menor valor da tarifa, pois (i) não teria sido apresentado estudo para justificar o critério de julgamento; e (ii) o critério de julgamento, da maneira definida no edital, traria subjetivismo ao processo licitatório. Foi requerida a anulação do processo licitatório e que fosse impedida a abertura de novas licitação com os mesmos vícios.

Assim, após o devido processo legal, foi proferida recentíssima sentença, datada de **29/09/20**, determinando a **anulação do procedimento licitatório**. Cumpre, deste modo, transcrever trechos da relevante decisão:

O contrato que será firmado com a empresa vencedora terá duração de 35 anos e valor estimado em R\$ 124.424.225,40 (cento e vinte e quatro milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil, duzentos e vinte e cinco reais e quarenta centavos).

A licitação é do tipo “melhor técnica combinada com o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado”, sendo que o edital prevê peso 7 para a nota técnica e peso 3 para a proposta comercial.

É justamente nos critérios de julgamento que reside o cerne das questões controvertidas.

(...)



Em regra, a melhor proposta é a de menor preço (ou, como no caso dos autos, a menor tarifa para os usuários/consumidores dos serviços).

Há, é certo, situações em que o julgamento não deve se restringir à verificação do preço ofertado pelos licitantes. Nesses casos, o critério técnico tem relevância, o que dá ensejo à utilização de outros tipos de licitação ("melhor técnica" e "melhor técnica e preço").

Porém, esses outros tipos de licitação só podem ser utilizados em situações excepcionalíssimas. E, mesmo assim, com muita cautela.

(...)

Conforme lição do festejado MARÇAL JUSTEN FILHO, "as licitações de melhor técnica e de técnica e preço foram reservadas para situações especialíssimas. Aplica-se por exceção, sendo a regra a licitação de menor preço".

(...)

*Ainda a respeito da natureza excepcionalíssima dos outros tipos de licitação, deve ser ressaltado que **o critério do menor preço (ou, como no caso, o de maior desconto na tarifa) é o único que permite um julgamento plenamente objetivo.** A pretensa objetividade dos demais critérios nunca é, na verdade, plena.*

Isso tudo confirma que os demais tipos de licitação devem ser utilizados apenas em casos excepcionalíssimos.

A licitação debatida nos presentes autos visa a concessão de relevantíssimos serviços públicos, sendo regulada, também, pela Lei 8.987/95, a qual prevê, em seu art. 15, V, a possibilidade de julgamento pela "melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa

DS

DS



do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica". Mas isso não significa que exista margem para discricionariedade nem que esse tipo de licitação perde seu caráter de excepcionalidade.

Ademais, o primeiro critério de julgamento previsto no referido art. 15, da Lei 8.987/95 é o "menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado" (inc. I). Este, sim, é a regra.

Critérios diversos do previsto no inc. I, do art. 15, da Lei 8.987/95 só podem ser utilizados se: i) houver fundamento idôneo; ii) esse fundamento idôneo for demonstrado e justificado por escrito na fase inicial (interna) do procedimento licitatório; e se iii) o edital prever critérios que permitam um julgamento o mais objetivo possível das propostas técnicas.

Mas, no presente caso, nenhum dos três requisitos (que são cumulativos) está presente.

Não há fundamento idôneo para afastar o licitante que, tendo sido habilitado, apresentar a proposta com maior desconto ao usuário.

A esse respeito, observo que a complexidade e grandeza do objeto da licitação não são fundamentos idôneos. É possível que contratações até mais simples justifiquem a adoção dos tipos excepcionais de licitação, pois o que importa, por força expressa de lei, é a existência ou não de natureza predominantemente intelectual dos serviços.

(...)

No caso dos autos, a técnica necessária para execução do contrato está disponível no mercado, sendo assim, um "setor tecnicamente maduro". Logo, não há fundamento idôneo para não declarar como vencedor o licitante que

DS

DS



apresentar a proposta contendo o maior desconto ao usuário. Parafraseando o parecer técnico já referido acima, basta, para garantir que o licitante vencedor tenha condições de bem cumprir o contrato, que "o instrumento convocatório seja bem estruturado, com indicadores de resultado adequadamente estabelecidos e a capacidade técnica seja aferida no momento da habilitação, mediante o atendimento dos requisitos de qualificação técnica".

Como se vê, vou além do que foi exposto pelo impetrante na inicial.

O impetrante questionou a adoção de peso maior à nota técnica (peso 7), em detrimento da proposta comercial (peso 3), sustentando que os pesos deveriam ser iguais. Mas, bem analisadas as circunstâncias do caso, o correto seria a adoção pura e simples do critério previsto no inc. I, do art. 15, da Lei 8.987/95, qual seja, o do "menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado".

(...)

Mesmo que houvesse fundamento idôneo e justificativa técnica por escrito, tem-se que o edital realmente dá muita margem para subjetivismos.

Tem-se muito claro, portanto, que a adoção do critério menor técnica e preço deve ser excepcional e não se amolda às concessões de serviços públicos de saneamento básico, já que, nestes casos, a técnica para a prestação das atividades é largamente dominada pelo mercado e se pauta em normas objetivas estabelecidas pelas autoridades competentes, como os órgãos ambientais, o regulamento de serviços e as disposições do CONFEA e CREA competente. Saneamento não exige criação intelectual ou inovação, de modo que o tipo técnica e preço



desvirtua a competição, constitui ilegalidade e caracteriza potencial risco de dano ao Erário.

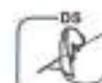
A doutrina especializada também ressalta esse ponto na medida em que se reconhece a maturidade técnica do setor de saneamento. É o que bem se vê dos comentários de Maurício Portugal Ribeiro², em textual:

“Se o setor pode ser considerado maduro tecnicamente, isto é, se a expertise técnica necessária a prestação do serviço na qualidade requerida pelo Governo é algo que pode ser adquirido facilmente no mercado, então a melhor forma de estruturar a licitação é deixar em segundo plano a exigência de expertise técnica e focar a licitação na busca do melhor preço e na análise da capacidade financeira dos participantes para dar cabo das obrigações previstas no contrato.

Isso porque, se o concessionário ou o parceiro privado tiver a capacidade financeira adequada, e se o contrato de concessão ou PPP for bem estruturado do ponto de vista técnico, ou seja, se os indicadores de resultado forem adequadamente estabelecidos, o concessionário ou parceiro privado terá os incentivos para adquirir no mercado a expertise técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade prevista no contrato.

É, pois, desnecessário, nesse caso, focar o processo de habilitação na verificação da capacidade técnica, até mesmo porque, se a expertise, para tanto, está disponível para todos no mercado, é melhor centrar o processo na obtenção do melhor preço, tomando-se, contudo, os cuidados para garantir que o contratado tenha as condições financeiras para estruturar a concessionária e adquirir no mercado a expertise técnica necessária ao cumprimento do contrato.

2 RIBEIRO, Maurício Portugal. Concessões e PPPs. São Paulo: Atlas, 2011, p. 14.





Como bem se verifica, a escolha pelo regime de técnica e preço significa dizer que o Município de Ipameri considera o setor de saneamento tecnicamente imaturo, o que contraria a realidade. Malgrado a indiscutível importância em se garantir a abertura do setor aos investimentos privados, e a gigantesca distância a ser percorrida até a universalização dos serviços em âmbito nacional, nada disso decorre de carência de tecnologia ou indisponibilidade de mão de obra qualificada. Tecnologia e pessoal habilitado podem ser muito tranquilamente contratados no mercado, por qualquer novo entrante. Em se tratando da ora Impugnante, isso sequer será necessário, já que se trata de empresa especializada em engenharia ambiental, com sofisticado corpo técnico.

A revisão do edital, enfim, é mandatória, com o fito de se definir o regime de menor preço (maior desconto tarifário), já que se trata do único juridicamente válido para concessões de saneamento. É o que se espera, para se garantir o prosseguimento da presente licitação, sem riscos de paralisações a serem determinadas pelo Judiciário e/ou Tribunal de Contas.

A.2) Da imperiosa necessidade de apresentação da justificativa da adoção do regime de técnica e preço

O tópico anterior deixa isenta de dúvida a inaplicabilidade do regime de técnica e preço para o presente objeto da licitação. Não se trata, em suma, de uma opção da Municipalidade, pautada em decisão discricionária. Cuida-se de imposição legal, na medida em que distribuição de água e esgotamento sanitário são serviços de engenharia sem perfil eminentemente intelectual.

A small icon representing a signature, consisting of a stylized 'S' shape within a square frame.

A second small icon representing a signature, similar to the one above, within a square frame.



Ainda assim, na hipótese remotíssima de manutenção do edital tal como se apresenta, impõe-se lembrar que a Administração se encontra submetida ao princípio da motivação, de modo que esse tipo de escolha deve ser justificado, inclusive para fins de futura responsabilização.

Especificamente no que tange à eleição do regime de técnica e preço em procedimentos licitatórios, a doutrina e os Tribunais de Contas são uníssonos em ressaltar a especial importância da demonstração de seus fundamentos.

De início, é interessante observar a clássica doutrina de Hely Lopes Meirelles³:

A concorrência de técnica e preço (art. 45, § 1º, III) é aquela em que se combinam técnica e preço, para, a final, a Administração escolher a proposta que mais lhe convenha economicamente, desde que satisfaça o mínimo de técnica pedido no edital.

(...)

Assim era na legislação anterior: vencia o proponente que ofertasse o menor preço. A lei atual determinou que a classificação seja feita de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, segundo os critérios objetivos estabelecidos no edital (art. 46, § 2º). É lamentável a mudança de critério. Se na licitação de melhor técnica a lei determina que se negocie com o primeiro colocado com base no menor preço oferecido pelas demais classificadas, não se compreende que na licitação de técnica e preço não vença o proponente do menor preço, já que todos os licitantes que passaram para

3 MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contrato administrativo. São Paulo: Malheiros editores, 2006, pp. 89 e ss.





esta terceira fase são considerados capazes de atender ao objeto do certame. O critério de média ponderada das notas de técnica e preço pode dar margem a distorções indesejáveis.

(...)

Nesse tipo de concorrência é de toda conveniência que o edital declare textualmente que ela é de técnica e preço e indique os mínimos técnicos exigidos e os fatores preponderantes no julgamento, para que os proponentes possam elaborar suas propostas segundo o desejo da Administração.

O autor muito bem destaca a sua preocupação com esse tipo de licitação: a Administração Pública nem sempre vai contratar a proposta de melhor preço, ainda que esta atenda também aos requisitos técnicos mínimos. Além disso, o tipo de licitação técnica e preço insere riscos quanto à necessidade de que todos os requisitos técnicos sejam objetivamente expostos no instrumento convocatório, pois, caso contrário, haverá grande tendência a subjetivismos na hora da valoração de nota à proposta técnica, o que **contraria o princípio do julgamento objetivo da licitação.**

As preocupações acima expostas ecoam fortemente, já que esse tipo licitatório acaba por possibilitar perdas patrimoniais ao Erário, sem que se obtenha ganho técnico proporcional, justificável e legalmente válido. Além disso, passa-se a admitir que valorações individuais e subjetivas impactem diretamente sobre o resultado do certame, criando ambiente de dúvida sobre a comparação da capacidade técnica dos concorrentes.

Assim, exatamente para se permitir o controle sobre as escolhas do administrador público, é importante observar que o Tribunal de Contas da



União, que capitaneia a formação da jurisprudência administrativa em nosso País, há muito sedimentou entendimento no sentido de que a utilização do critério técnica e preço é excepcional, de modo que a sua escolha deve ser fundamentada através de razões técnicas adequadas.

Neste sentido, transcreve-se alguns julgados da Corte de Contas da União:

b) dar ciência (...) sobre as seguintes impropriedades (...) com vista a evitar a ocorrência de outras semelhantes (...):

b.1) (...) não foram apresentadas razões técnicas adequadas que justificassem a utilização do critério técnica e preço para julgamento das propostas apresentadas pelas licitantes, além disso, constatou-se que o diminuto peso dado ao critério preço faz com que o valor das propostas ofertadas tenha pouca relevância para decisão da licitante vencedora; o que representam afronta aos dispositivos estabelecidos pelo art. 46 da Lei 8.666/93 e à jurisprudência deste TCU; (ACÓRDÃO 2407/2019 – PLENÁRIO)

O privilégio excessivo da técnica em detrimento do preço, sem haver justificativas suficientes que demonstrem a sua necessidade, pode resultar em contratação a preços desvantajosos para a Administração. O estabelecimento de condições mais rígorosas na licitação do que aquelas que serão exigidas durante a execução contratual, especialmente considerando os aspectos de pontuação da proposta técnica, pode resultar na seleção de proposta altamente focada em quesitos técnicos sem correlação com o benefício efetivamente esperado para a execução contratual, com sobrevalorização dos serviços sem aproveitamento de todo o potencial técnico exigido no certame. (ACÓRDÃO 1782/2007 - PLENÁRIO)

DS

DS



Mantenha no processo, ao elaborar critérios de pontuação dos quesitos de proposta técnica, a motivação para cada item, bem assim para o total de pontos atribuídos, de modo que possam ser aferidos posteriormente pelos licitantes interessados e pelos órgãos de controle. Não se olvidando, ainda, de que o objetivo da licitação é a busca da proposta mais vantajosa, guardados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e probidade, além de outros, inclusive os inerentes aos procedimentos administrativos em geral, como os da razoabilidade e da proporcionalidade. (ACÓRDÃO 2579/2009 - PLENÁRIO)

Fixe com clareza e precisão as regras para o julgamento de propostas técnicas, a fim de que os licitantes tenham conhecimento prévio e completo de como serão avaliadas suas propostas. Faça constar em documento, de forma expressa, as razões e os critérios observados nos exames técnicos produzidos em apoio à aferição valorativa das propostas técnicas apresentadas em certame licitatório, de modo a evitar ou, ao menos minimizar, a avaliação de caráter subjetivo, em conformidade com o princípio da publicidade e do julgamento objetivo das propostas, previstos no art. 3º, "caput", bem como no art. 44, § 1º, ambos da Lei nº 8.666/1993. Abstenha-se de prever, em caso de licitação do tipo técnica e preço, excessiva valoração atribuída à proposta técnica, em detrimento da proposta de preços, sem amparo em justificativas técnicas suficientes que demonstrem a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa pela Administração, observado o art. 3º da Lei nº 8.666/1993 e a jurisprudência deste Tribunal. (ACÓRDÃO 1488/2009 – PLENÁRIO)

Verifica-se, assim, que é extremamente importante que as razões e os critérios a serem observados, a fim de pontuar a proposta técnica, sejam expressamente definidos. O não estabelecimento de critérios



objetivos levará, invariavelmente, a um julgamento/avaliação de caráter subjetivo, o que esvazia o objetivo do procedimento licitatório.

Ademais, considerando os julgados expostos, é cogente concluir que:

(i) A escolha pelo tipo de licitação técnica e preço deve ser fundamentada. Cumpre ao Poder Concedente demonstrar as razões pelas quais entende que este é o melhor tipo de licitação para o caso em tela;

(ii) Os critérios para aferição da nota técnica devem ser expressos e objetivos. Não se admite subjetivismo ao atribuir nota para a proposta técnica.

Ante a ausência que ora se percebe no presente processo, **faz-se imprescindível que o Poder Concedente deixe bastante claro os motivos que levaram à escolha deste tipo licitatório**, tendo em vista ser um tipo **excepcional**. Deve o Poder Concedente demonstrar, **tecnicamente**, que a contratação é **predominantemente intelectual** e que seria **inviável a contratação por outro tipo licitatório**. A justificativa é de extrema relevância, pois é bastante raro que a contratação se dê pela melhor proposta comercial neste tipo licitatório.

Nesse diapasão, foi necessário buscar a justificativa apresentada pela Municipalidade. Todavia, **não foi possível localizar no instrumento convocatório, tampouco nos seus anexos, qualquer justificativa pela adoção do critério técnica e preço**, o que vai claramente contra a jurisprudência dominante.



Além disso, não se pode perder de vista que a grande maioria dos certames atualmente realizados, com objetos similares, opta por adotar critérios que permitem um julgamento verdadeiramente objetivo, inclusive como resultado de modelagens elaboradas pelo BNDES, o que é, sem dúvida alguma, um importante selo de qualidade. Veja-se abaixo:

i) Concorrência Nacional nº. 010/2020 do Município de Petrolina/PE, cujo objeto é a Concessão Comum para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário: o critério de julgamento adotado é a maior oferta pela outorga variável da concessão;

ii) Concorrência Internacional nº. 001/2020 da Companhia Espírito-Santense de Saneamento – CESAN, cujo objeto é a Concessão Administrativa para a ampliação, manutenção, operação do sistema de esgotamento sanitário e para a prestação de serviços de apoio à gestão comercial da CESAN no Município de Cariacica, abrangendo, ainda, o tratamento de esgoto proveniente de bairros no Município de Viana: o critério de julgamento adotado é o menor valor da tarifa, considerando o menor preço unitário;

iii) Concorrência Pública Nº 09/2020 CASAL/AL - CEL/RMM do Estado de Alagoas, cujo objeto é a Concessão dos Serviços Públicos de Fornecimento de Água e Esgotamento Sanitário da Região Metropolitana de Maceió (RMM).

iv) Concorrência Nacional nº 010/2020 do Município de Petrolina – PE, cujo objeto é a concessão comum para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no Município.





Sendo assim, há de se concluir que a presente concorrência deveria utilizar como critério a melhor proposta comercial, da mesma maneira adotada nos exemplos acima. Bastaria, para tanto, estabelecer requisitos de habilitação técnica mínimos, o que garantiria que a contratação se desse pela melhor proposta possível.

É fundamental, ainda, lembrar que o tipo técnica e preço apenas e tão somente se aplica para certames cujo objeto seja eminentemente intelectual. Contudo, numa concessão de saneamento, os critérios de qualidade e eficiência são fixados por normas ambientais, ao mesmo tempo em que o Poder Concedente deve exigir requisitos de qualificação técnica por meio do edital. Inexiste justificativa legítima para se manter, enfim, a adoção da técnica e preço para a presente licitação. Ao menos não sem se incorrer em subjetivismos que tornam periclitante a ocorrência de dano ao Erário.

É o que se pretende evitar, pela via da presente impugnação.

A.5) Das previsões editalícias relacionadas às exigências técnicas

Cumprir observar que o edital estabelece, em seu item 8.1.4, quais são as exigências relativas à qualificação técnica. São previstos diversos requisitos de habilitação técnica, dentre os quais estão demonstrações de experiências prévias:

8.1.4. Documentação Relativa à Qualificação Técnica:

(...)

b1) Experiência da LICITANTE em operação e manutenção de sistema de esgotamento sanitário, incluindo as atividades de



coleta, afastamento, transporte, tratamento e disposição final de esgoto, que atenda, no mínimo 13.000 (treze mil) Habitantes;

b2) Experiência da LICITANTE em operação e manutenção de sistemas de abastecimento de água, incluindo as atividades de captação, produção, reservação e distribuição de água tratada que atenda, no mínimo, 13.000 (treze mil) Habitantes;

b3) Experiência da LICITANTE em controle de sistema de gestão comercial em sistema de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que atenda, no mínimo 4.500 (quatro mil e quinhentos) economias;

b4) Experiência da LICITANTE na elaboração de planos e projetos de engenharia para sistema de abastecimento de água e para sistema de esgotamento sanitário de cidade com população de pelo menos 13.000 (treze mil) habitantes;

b5) Experiência da LICITANTE em ações de controle e redução de perdas de água de cidade com população de pelo menos 13.000 (treze mil) habitantes;

b6) Experiência da LICITANTE na execução de implantação ou expansão de sistemas de água e de esgoto de cidade com população de pelo menos 13.000 (treze mil) habitantes;

b7) Experiência da LICITANTE na elaboração de projetos e trabalhos com ganho comprovado de eficiência energética em sistemas de água e de esgoto.

Na condição de requisitos de habilitação técnica, não há, aqui, qualquer problema.

No entanto, as experiências prévias acima mencionadas não estão dispostas no instrumento convocatório apenas como um requisito de habilitação técnica. O Anexo IV do Edital, que estabelece as diretrizes para



elaboração da proposta técnica, ainda prevê que as experiências prévias do licitante deverão ser avaliadas para fins de pontuação da proposta técnica.

Nesse sentido, caso um licitante tenha experiência na execução do objeto em mais de um município, dentro dos requisitos mínimos previstos no Anexo IV, este terá uma nota maior do que o licitante que possui experiência apenas em um município, ainda que o edital não exija, como requisito de habilitação técnica, múltiplas experiências.

Para melhor visualização, cumpre transcrever o trecho citado:

O tema "Experiência Anterior" será analisado unicamente com base nos documentos apresentados pela Licitante, comprovando prestação de serviços públicos de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário, que sejam semelhantes e compatíveis aos do município de Ipameri.

(...)

Serão considerados serviços ou sistemas públicos de abastecimento de água ou de esgotamento sanitário semelhantes e compatíveis aos do município de Ipameri aqueles que se referirem a população igual ou superior a 15.000 (quinze mil) habitantes, ou com número de economias ou ligações igual ou superior a 5.000 (cinco mil) unidades.

A COMISSÃO DE LICITAÇÃO atribuirá notas segundo os critérios abaixo, desde que comprovada pela documentação pertinente:



NOTA 6 (N6) - Experiência comprovada em serviços de operação e manutenção em município com serviços/sistemas públicos de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário semelhantes e compatíveis aos do município de Ipameri:

NÚMERO DE MUNICÍPIOS	NOTA 6
1 único município	0,5
2 ou 3 municípios	1,0
4 ou 5 municípios	1,5
6 ou mais municípios	2,0

NOTA 7 (N7) - Experiência comprovada na execução de obras de sistemas de água e/ou esgoto semelhantes e compatíveis aos do município de Ipameri:

NÚMERO DE SISTEMAS	NOTA 7
1 único sistema de água ou de esgoto	0,5
2 ou 3 sistemas de água ou de esgoto	1,0
4 ou 5 sistemas de água ou de esgoto	1,5
6 ou mais sistemas de água ou de esgoto	2,0

NOTA 8 (N8) - Experiência comprovada na elaboração de estudos e projetos de engenharia de sistema completo de abastecimento de água ou de sistema completo de esgotamento sanitário semelhantes e compatíveis aos do município de Ipameri:

NÚMERO DE SISTEMAS	NOTA 8
1 único sistema de água ou de esgoto	0,5
2 ou 3 sistemas de água ou de esgoto	1,0
4 ou 5 sistemas de água ou de esgoto	1,5
6 ou mais sistemas de água ou de esgoto	2,0

NOTA 9 (N9) - Experiência comprovada em controle comercial de serviços públicos de água semelhantes e compatíveis aos do município de Ipameri.

NÚMERO DE ECONOMIAS	NOTA 9
Até 5.000 economias	0,5
Entre 5.001 a 10.000 economias	1,0
Entre 10.001 a 20.000 economias	1,5
Acima de 20.001 economias	2,0



NOTA 10 (N10) - Experiência comprovada em controle e redução de perdas de água em serviços/sistemas públicos de água semelhantes e compatíveis aos do município de Ipameri:

NÚMERO DE SISTEMAS	NOTA 10
1 único sistema de água	0,5
2 ou mais sistemas de água	1,0
3 ou mais sistemas de água	2,0

Os quadros acima deixam claro que o sistema de notas estabelecido pelo Poder Concedente visa privilegiar os licitantes que possuem mais de uma experiência dentro dos requisitos mínimos editalícios. Trata-se, no entanto, de uma previsão que acaba direcionando a licitação para as atuais operadoras de saneamento, uma vez que apenas essas é que possuem múltiplas experiências na execução do objeto.

A grande maioria dos licitantes interessados consegue atender aos requisitos de habilitação previstos no item 8.1.4, o que já é considerado bom o suficiente para a execução do objeto. No entanto, estes licitantes praticamente não terão chance de concorrer com empresas que já atuam no mercado há diversos anos, pois estas, invariavelmente, obterão notas maiores em sua proposta técnica. Limita-se, assim, a competitividade do certame, mediante o estabelecimento de potente barreira a novos entrantes neste mercado.

Ademais, a situação descrita acima contraria o objetivo de toda e qualquer licitação, que é a busca pela proposta mais vantajosa. É o que explica o Procurador do Município do Rio de Janeiro Rafael Carvalho Rezende Oliveira⁴:

⁴ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e Contratos Administrativos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 159/160.





O procedimento administrativo licitatório visa a selecionar, dentro de um mercado no qual exista efetiva concorrência entre os licitantes, a proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Por se tratar de um procedimento administrativo, esse encadeamento de atos está adstrito à busca da verdade real; significa que, diferentemente do processo judicial, que deve se ater à verdade formal, constante nos autos, o referido procedimento não pode desconsiderar os acontecimentos ocorridos no mundo fenomênico.

Dai poder-se afirmar que, em mercados monopolizados (ou oligopolizados), dominados por poucos agentes econômicos, não há efetiva competição. Por consequência, sem competição, não há que falar na validade de procedimentos licitatórios, pois a inexistência de concorrência em um mercado no qual, a princípio, ela fosse possível indica haver alguma falha a ser corrigida.

Com base nesse fundamento e no princípio da economicidade (previsto no art. 70 da CFRB), é que o Estado intervém na economia, por meio da formatação de procedimentos licitatórios, de modo a evitar a dominação de mercados, dando pleno atendimento ao disposto no art. 173, § 4.º, da Constituição da República.

O objeto dessa intervenção é corrigir “falhas no seu mercado” de contratação, especialmente a existência de barreiras à entrada de novos competidores em mercados dominados. Com isso, o procedimento licitatório será palco da efetiva concorrência entre os licitantes, propiciando contratações mais econômicas para a Administração Pública.

Essa é a ótica pela qual o instituto da licitação deve ser analisado. Afinal, a licitação – tal como a concorrência – não é um fim em si, mas um instrumento para que a Administração



selecione a melhor proposta dentro de um mercado livre de concentrações econômicas.

Cumpre ressaltar, ainda, que o presente edital de licitação constitui ato administrativo que deve guardar consonância com a sua legislação de regência, em especial a Lei Federal nº 14.026/20, que estabeleceu o Novo Marco do Saneamento Básico.

A esse respeito, importa lembrar que um dos principais, senão o principal objetivo perseguido pelo novo marco é a **abertura de mercado aos novos operadores**, e à iniciativa privada em geral. Com efeito, o atual panorama do setor de saneamento demonstra que 94% (noventa e quatro por cento) dos operadores de saneamento são empresas estatais, o que serve para demonstrar a expressiva importância da criação de um ambiente propício a novos investidores.

Não bastasse a autoridade do dado técnico mencionado, permite-se ainda lembrar que a Presidência da República vetou o então art. 16, *caput* e parágrafo único, do Projeto de Lei nº 4.162/2019, que permitia a renovação dos contratos de programa, exatamente com o objetivo de garantir a **abertura do mercado**. As razões de veto disposta na Mensagem nº 396, de 15/07/20, é bastante clara a esse respeito, em textual:

A propositura legislativa, ao regularizar e reconhecer os contratos de programa, situações não formalizadas de prestação de serviços públicos de saneamento básico por empresa pública ou sociedade de economia mista, bem como possibilitar a prorrogação por 30 anos das atuais avenças, prolonga de forma demasiada a situação atual, de forma a postergar soluções para os impactos ambientais e de saúde pública decorrentes da falta de saneamento básico e da gestão inadequada da limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. Ademais, a proposta, além

DS

DS



de limitar a livre iniciativa e a livre concorrência, está em descompasso com os objetivos do novo marco legal do saneamento básico que orienta a celebração de contratos de concessão, mediante prévia licitação, estimulando a competitividade da prestação desses serviços com eficiência e eficácia, o que por sua vez contribui para melhores resultados.

Tudo isso para dizer que o presente edital não pode – ao menos de forma lícita – ir na contramão da evolução legislativa, da intenção do legislador (*mens legis*), e estabelecer regras que prejudiquem a participação de novos entrantes, mediante a fixação de critérios quantitativos de experiências prévias que somente poderão ser atendidos por pouquíssimas empresas em atividade no País.

Fundamental destacar que a presente licitação integra um primeiríssimo lote de licitações que ocorrerão exatamente após o estabelecimento do Novo Marco do setor, de modo que há, no País, um mercado absolutamente embrionário e em formação de operadores privados de saneamento básico, muito embora existam empresas com vastíssima experiência em soluções de engenharia aplicáveis ao mercado de saneamento, como a ora Impugnante. Daí a imperiosa necessidade de se focar a avaliação das propostas técnicas – na hipótese de se admitir esse regime – na expertise e na sofisticação das soluções de engenharia oferecidas, **mas não na quantificação de experiências progressas**. É o que se exige desse Município, como um dever de reconhecimento e respeito à situação do mercado.

O administrador público não pode ignorar a realidade!

A argumentação trabalhada acima já deve ser considerada suficiente para que este Poder Concedente revise a metodologia de pontuação adotada para a proposta técnica. Contudo, existem ainda



outros importantes elementos que demonstram que a escolha por pontuar atestados que comprovem experiência anterior foi equivocada.

As Cortes de Contas nacionais, em sua larga maioria, possuem jurisprudência clara no sentido de que **a sistemática de pontuação progressiva de acordo com o número de atestados é ilegal.**

A título de exemplo, cumpre citar alguns julgados do **Tribunal de Contas da União** neste sentido:

*O fato de os serviços serem mais ou menos complexos, por si só, **não demonstra que o licitante que executou serviço semelhante ao objeto contratado duas ou mais vezes esteja mais apto a prestá-lo do que aquele que só efetuou uma vez;** além disso, os documentos acostados aos autos, em especial a Nota Explicativa às fls. 157/166, também não lograram êxito em comprovar a necessidade de se atribuir pontuação progressiva nos itens em questão.*

(...)

*3. **Em princípio, independentemente de sua complexidade, o fato de um licitante ter executado serviços semelhantes ao objeto contratado duas ou mais vezes não assegura que esteja mais apto a prestá-lo do que aquele que só o efetuou uma vez.** Nessa linha de raciocínio, este Tribunal vinha se posicionando no sentido de que a atribuição de pontuação progressiva conforme o número de atestados apresentados violaria o princípio da isonomia, à medida que poderia desigualar concorrentes que apresentassem a mesma condição de qualificação técnica, e seria irrelevante para selecionar o licitante mais apto a contratar com a Administração (Acórdão 166/2006-TCU-Plenário). Todavia, o entendimento desta Casa evoluiu no sentido de permitir tal prática, **desde que a pontuação atribuída não se mostre desarrazoada ou limitadora da competitividade do certame e desde que a motivação dessa pontuação esteja expressa nos autos.** Nesse sentido cito os*



Acórdão 126/2007-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro Ubiratan Aguiar, e 1099/2008-Plenário, da relatoria do Ministro Marcos Vileça. (Acórdão n. 165/2009 – Plenário)

(...) 15. Pontuação progressiva para número crescente de atestados de experiência de idêntico teor fere o princípio da isonomia e é irrelevante para selecionar o licitante mais apto à implementação do objeto licitado, como amplamente discutido por ocasião da prolação dos Acórdãos nºs 1.937/2003 (item 9.4.1.3) e 786/2006 (item 9.1.8), ambos do Plenário. (Acórdão n. 362/2007 – Plenário)

Ainda na representação que indicou ao Tribunal supostas irregularidades na Concorrência 2/2010, conduzida pela Universidade Federal de São Paulo - (Unifesp) , outra suposta irregularidade apontada foi a utilização de critério baseado, unicamente, em experiência anterior do licitante, para atribuição da pontuação técnica, o que, na visão da representante, poderia acarretar restrição à competitividade do certame, por criar situação diferenciada para empresas com idênticas condições de executar o objeto. Ao examinar a matéria, o relator registrou o entendimento contrário do TCU à tal exigência, a partir de excerto extraído do voto condutor do Acórdão 653/2007-Plenário, no qual o Tribunal consignou que, "no que tange mais especificamente à exigência de comprovação de tempo de experiência dos profissionais a serem disponibilizados pelo licitante, impende frisar que tal procedimento afronta o disposto no art. 3º, § 5º, da Lei 8.666/1993, bem como a jurisprudência do TCU, em especial os Acórdãos s 1529/2006-Plenário, 473/2004-Plenário, e Decisão 134/2001-Plenário". (Acórdão n. 210/2011 – Plenário)



Enunciado

É indevido critério de pontuação referente ao tempo de atuação da empresa no mercado (Acórdão n. 1993/2008 – Plenário)

Como se pode observar dos acórdãos acima citados, o TCU tem diversas restrições à aplicação de pontuação progressiva para número crescente de atestados de experiência. A Corte de Contas deixa claro, em diversas oportunidades, que o fato de um licitante ter executado serviços semelhantes ao objeto contratado duas ou mais vezes não assegura que esteja mais apto a prestá-lo do que aquele que só o efetuou uma vez. Além disso, não pode a pontuação atribuída se mostrar desarrazoada ou limitadora da competitividade do certame e deve, ainda, existir motivação expressa dessa pontuação nos autos.

No presente caso, contudo, não foi disponibilizada motivação expressa para a adoção de pontuação progressiva para número crescente de atestados de experiência, sendo a competitividade do certame certamente afetada.

Não bastasse a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, cumpre trazer à baila o entendimento de Tribunais de Contas regionais. O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já se debruçou sobre a questão, tendo, inclusive, editado súmula vedando a prática:

Súmula n. 22: "Em licitações do tipo técnica e preço, é vedada a pontuação de atestados que comprovem experiência anterior, utilizados para fins da habilitação".

As razões ofertadas pelo recurso não alteram o juízo desfavorável proferido pelo acórdão combatido. A inadequação

DS

DS

do critério de julgamento por técnica e preço em face do objeto do contrato é patente. Não vieram justificativas que afastassem as impropriedades verificadas pelo acórdão recorrido a esse respeito. Ao contrário. O Tribunal tem examinado, em reiteradas oportunidades, contratações envolvendo objeto semelhante – quiçá, idênticos – feitas a partir de licitações processadas na modalidade de pregão. **Afora a impossibilidade jurídica de se adotar, no caso em exame, o critério de julgamento por técnica e preço, outras irregularidades contaminam a avença. Em especial, a falta de avaliação – e consequente pontuação – das propostas técnicas, que foram preteridas para dar lugar à análise de atestados e certificados apresentados pelo licitante.** Nessas circunstâncias, o fato de único proponente ter participado do certame mostra-se relevante, tendo em vista a pluralidade de agentes em tese aptos. Por esses motivos, acolho integralmente o opinativo da Secretaria-Diretoria Geral e voto pelo não provimento do recurso, mantendo-se inalterado o acórdão atacado. É como voto. (TC-033492/026/07 – RECURSO ORDINÁRIO)

2.8. Por fim, apesar de não ser aproveitado em eventual relançamento do certame, em vista da impossibilidade de avaliação técnica para o objeto em questão, registro que é procedente a crítica quanto à inobservância no presente edital do teor da Súmula nº 22, pois o mesmo pontua atestados utilizados para fins de habilitação. 2.9. Ante todo o exposto e por tudo o mais consignado nos autos, considerando a existência de ilegalidade insanável que incide na inadequada utilização do tipo de julgamento baseado na “técnica e preço” para o objeto em questão, VOTO pela PROCEDÊNCIA das representações e, com fundamento na norma do artigo 49 da Lei 8.666/93, determino à PREFEITURA MUNICIPAL DE VOTUPORANGA que promova a ANULAÇÃO da Concorrência nº 008/2018. (TC-002446.989.19-6; TC-005720.989.19-3 - EXAME PRÉVIO DE EDITAL)

DS


DS




Muito embora a Prefeitura se esforce em convencer do contrário, não resta dúvida de que o edital regulamentou a atribuição de pontos a atestados de profissionais da equipe técnica, previamente requeridos com o fito de comprovação de capacitação para consecução do objeto, com inteiro comprometimento da isonomia do certame (1).

Da forma arregimentada no instrumento convocatório, deu-se peso exclusivamente à qualificação da equipe técnica, "à figura do licitante", e nenhum ao "conteúdo propriamente dito da proposta", nos termos de lição de Marçal Justen Filho (2), inclinando-o decisivamente à reprovação.

Trata-se de flagrante distorção, que não se rende às justificativas prestadas pela Administração, quanto mais quando o flagelo à competitividade pode ser medido pelo singular afluxo ao certame, posto que dentre os 18 (dezoito) adquirentes do edital, único proponente apresentou-se à concorrência. Por força destas condições, voto pela irregularidade da licitação e do contrato decorrente em exame, acionando-se os incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, com aplicação de multa individual no valor correspondente a 100 UFESP'S aos Senhores William Dib e Pedro Antônio Aguiar Pinheiro, respectivamente Prefeito e Secretário de Finanças do Município de São Bernardo, responsáveis à época pelos atos inquinados nesta decisão. (TC-001519/026/07)

DE OUTRA PARTE, A SDG PROPOS NOVA NOTIFICAÇÃO A ORIGEM, ADUZINDO O SEGUINTE: NA AVALIAÇÃO TÉCNICA DA PROPOSTA, A CONTRATANTE UTILIZOU CRITERIOS INERENTES A FASE DE HABILITAÇÃO TAIS COMO EXIGENCIA DE ATESTADOS E DE CAT, LIMITANDO-



SE A ATRIBUIR PONTOS PELA QUANTIDADE DE ATESTADOS, SEM ATENTAR PARA A QUALIDADE TECNICA DA PROPOSTA, COMO PREVISTO NO ARTIGO 46, INCISO, DO PARAGRAFO PRIMEIRO, DA LEI DE LICITAÇÕES; A RESOLUÇÃO 317 DO CONFEA - CONSELHO FEDERAL DE ENGENHARIA E ARQUITETURA ESTABELECE QUE A CAT - CERTIDÃO DE ACERVO TECNICO TEM POR OBJETO A COMPROVAÇÃO DA EXPERIENCIA DO PROFISSIONAL E NÃO DA PESSOA JURIDICA, NÃO HAVENDO COMO EXIGIR CAT EM NOME DA EMPRESA PROPONENTE, COMO ESTABELECIDO NO EDITAL; A EMPRESA VENCEDORA APRESENTOU COMO COMPROVAÇÃO DE EXPERIENCIA CERTIDÕES (CAT) EMITIDAS EM NOME DOS PROFISSIONAIS RESPONSÁVEIS, CONTRARIANDO A PRÓPRIA REGRA EDITALÍCIA.

(...)

DIVERGINDO, A CHEFIA DA ASSESSORIA TECNICA CONSIGNOU QUE A FURP EQUIVOCA-SE QUANDO ALEGA QUE, NA AVALIAÇÃO TECNICA, SE VALEU DA QUALIFICAÇÃO TECNICA DAS LICITANTES E NÃO DOS QUANTITATIVOS, UMA VEZ QUE FORA PONTUADA EXATAMENTE AS EXPERIENCIA DAS EMPRESAS INTERESSADAS, POIS NÃO SE ATRIBUI QUALQUER PONTUAÇÃO A QUALIDADE DAS PROPOSTAS PARA ANALISE TECNICA, MAS TÃO SOMENTE SUA EXPERIENCIA ATRAVES DO NUMERO DE ATESTADOS. SUSTENTOU QUE HOVE UMA LIGEIRA CONFUSÃO POR PARTE DA CONTRATANTE ENTRE A AVALIAÇÃO DA CAPACITAÇÃO TECNICA DAS LICITANTES NA FASE DE HABILITAÇÃO COM A FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS NO MOMENTO SUBSEQUENTE, CONCLUINDO, ASSIM, PELA IRREGULARIDADE DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO, COM APLICAÇÃO DOS INCISOS XV E XVII, DO ARTIGO 2, DA LEI COMPLEMENTAR N. 709/93 A SDG CONCLUIU PELA IRREGULARIDADE DA LICITAÇÃO E DO CONTRATO, DECLARANDO O QUANTO SEGUE: AS RAZÕES APRESENTADAS PELA ORIGEM NÃO JUSTIFICAM O FATO

A small, handwritten signature in blue ink, enclosed in a rectangular box.

A second small, handwritten signature in blue ink, enclosed in a rectangular box.



DE TER SIDO UTILIZADA A MESMA FORMA DE AVALIAÇÃO, ATRAVES DE ATESTADOS, NA FASE DE HABILITAÇÃO E NA DE QUALIFICAÇÃO, ONDE A APRESENTAÇÃO DE UM MINIMO DE CINCO ATESTADOS FOI PONTUADA; TAL CONDOTA VEM SENDO SISTEMATICAMENTE REJEITADA POR ESTA CORTE, CUJA JURISPRUDENCIA RESULTOU NA RECENTE EDIÇÃO DA SUMULA N. 22; (TC 007006/026/05 - SEGUNDA CÂMARA)

Quanto à pontuação dos atestados de experiência dos membros da equipe técnica, ainda que não tenham sido exatamente os mesmos utilizados para a evidenciação da capacidade técnico-profissional, continuo convencido de que a valoração de propostas técnicas não deva ser feita a partir de documentos tipicamente utilizáveis na fase de habilitação, na esteira de precedentes deste E. Plenário (cf. TCs 517/003/06 e 518/003/06, sessão de 09 de junho de 2010, sob minha relatoria; 32463/026/07 e 32339/026/07, sessão de 06 de fevereiro de 2012, relator eminente Conselheiro Robson Marinho; 21040/026/07, sessão de 19 de setembro de 2012, relator eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini; 21032/026/07, sessão de 16 de junho de 2010, sob minha relatoria; 2520/003/09, sessão de 13 de junho de 2012, relator eminente Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga; e 1367/010/07, sessão de 03 de agosto de 2011, sob minha relatoria).

Nessa conformidade e afastando a falha relativa à divulgação do edital, VOTO pelo desprovimento do Recurso Ordinário interposto, confirmando, pelos seus próprios fundamentos, todo o restante do v. aresto combatido. (TC-043404/026/10 - RECURSO ORDINÁRIO)

05

08



Da mesma forma, mostraram-se inadequados os critérios de avaliação de experiência anterior da proposta técnica, por meio de pontuação (exigida nos itens 4.5.9 a 4.5.17 e pontuada nos PTs 2,3 e 4), até porque foram exigidos os respectivos atestados para fins de habilitação (exigidos nos itens 4.4.3.2 e 4.4.3.3), afrontando a Súmula nº 22, desta Corte. Na verdade, caberia à Administração apenas adequar as regras editalícias e definir quais os pressupostos de habilitação para as licitantes, uma vez que a pontuação técnica naqueles termos cria, evidentemente, uma situação diferenciada para as empresas em idênticas condições de executar o objeto. (Voto do Conselheiro Relator Renato Martins da Costa proferido no processo TC-017538/026/07; Sessão de 18.03.2015)

Seguindo a mesma linha de raciocínio, tem-se o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, que determina que exigir, na fase de proposta técnica, documentos pertinentes à habilitação, descumpra a Lei nº 8.666/1993, na medida em que o falho critério de avaliação restringe a competitividade do certame:

O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59, c/c o art. 113 da Constituição Estadual, 1º da Lei

Complementar n. 202/2000 e 6º da Instrução Normativa n. TC-05/2008,

decide:

6.1. Conhecer do Edital de Concorrência n. 03/2008, de 27/01/2009, da [...], cujo objeto é a permissão para o transporte individual de passageiros, [...], e arguir as ilegalidades abaixo descritas, apontadas pelo Órgão Instrutivo no Relatório de Instrução DLC/Insp.2/Div.4 n. 034/2009:

[...]

6.1.4. critério de pontuação técnica que restringe o caráter competitivo da licitação e estabelece preferência impertinente ou irrelevante para o objeto licitado-

DS

DS

pontuação de acordo com o tempo de exercício na atividade de transporte individual, por táxi - Item 8.2.4.3 do edital -, contrariando o art. 3º, §1º, I, da Lei (federal) n. 8.666/93 (item 2.4.1 do Relatório DLC); (Decisão n. 1040/2009)

O TRIBUNAL PLENO, diante das razões apresentadas pelo Relator e com fulcro nos arts. 59 da Constituição Estadual e 1º da Lei Complementar n. 202, de 15 de dezembro de 2000, decide:

6.1. Determinar à Prefeitura Municipal de Joinville que, nos futuros certames licitatórios, não reitere as seguintes **irregularidades**:

6.1.1. **Exigir, na fase de proposta técnica, documentos pertinentes à habilitação, o que contraria o disposto nos arts. 30, II c/c o § 1º, I, e 43 da Lei 8.666/93 (item 6.2.1 da Decisão n. 3598/2011)**;

6.1.2. Exigir formalidades nos atestados de capacidade técnica que afrontam o art. 30, §5º, da Lei n. 8.666/93 (item 6.2.2 da Decisão n. 3598/2011);

6.1.3. **Restringir a participação no certame e o princípio da igualdade pela inadequação dos critérios de avaliação das propostas, por estas não demonstrarem a efetiva capacidade técnica da proponente e a melhor proposta à Administração Pública, nos termos do art. 3º, caput e §1º, I, da Lei n. 8.666/93 (item 6.2.3 da Decisão n. 3598/2011)**;

6.1.4. Exigir atestados de capacidade técnica acompanhados de notas fiscais e contratos, contrariando o art. 30, II e §1º, da Lei n. 8.666/93 (item 6.2.4 da Decisão n. 3598/2011);

6.1.5. Determinar prazo exíguo de 30 dias para a instalação, treinamento e funcionamento de todos os softwares, contrariando o disposto no art. 3º, §1º, I, da Lei n. 8.666/93 (item 6.2.5 da Decisão n. 3598/2011);

6.1.6. Impedir o somatório de atestados para a prova da experiência do licitante sem a prévia justificativa no edital,

DS


DS




contrariando o disposto no art. 3º da Lei n. 8.666/93 (Item 6.2.6 da Decisão n. 3598/2011).

6.2. Determinar, com fundamento no art. 7º, parágrafo único, c/c o art. 13 da Instrução Normativa n. TC-05/2008, o arquivamento dos presentes autos, em razão da comprovação da revogação da Concorrência n. 020/2011, conforme f. 286 dos autos.

6.3. Dar ciência desta Decisão à Representante ao Sr. Carlito Merss - Prefeito Municipal de Joinville, e aos procuradores constituídos nos autos.

7. Ata n.: 32/2012

8. Data da Sessão: 23/05/2012

9. Especificação do quorum:

9.1 Conselheiros presentes: Cesar Filomeno Fontes (Presidente), Luiz Roberto Herbst (Relator), Wilson Rogério Wan-Dall, Julio Garcia, Adircélio de Moraes Ferreira Junior, Cleber Muniz Gavi (art. 86, § 2º, da LC n. 202/2000) e Sabrina Nunes locken (art. 86, caput, da LC n. 202/2000)

10. Representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas: Aderson Flores

11. Auditores presentes: Gerson dos Santos Sicca. (Processo n.: REP-11/00390682)

Por fim, cumpre ainda citar o conteúdo de Instrução Técnica publicada na Revista do TCE-MG⁵, onde também resta claro que a quantidade de experiências não deve ser um fator válido para a avaliação de propostas técnicas. Veja-se:

Entende este Órgão Técnico, s.m.j, que entre os fatores de avaliação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações de técnica e preço, o edital não deve consignar que atestados de desempenho anterior sejam fator diferenciador entre os proponentes. Isto porque, ao se

⁵ TCE-MG. Impossibilidade de apresentação por licitante pertencente a grupo econômico de atestado de qualificação técnica de outra empresa do grupo e de pontuação por atestados como fator diferenciador de avaliação e julgamento. In. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais Outubro | Novembro | Dezembro 2009 | v. 73 — n. 4, p. 251.





pontuar a quantidade de atestados, não se está avaliando a capacidade da proposta do licitante em produzir benefícios ao Poder Público, mas apenas a sua experiência anterior.

(...)

O fato de alguém demonstrar, numa licitação, deter ou reunir mais experiência na execução do objeto, ou de parte dele, só em si, não o qualifica além de outros proponentes que acaso não detenham tanta experiência. Sobre o assunto, vale colacionar trecho de texto retirado da consultoria Zênite:

*'Ninguém precisa exercitar inúmeras vezes sua capacidade técnica para ter qualificação inquestionável, podendo demonstrá-la por outros meios que não a mera soma de atestados de desempenho anterior ou de capacidade técnica. **A quantidade de experiências anteriores que compõem o acervo técnico dos licitantes, ainda que seja sempre respeitável como demonstrativo de qualidade, não pode ser erigida como fator diferencial entre licitantes.** Um exemplo desse fato é o de que, por exemplo, uma construtora nova, pertencente ao maior grupo construtor, mas que não tenha experiência anterior, não pode somente por isso ser tida como tecnicamente inferior a antigas empreiteiras, porque existem outros meios para novas entidades demonstrarem sua qualificação. E o edital, desse modo, está proibido de direcionar a demonstração da qualidade apenas à soma de atestados, pena de dirigismo injustificável. Ninguém precisa construir um grande prédio duas vezes, ou prestar mais de uma vez o mesmo complexo serviço, para evidenciar seu preparo para novos intrincados objetos em disputa pública.'"*

Considerando todo o conteúdo acima exposto, espera-se que essa

I. Comissão Permanente de Licitação:



(i) Deixe de avaliar a proposta técnica através de requisitos de habilitação, uma vez que a valoração de propostas técnicas não deve ser feita a partir de documentos tipicamente utilizáveis na fase de habilitação;

(ii) Não adote a pontuação progressiva para número crescente de atestados de experiência, pois, conforme demonstrado, isto restringe a competição, para direcioná-la a um limitado grupo de empresas;

(iii) Apenas utilize como critério a melhor proposta comercial, sendo a técnica apenas considerada um requisito de habilitação.

B) Item 12.1 do Edital: SANEAGO

O item 12.1 do edital informa que os serviços a serem concedidos serão executados em caráter precário pela SANEAGO, até a sua transferência para a concessionária.

Com o fito, portanto, de permitir a efetiva análise do risco inerente à formulação de proposta no presente procedimento, releva-se fundamental que o edital informe, também, os detalhes e os fundamentos jurídicos do relacionamento existente entre o Município e a SANEAGO, inclusive porque o site daquela Companhia informa que não existiria atuação em Ipameri.

Nessa mesma linha de entendimentos, há que se informar o posicionamento do Tribunal de Contas do Estado de Goiás a respeito do edital e, em especial, do eventual rompimento do relacionamento jurídico com a SANEAGO.

A small, handwritten signature in blue ink, enclosed in a thin black rectangular box.

A second small, handwritten signature in blue ink, enclosed in a thin black rectangular box.



Ademais, é essencial que se esclareça a situação dos bens afetos à prestação dos serviços públicos, no sentido de se informar se todos os ativos anteriormente operados pela SANEAGO foram mantidos aplicados à exploração da atividade.

C) Item 3.1, "A", da Minuta de Contrato

O item em comento apresenta-se com a seguinte redação:

3.1. O objeto é a CONCESSÃO do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário, delegada pelo PODER CONCEDENTE, abrangendo toda a área urbana do Município de Ipameri - GO, com exclusividade, englobando o seguinte escopo:

a) O serviço de e fornecimento de água tratada aos usuários, envolvendo as atividades de operação, ampliação, melhoria, conservação e manutenção do sistema público de abastecimento de água; (grifos nossos)

Como se percebe da passagem em destaque, a redação da alínea "A" parece suprimir parte do escopo dos serviços de água, o que exige o esclarecimento do ponto, com a retificação de redação que se fizer necessária, em prol da segurança jurídica.

D) Item 8.2, "G", da Minuta de Contrato

A redação da mencionada alínea "g" do item 8.2 se apresenta truncada, impedindo a compreensão do comando correspondente.

8.2. São direitos da CONCESSIONÁRIA a partir da DATA DE ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTO:

05

08



(...)

*g) obter do PODER CONCEDENTE a manifestação **forma** **cerca de suas propostas, solicitações e pleitos.***

Em razão disso, requer-se seja revista a redação do item.

E) Item 8.2.1 da Minuta de Contrato

O item 8.2.1 da minuta de contrato se refere à exploração de “serviços adicionais” pela concessionária, acompanhando a redação de outras passagens do edital e do contrato, que aludem também aos chamados “serviços complementares”.

Tanto em relação aos serviços adicionais como aos complementares, a dicção do instrumento concessivo tem o condão de exigir a prévia autorização do Poder Concedente para a sua exploração, ou mesmo assegurar ao Município a prerrogativa de tabelar seus preços e definir suas sistemáticas de reajuste.

Ocorre, todavia, que estes serviços são atividades econômicas em sentido estrito, e não serviços públicos. Nessa condição, são explorados sob o regime de livre iniciativa e livre concorrência, em consonância com o art. 170 da Constituição da República, de modo que não assiste ao Poder Público legitimidade para o tabelamento de preços e/ou fixação de sistemáticas de reajustes.

É o que salienta Rafael Véras⁶:

⁶ <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/03/artigo-rafael-veras.pdf>



(...) o ente delegante poderá instituir uma política tarifária por meio da qual serão estabelecidos mecanismos endógenos e exógenos de financiamento da concessão. O principal mecanismo endógeno é a fixação de uma tarifa sujeita à regulação estatal, mediante a qual serão previstos os custos na prestação do serviço (o que resultará na tarifa módica) e a rentabilidade do projeto concessionário (v.g. por meio das metodologias de price cap, cost plus, rate of return, yardstick competition). De outro bordo, os principais mecanismos exógenos de financiamento da concessão podem resultar: (i) da instituição de fundos, especialmente criados para esse fim (v.g. o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações – FUST, instituído pela Lei nº 9.998/2000); (ii) de subsídios providos, diretamente, pelo poder público (v.g. as contraprestações pecuniárias, previstas nas concessões patrocinadas e administrativas da Lei nº 11.079/2004); e (iii) das receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, previstas nos artigos 11 e 18, inciso VI, da Lei nº 8.987/1995.

É dessa última modalidade de financiamento exógeno (posto que alheio à remuneração tarifária) dos contratos de concessão que se esta aqui a tratar.

(...)

De acordo com Marçal Justen Filho, todas as hipóteses previstas no artigo 11 da Lei nº 8.987/1995 poderiam ser enquadradas como receitas extraordinárias, assim consideradas como aquelas que 'são as relacionadas com a exploração alternativa, do ponto de vista econômico, do objeto da concessão; não importam o desenvolvimento de outras utilidades ao público, nem a ampliação propriamente dita do objeto da concessão'.

De fato, por meio dessa modalidade de financiamento, confere-se à concessão de serviço público uma acepção mais econômica, que permita ao concessionário angariar recursos em razão da sua própria criatividade empresarial. Essas atividades

05


05




se aproveitam das externalidades positivas produzidas pela execução do serviço delegado para favorecer a integração financeira da concessão às oportunidades periféricas de negócios.

(...)

Embora as modalidades de exploração dessas receitas sejam diversas, o seu regime jurídico é o mesmo. Como já se teve a oportunidade de asseverar

as atividades exploradas pelos concessionários que dão origem às receitas extraordinárias **não se confundem com o objeto da concessão. Trata-se de atividades econômicas em sentido estrito, as quais são exercidas, no âmbito da liberdade de iniciativa (art. 1º, IV, e 170, caput, da CRFB), mas que devem ser submetidas à prévia autorização estatal (art. 170, parágrafo único, da CRFB) e aos influxos da regulação levada a efeito pelo contrato de concessão.**

(...)

Diante do exposto, é possível sumariar, em proposições objetivas, as conclusões desse ensaio:

(i) **Os contratos celebrados por concessionários com terceiros, que não guardam relação finalística com a atividade delegada, não se submetem ao regime jurídico-administrativo, eis que têm por objeto a faculdade atribuída ao parceiro privado para explorar atividades economicamente associadas ao pacto concessório;**

(ii) **Tais acordos têm natureza jurídica de contratos privados coligados e regulados, por se tratar de ajustes celebrados no âmbito de uma relação que veicula a prestação de um serviço público;**

(iii) *Em razão dessa qualidade, estão sujeitos a influxos regulatórios, os quais terão de compatibilizar o princípio da autonomia da vontade com o dever de prestação adequada do serviço;*

(iv) **A despeito da competência do órgão regulador para intervir nos contratos celebrados por concessionários de serviços públicos, as atividades por ele veiculadas, por se**



tratar de atividades econômicas reguladas, não podem sofrer uma regulação intrusiva, sob pena de violação ao princípio da liberdade de iniciativa;

Ora, de acordo com o entendimento acima, que bem ilustra o posicionamento tranquilo da doutrina publicista, resta claro que os serviços complementares, que não guardem relação finalística com o serviço público concedido, não podem ter os seus preços disciplinados e limitados por um ato administrativo. Trata-se de premissa básica inerente à ideia de livre iniciativa e de livre concorrência.

Neste sentido, é preciso o ensinamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso⁷, registrado em obra acadêmica:

A livre iniciativa é princípio fundamental do Estado e é da sua essência que os preços de bens e serviços sejam estabelecidos pelo mercado. Como consequência, o controle prévio de preços não é admitido no ordenamento constitucional brasileiro como uma política pública regular.

O controle prévio de preços somente poderá ser legítimo diante da ocorrência de situação de anormalidade, de grave deterioração das condições de mercado, com ausência de livre concorrência e colapso da própria livre iniciativa. Aí a intervenção estatal se legitimaria pela necessidade de restabelecimento dos próprios fundamentos constitucionais da ordem econômica.

Pelas mesmas razões acima esposadas, impende grifar que se revela inconstitucional qualquer ingerência da Administração Pública sobre a execução destas atividades, que devem se submeter apenas e tão

⁷ <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47240/44652>





somente à avaliação de oportunidade empresarial da concessionária, ainda que haja, sobre elas, o exercício da fiscalização municipal, em prol do resguardo do serviço público.

Além de inconstitucional, a dicção do referido item contratual será, também, ilegal, porquanto previsto sem qualquer respaldo na Lei Federal nº 8.987/95.

Impõe-se, portanto, a alteração do edital concessivo e de sua minuta de contrato, para adequação aos entendimentos doutrinários ora esposados, sob pena de inconstitucionalidade e ilegalidade, passível de ser reconhecida nos foros competentes.

F) Itens 11.2.2.1 e 11.2.4.1.2 da Minuta de Contrato

O item 11.2.2.1 aduz à indenização que será devida à concessionária na hipótese de encampação, ao passo que o item 11.2.4.1.2 contempla a indenização em caso de rescisão contratual por culpa do Poder Concedente.

Observa-se, porém, que os itens não contemplam a obrigatoriedade da indenização por lucros cessantes, como bem defende a doutrina administrativista majoritária.

Em análise dos dispositivos da Lei Federal nº 8.987/95 a respeito da indenização por encampação, o renomado publicista Celso Antônio Bandeira de Mello⁸ afirma que "é óbvio e de cristalina obviedade

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 692.





que haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos lucros cessantes".

Veja-se, também, a posição de Dinorá Adelaide Musetti Grotti⁹, em textual:

Encampação ou resgate, que é o encerramento da concessão, por ato do concedente, durante o transcurso do prazo inicialmente fixado, por motivo de conveniência e oportunidade administrativa, sem que o concessionário haja dado causa ao ato extintivo. Isto sucede quando o Poder Público entende, por alguma razão de ordem administrativa ou política, de assumir diretamente o serviço concedido ou de substituí-lo por outro tipo de serviço, mais capaz de satisfazer as necessidades públicas (Exemplo: transporte coletivo realizado por bondes por outro meio).

*A indenização é devida porque a antecipação do encerramento da concessão, ao prazo previsto, repercute diretamente sobre a equação econômico-financeira. O concessionário deve receber o capital não amortizado e os **lucros cessantes**. O art. 37 da Lei Federal 8.987/95 estabeleceu necessidade de lei autorizativa e pagamento prévio de indenização e, ao cogitar da indenização em tal caso (art. 36, por remissão do art. 37) só se refere à indenização das parcelas não amortizadas ou depreciadas atinentes aos bens reversíveis; porém, obviamente, **haveria agravo à equação econômico-financeira do contrato se não houvesse indenização pelos lucros cessantes**.*

Na atualidade, a coerência do posicionamento doutrinário acima apresentado tem motivado a modernização de minutas de contratos de concessão, a exemplo do ocorrido no âmbito das concessões aeroportuárias reguladas pela ANAC.

⁹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público. Revista Interesse Público, v. 9, n. 42, p. 77-125, mar./abr. 2007.





Por oportunidade da aprovação da minuta de edital e de contrato voltada à 5ª Rodada de concessões de aeroportos, que incluiu grupos de aeroportos do Nordeste, Centro-Oeste e Sudeste, este ponto foi objeto de alteração específica, para a incorporação expressa da indenização por lucros cessantes. Permita-se, a esse respeito, a transcrição de trecho do r. voto prolatado pelo Diretor José Ricardo Botelho, da ANAC, nos autos do processo 00058.016714/2018-10, em textual:

4.17. Da Indenização

*4.17.1. Quanto às alterações promovidas pela área técnica no tocante à indenização, verifica-se que a proposta vem no sentido de alterar as regras para o caso de encampação, que **passa a ser calculada com base nos lucros cessantes**, acrescido dos custos gerados pela descontinuidade da concessão.*

(...)

6. DOS ENCAMINHAMENTOS PARA O VOTO

*6.1. Por fim, **considerando os argumentos apresentados nos tópicos acima** e, sobretudo, o fato de que as inovações propostas pelas equipes técnicas que trabalharam no planejamento desta fase do processo licitatório, **encontram respaldo na experiência acumulada na gestão de contratos de concessão, nas diretrizes de governo para a atual rodada, em alterações legislativas recentes** e, principalmente, na necessidade de adaptar o contrato ao novo modelo de concessão em blocos, entendo que as minutas estão prontas para a fase de consultas à sociedade e aos interessados nas parcerias.*

Não por acaso os atuais contratos de concessão de serviços públicos estão incorporando textualmente a necessidade de indenização por lucros cessantes na hipótese de rompimento do contrato sem culpa do concessionário. Essa necessidade vem sendo tranquilamente reconhecida pelos nossos Tribunais Superiores, como questão de justiça.





O Superior Tribunal de Justiça, nos termos do julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.298.737-SP, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves em 01/07/2010, já deixava claro o referido entendimento. *In verbis*:

IV – A antecipação do encerramento do contrato importou na frustração da concretização da equação econômico-financeira assegurada ao concessionário. Ao realizar o pacto por um lapso de tempo duradouro, com pesados investimentos nos períodos iniciais da concessão, para recuperá-los paulatinamente até o final do pacto, restou frustrado pela interrupção do acordo, ocasionando sérias consequências patrimoniais para a concessionária. Dai o ressarcimento pertinente aos lucros cessantes para manter estável a equação originária pactuada.

Como bem se vê, portanto, a minuta do contrato, nessas passagens, deverá ser alterada, para incorporar a indenização por lucro cessante. É o que se requer, para o momento.

G) Item 11.4.2 da Minuta de Contrato

O item em destaque prevê que a indenização dos investimentos reconhecidos que, com a extinção do contrato, não estejam totalmente amortizados ou depreciados, se dará em 24 (vinte quatro) parcelas mensais, iguais e sucessivas, atualizadas pelo INPC e acrescidas dos juros de 12% (doze por cento) ao ano.

A referida passagem do contrato, todavia, deixa de prever solução que tem se revelado praxe em editais de concessão e de PPP recentes, que é previsão da possibilidade de atribuição desse ônus financeiro ao concessionário que vier a vencer a próxima licitação.



Em primeiro lugar, é importante registrar que o repasse dessa obrigação pecuniária ao novo concessionário seguiria o mesmo racional adotado para o pagamento dos estudos realizados por meio de **Procedimento de Manifestação de Interesse**, que sejam utilizados para embasar licitações futuras no âmbito da União. É o que dispõe o **Decreto Federal nº 8.428/15**, em seu art. 16:

*Art. 16. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste Decreto, serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada **exclusivamente pelo vencedor da licitação**, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados tenham sido efetivamente utilizados no certame.*

Além disso, diversos editais recentes de concessões apresentam sistemática de repasse do ônus de determinados pagamentos e/ou ressarcimentos ao novo contratado, a indicar uma praxe atual.

Por meio da Concorrência Pública nº 001/2018¹⁰, por exemplo, a Secretaria de Transportes Metropolitanos do Estado de São Paulo previu, na minuta do contrato de concessão de obra em parque público, a possibilidade de transferência do ônus pelo pagamento de indenização por decretação de caducidade ao próximo contratado. Confira-se:

*66.12. O PODER CONCEDENTE poderá promover nova licitação para a concessão da execução de todas ou de algumas das ATIVIDADES objeto do CONTRATO, **atribuindo ao futuro vencedor o ônus do pagamento da indenização aos FINANCIADORES**, ou diretamente à CONCESSIONÁRIA, conforme o caso.*

¹⁰ Disponível em <http://www.stm.sp.gov.br/transparencia/Arquivo/1219>. Acesso em 26/01/20.





Já o Edital nº 001/2016-SEF¹¹, elaborado pelo Distrito Federal para a concessão do Centro de Convenções Ulysses Guimarães, amolda-se de forma ainda mais perfeita à presente hipótese, já que contempla não somente a possibilidade de indenização ao concessionário pelos bens não totalmente amortizados ou depreciados à época da extinção do prazo contratual, mas também a assunção desse ônus pelo futuro concessionário. Veja-se, nesse sentido, o teor das Cláusulas 140 e 149 da minuta de contrato daquele edital:

*Cláusula 140. Excepcionalmente, a reversão no advento do termo contratual poderá envolver **indenização das parcelas dos investimentos vinculados a BENS REVERSÍVEIS, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados, mediante prévia aprovação do PODER CONCEDENTE, com o objetivo de garantir a atividade do CCUG.***

*Cláusula 149. O PODER CONCEDENTE poderá, no prazo máximo de 12 (doze) meses a contar da extinção do CONTRATO conforme previsto nas seções precedentes, promover nova licitação do serviço concedido, **atribuindo à vencedora o ônus do pagamento direto da indenização cabível à antiga CONCESSIONÁRIA.***

Parágrafo único. Essa faculdade dependerá de prévio acordo com a CONCESSIONÁRIA nas hipóteses de encampação, rescisão e término do prazo contratual.

Ademais, cabe citar que a **Lei Federal nº 13.448/17**, vulgarmente conhecida como Lei de Relicitação, malgrado se aplique apenas e tão somente aos contratos federais de parcerias nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário, oferece também exemplo do repasse de custos de indenização ao futuro concessionário como solução

¹¹ Disponível em <http://www.sepe.df.gov.br/wp-content/uploads/2018/06/05-EDITAL-DE-CONCORR%C3%80NCIA-N%C2%B0-001-2016-VERS%C3%83O-2017.pdf>. Acesso em 26/01/20.





hábil à preservação dos interesses do Poder Público. Permite-se transcrever o quanto disposto em seu art. 15, § 1º, I, *in verbis*:

Art. 15. A relicitação do contrato de parceria será condicionada à celebração de termo aditivo com o atual contratado, do qual constarão, entre outros elementos julgados pertinentes pelo órgão ou pela entidade competente:

§ 1º Também poderão constar do termo aditivo de que trata o caput deste artigo e do futuro contrato de parceria a ser celebrado pelo órgão ou pela entidade competente:

I - a previsão de que as indenizações apuradas nos termos do inciso VII do § 1º do art. 17 desta Lei serão pagas pelo novo contratado, nos termos e limites previstos no edital da relicitação;

Finalmente, cabe ainda a referência ao **Decreto Federal nº 9.192/17**, que dispõe sobre a licitação e concessão de distribuição e transmissão associada à transferência de controle de prestadora de serviço público de energia elétrica e, com esse objetivo, previu em seu art. 5º, § 2º, exatamente a **obrigação de o futuro concessionário adquirir os bens do prestador anterior**, mediante o pagamento de indenização pelos bens não totalmente amortizados ou depreciados, na forma abaixo:

Art. 5º A Aneel realizará a licitação da concessão de distribuição de energia elétrica sem transferência do controle societário da pessoa jurídica responsável pela prestação do serviço de distribuição de energia elétrica, nas seguintes hipóteses:

§ 2º O vencedor da licitação de que trata o caput deverá, conforme regras e prazos a serem definidos pela Aneel em edital, adquirir do responsável pela prestação do serviço público de distribuição de energia elétrica os bens e as instalações reversíveis vinculados à prestação do serviço por valor correspondente à parcela de investimentos não amortizados



e/ou não depreciados a eles associados, valorados pela metodologia do VNR.

Nesse ponto, é importante observar que, por meio da supracitada sistemática de repasse da obrigação de indenizar ao novo concessionário, **o Poder Público se exime da necessidade de constituição de uma nova despesa pública**, porque esta seria a verdadeira natureza orçamentária daquele respectivo montante.

Torna-se conveniente, portanto, requerer a alteração da dicção do referido item, para contemplar a possibilidade da assunção dessa despesa pelo futuro concessionário.

H) Item 19.5 da Minuta de Contrato

O item 19.5 prevê a eleição do *"foro de Ipameri - GO para solução de qualquer pendência decorrente do presente CONTRATO"*.

A eleição de foro pode passar a falsa impressão de que a arbitragem não é a regra para a resolução de conflitos entre as partes, o que pode levar ao esvaziamento da força vinculante da cláusula compromissória prevista no contrato.

É importante que a redação do item seja aperfeiçoada para deixar indene de dúvida que o recurso ao Judiciário somente poderá ocorrer na hipótese de discussão de direito indisponível, que naturalmente não pode ser debatido em sede de arbitragem, para a propositura de medidas cautelares afetas à arbitragem, ou ainda para a execução da sentença arbitral.

A small icon representing a signature, consisting of a stylized 'S' shape within a rounded square frame.

A second small icon representing a signature, identical to the one above.



III. DO PEDIDO

Pelo exposto, requer a ora Impugnante seja a sessão pública dessa Concorrência Pública adiada, até que sejam esclarecidas, supridas e/ou corrigidas as disposições editalícias e contratuais impugnadas, com a consequente reabertura do prazo para apresentação da pertinente documentação.

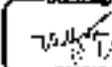
Termos em que,
Espera deferimento.

São Paulo, 13 de novembro de 2020.

DocuSigned by:

087080C4F12203402

Leo Cesar Queiroz Cavalcante Melo
Sócio Administrador
RG nº 4502458 SSP/PE
CPF nº 024.187.434-38

DocuSigned by:

175878F1894B48...

Daniel Mortari Barreto
Diretor – Responsável Técnico
RG nº 6682513 SSP/SC
CPF nº 995.422.260-04

Certificado de Conclusão

Identificação de envelope: BD4DE42E48424FD18D97936D1DE5C6A0

Status: Concluído

Assunto: DocuSign: Impugnação - Edital Ipameri - GO.pdf

Origem do Envelope:

Qtde Págs Documento: 53

Assinaturas: 2

Qtde Págs Certificado: 5

Rubrica: 104

Assinatura guiada: Ativado

Selo com ID do Envelope: Ativado

Fuso horário: (UTC-03:00) Caiena, Fortaleza

Remetente do envelope:

CAMILA RODRIGUES SANTOS

Alameda Mamoré, 503 - Conjunto 24, Alphaville

SP, SP 06454-040

camila.santos@allonda.com

Endereço IP: 201.182.69.77

Rastreamento de registros

Status: Original

Portador: CAMILA RODRIGUES SANTOS

Local: DocuSign

12/11/2020 13:09:15

camila.santos@allonda.com

Eventos de Signatários

Daniel Mortari Barreto

daniel@allonda.com

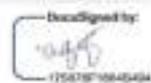
Allonda Ambiental

Nível de Segurança: E-mail, Autenticação da conta (Nenhuma)

Detalhes do provedor de assinatura:

Tipo de assinatura: DS Electronic

Assinatura



Adoção de assinatura: Imagem de assinatura carregada

Usando endereço IP: 177.126.10.232

Data/Hora

Enviado: 12/11/2020 13:15:58

Visualizado: 12/11/2020 13:33:26

Assinado: 12/11/2020 13:34:50

Termos de Assinatura e Registro Eletrônico:

Não disponível através do DocuSign

Léo Cesar Queiroz Cavalcante Melo

leo@allonda.com

CEO

Nível de Segurança: E-mail, Autenticação da conta (Nenhuma)

Detalhes do provedor de assinatura:

Tipo de assinatura: DS Electronic



Adoção de assinatura: Desenhado no dispositivo

Usando endereço IP: 187.29.214.130

Enviado: 12/11/2020 13:34:57

Visualizado: 12/11/2020 14:20:01

Assinado: 12/11/2020 14:21:13

Termos de Assinatura e Registro Eletrônico:

Acelto: 27/08/2019 20:50:49

ID: 8c2acc20-ab1a-4105-bdfe-19b70fd7c7b3

Eventos de Signatários Presenciais	Assinatura	Data/Hora
Eventos de Editores	Status	Data/Hora
Eventos de Agentes	Status	Data/Hora
Eventos de Destinatários Intermediários	Status	Data/Hora
Eventos de entrega certificados	Status	Data/Hora
Eventos de cópia	Status	Data/Hora
Eventos com testemunhas	Assinatura	Data/Hora
Eventos do tabelião	Assinatura	Data/Hora
Eventos de resumo do envelope	Status	Carimbo de data/hora

Eventos de resumo do envelope

Envelope enviado

Entrega certificada

Assinatura concluída

Concluído

Status

Com hash/criptografado

Segurança verificada

Segurança verificada

Segurança verificada

Carimbo de data/hora

12/11/2020 13:15:58

12/11/2020 14:20:01

12/11/2020 14:21:13

12/11/2020 14:21:13

Eventos de pagamento**Status****Carimbo de data/hora****Termos de Assinatura e Registro Eletrônico**

ELECTRONIC RECORD AND SIGNATURE DISCLOSURE

From time to time, Allonda Ambiental (we, us or Company) may be required by law to provide to you certain written notices or disclosures. Described below are the terms and conditions for providing to you such notices and disclosures electronically through the DocuSign system. Please read the information below carefully and thoroughly, and if you can access this information electronically to your satisfaction and agree to this Electronic Record and Signature Disclosure (ERSD), please confirm your agreement by selecting the check-box next to 'I agree to use electronic records and signatures' before clicking 'CONTINUE' within the DocuSign system.

Getting paper copies

At any time, you may request from us a paper copy of any record provided or made available electronically to you by us. You will have the ability to download and print documents we send to you through the DocuSign system during and immediately after the signing session and, if you elect to create a DocuSign account, you may access the documents for a limited period of time (usually 30 days) after such documents are first sent to you. After such time, if you wish for us to send you paper copies of any such documents from our office to you, you will be charged a \$0.00 per-page fee. You may request delivery of such paper copies from us by following the procedure described below.

Withdrawing your consent

If you decide to receive notices and disclosures from us electronically, you may at any time change your mind and tell us that thereafter you want to receive required notices and disclosures only in paper format. How you must inform us of your decision to receive future notices and disclosure in paper format and withdraw your consent to receive notices and disclosures electronically is described below.

Consequences of changing your mind

If you elect to receive required notices and disclosures only in paper format, it will slow the speed at which we can complete certain steps in transactions with you and delivering services to you because we will need first to send the required notices or disclosures to you in paper format, and then wait until we receive back from you your acknowledgment of your receipt of such paper notices or disclosures. Further, you will no longer be able to use the DocuSign system to receive required notices and consents electronically from us or to sign electronically documents from us.

All notices and disclosures will be sent to you electronically

Unless you tell us otherwise in accordance with the procedures described herein, we will provide electronically to you through the DocuSign system all required notices, disclosures, authorizations, acknowledgements, and other documents that are required to be provided or made available to you during the course of our relationship with you. To reduce the chance of you inadvertently not receiving any notice or disclosure, we prefer to provide all of the required notices and disclosures to you by the same method and to the same address that you have given us. Thus, you can receive all the disclosures and notices electronically or in paper format through the paper mail delivery system. If you do not agree with this process, please let us know as described below. Please also see the paragraph immediately above that describes the consequences of your electing not to receive delivery of the notices and disclosures electronically from us.

How to contact Allonda Ambiental:

You may contact us to let us know of your changes as to how we may contact you electronically, to request paper copies of certain information from us, and to withdraw your prior consent to receive notices and disclosures electronically as follows:

To contact us by email send messages to: ju_novaes21@yahoo.com.br

To advise Allonda Ambiental of your new email address

To let us know of a change in your email address where we should send notices and disclosures electronically to you, you must send an email message to us at ju_novaes21@yahoo.com.br and in the body of such request you must state: your previous email address, your new email address. We do not require any other information from you to change your email address.

If you created a DocuSign account, you may update it with your new email address through your account preferences.

To request paper copies from Allonda Ambiental

To request delivery from us of paper copies of the notices and disclosures previously provided by us to you electronically, you must send us an email to ju_novaes21@yahoo.com.br and in the body of such request you must state your email address, full name, mailing address, and telephone number. We will bill you for any fees at that time, if any.

To withdraw your consent with Allonda Ambiental

To inform us that you no longer wish to receive future notices and disclosures in electronic format you may:

- i. decline to sign a document from within your signing session, and on the subsequent page, select the check-box indicating you wish to withdraw your consent, or you may;
- ii. send us an email to ju_novaes21@yahoo.com.br and in the body of such request you must state your email, full name, mailing address, and telephone number. We do not need any other information from you to withdraw consent.. The consequences of your withdrawing consent for online documents will be that transactions may take a longer time to process..

Required hardware and software

The minimum system requirements for using the DocuSign system may change over time. The current system requirements are found here: <https://support.docusign.com/guides/signer-guide-signing-system-requirements>.

Acknowledging your access and consent to receive and sign documents electronically

To confirm to us that you can access this information electronically, which will be similar to other electronic notices and disclosures that we will provide to you, please confirm that you have read this ERSD, and (i) that you are able to print on paper or electronically save this ERSD for your future reference and access; or (ii) that you are able to email this ERSD to an email address where you will be able to print on paper or save it for your future reference and access. Further, if you consent to receiving notices and disclosures exclusively in electronic format as described herein, then select the check-box next to 'I agree to use electronic records and signatures' before clicking 'CONTINUE' within the DocuSign system.

By selecting the check-box next to 'I agree to use electronic records and signatures', you confirm that:

- You can access and read this Electronic Record and Signature Disclosure; and
- You can print on paper this Electronic Record and Signature Disclosure, or save or send this Electronic Record and Disclosure to a location where you can print it, for future reference and access; and
- Until or unless you notify Allonda Ambiental as described above, you consent to receive exclusively through electronic means all notices, disclosures, authorizations, acknowledgements, and other documents that are required to be provided or made available to you by Allonda Ambiental during the course of your relationship with Allonda Ambiental.