

2. ANÁLISE DAS IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS NO REFERIDO PROCESSO LICITATÓRIO PARA BASEAR AS PRÓXIMAS ETAPAS DO TRABALHO DE CONSULTORIA.

2.1 ANTECEDENTES

Em fevereiro de 2020 a Prefeitura de Socorro lançou o edital de licitação nº 01/2020, na modalidade de **CONCORRÊNCIA PÚBLICA com Outorga Onerosa Fixa** e com inversão de fases de habilitação e julgamento, e com julgamento pela ponderação dos critérios de menor tarifa com o de melhor técnica, para a **CONCESSÃO DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO**, em caráter de exclusividade, pelo prazo de 30 (trinta) anos.

À luz da legislação vigente e conforme definido na Seção III do EDITAL, a Comissão Especial de Licitação recebeu 2 pedidos de impugnação, a saber:

- Impugnante: Sabesp encaminhada em 04 de março de 2020;
- Impugnante: Francisco José Justo encaminhada em 11 de março de 2020.

2.2 IMPUGNANTE: SABESP ENCAMINHADA EM 04 DE MARÇO DE 2020

As impugnações de autoria da Sabesp referem-se a:

2.2.1 Qualificação Técnico-Operacional

A impugnação indica que a comprovação de experiência na “construção” de redes, ligações, reservatórios, ETEs, interceptores etc., é irrelevante para a execução do objeto da licitação, que trata da concessão dos serviços públicos em geral e não unicamente da construção de infraestruturas civis.

Ademais, questiona a exigência de comprovação dos serviços executados em municípios com no mínimo 18.000 habitantes e o limite, em caso de consorcio, de aceitação da comprovação somente para empresas que detenham, no mínimo, 20% do referido consórcio.

De forma a avaliar a pertinência da impugnação, cabe referência ao objeto da licitação que, conforme indicado na Seção III do Edital, é:

9. É objeto do presente EDITAL a outorga da CONCESSÃO dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário na ÁREA DA CONCESSÃO, pelo prazo de 30 (trinta) anos, e em caráter de exclusividade, obedecida a legislação vigente e as disposições deste EDITAL.

10. Consideram-se serviços públicos de abastecimento de água a sua distribuição até o ponto de entrega, incluindo eventuais instrumentos de medição, bem como, quando vinculadas a esta finalidade, as seguintes atividades: (i) captação e adução de água bruta; (iii) tratamento e adução de água tratada; (v) reservação e distribuição de água até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição, bem como todos os demais que lhe sejam complementares ou correlatos, incluindo a realização de medição da utilização dos referidos serviços para fins de faturamento e arrecadação da quantia devida à CONCESSIONÁRIA pelos USUÁRIOS, a título de remuneração pelo serviço prestado.

11. Consideram-se serviços públicos de esgotamento sanitário os serviços constituídos pelas seguintes atividades: a coleta, o transporte e a disposição final de esgotos sanitários, incluindo os efluentes industriais compatíveis, bem como de lodos e de outros resíduos do processo de tratamento, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente, incluindo a realização de medição da utilização do referido serviço para fins de faturamento e arrecadação da quantia devida à CONCESSIONÁRIA pelos USUÁRIOS, a título

11.1 Para fins desta LICITAÇÃO, consideram-se parte integrante dos SERVIÇOS as infraestruturas e instalações necessárias para operação das atividades descritas nos itens 10 e 11 deste EDITAL, bem como os projetos, licenças ambientais, construções, operação, ampliação e manutenção das infraestruturas e instalações dos sistemas físicos, operacionais e gerenciais, bem como a gestão dos sistemas empresariais, como os sistemas de eficiência operacional, sistema comercial e outros necessários à prestação dos serviços, a comercialização dos produtos, o atendimento e a cobrança direta aos USUÁRIOS, bem como a realização e decorrente cobrança dos SERVIÇOS COMPLEMENTARES.

Complementarmente, o Termo de Referência detalha o objeto da contratação conforme apresenta-se a seguir:

5.1 Atender as disposições do Regulamento de Serviços, da Lei Municipal nº 235/15, especialmente no que se refere às condições efetivas de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, qualidade, generalidade e cortesia na sua prestação e modicidade das TARIFAS cobradas aos USUÁRIOS;

5.2 Cumprir as diretrizes previstas no Plano Municipal de Saneamento Básico -PMSB, parte integrante deste TERMO DE REFERÊNCIA, no que couber ao escopo de Referência, obedecendo rigorosamente às metas ali expostas, sendo responsável pelos investimentos e ações necessários para seu atingimento nos prazos previstos, em especial no que se refere à universalização dos serviços objeto da CONCESSÃO.

5.3 Realizar os investimentos e ações para a recuperação ou substituição dos sistemas existentes e necessários à prestação dos serviços, bem como à ampliação e modernização destes, durante todo o prazo da CONCESSÃO, de acordo com as PROPOSTAS apresentadas durante a LICITAÇÃO.

5.4 Implantar ações e medidas para redução do índice de perdas de água do sistema de distribuição de água.

5.5 Promover a manutenção e/ou substituição e/ou implantação regular do parque de hidrômetros.

5.6 Promover a modernização da prestação dos serviços comerciais através da informatização do serviço de atendimento ao público, oferecendo canais de acesso direto ao usuário, de modo a agilizar a prestação de qualquer informação do interesse dos USUÁRIOS, inclusive leitura e emissão simultânea das contas.

5.7 Efetuar o monitoramento da qualidade da água dos mananciais no período determinado na legislação aplicável.

5.8 Desenvolver programa de recuperação e preservação de nascentes.

5.9 Dispor de equipamentos para operar, manter, administrar e comercializar os sistemas e os serviços.

5.10 Observar e atender às normas técnicas aplicáveis, bem como promover as relações entre a CONCESSIONÁRIA e os USUÁRIOS.

Como a comprovação da capacidade técnica deve estar diretamente atrelada ao objeto licitado, de forma a garantir a necessária e real experiência para o cumprimento do mesmo, nas condições esperadas e em conformidade com o interesse público, pode-se dizer que, preservada a discricionariedade do Município, cabe razão ao impugnante quando assevera a necessidade de exigir habilitação nas demais atividades inerentes à prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, tais como, por exemplo, de operação, manutenção e gestão.

Por outro lado, quanto à fixação do limite de 18.000 habitantes para balizar a prestação dos serviços cabe dizer que o Município em tela apresenta atualmente, segundo projeção do IBGE, uma população estimada de 41.005 habitantes. Portanto, o valor citado no

Edital atende, com folga, a sumula nº 24 do TCE/SP de admitir a imposição de quantitativos mínimos desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida.

Conforme entendimento corrente, as limitações à participação de empresas em consórcio estão inseridas no poder discricionário da Administração.

2.3. Quanto à limitação do número de empresas na formação do Consórcio, é entendimento pacífico neste Tribunal tratar-se de conduta que se insere no poder discricionário da Administração Pública.

Nesse sentido foi a Decisão desta Corte nos Processos n.ºs. 3900.989.13, 3908.989.13, 3910.989.13 e 3958.989.13, de relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Robson Marinho, julgado pelo E. Plenário na Sessão de 19/03/14, precedente acerca do qual destaco o seguinte trecho do voto condutor da decisão:

“A limitação do número de consorciadas insere-se no campo do poder discricionário do Administrador. Isto porque, se é certo afirmar que até a proibição da participação de consórcios no certame é possível, segundo a melhor inteligência que se faz do art. 33 da Lei nº 8.666/93, antagonizaria este entendimento caso não se admitisse a limitação de seus membros, valendo a máxima do “quem pode o mais, pode o menos”. A propósito, o repertório jurisprudencial conta com vários decisórios que aceitaram a delimitação (160.989.12-5, 178.989.12-5 e 184.989.12-7 – sessão de 14/3/2012, sob relatoria da e. Conselheira Cristiana de Castro Moraes; TC-009023/026/11, TC-582/026/11, TC012.945/026/11, TC-013.245/026/11, TC-013.759/026/11 - sessão de 27/7/2011, sob a relatoria do e. Conselheiro Antonio Roque Citadini; TC-05563/026/11, TC-006034/026/11 e TC-006115/026/11 - sessão de 13/4/2011, de relatoria do e. Conselheiro Renato Martins Costa)”.

(TCE/SP - TC-022023/026/13 – Segunda Câmara — Conselheiro DIMAS EDUARDO RAMALHO – sessão 05/07/2018)

“(…)

Do mesmo modo, a permissão à constituição de consórcios, bem como a definição do número de empresas admitido em sua composição (item 6.2), é matéria inserida na esfera de poder discricionário do Administrador, como há tempos vem decidindo este Tribunal (...).¹ (TCE/SP - TC-003314.989.15-3 e TC-003391.989.15-9 - TRIBUNAL PLENO – Conselheiro EDGARD CAMARGO RODRIGUES – Sessão de 19.08.2015)

¹ TCs 281/989/14-5, 314/989/14-6 e 344/989/14-0[2], ípsis litteris: “A participação de consórcio pode ou não ser admitida, a juízo discricionário da Administração. Igualmente, a Administração pode limitar a

Neste sentido, não há razão para eventual impugnação ao limite de 20% imposto pelo edital para validação da comprovação de experiência técnica.

2.2.2 Violação ao Princípio da Boa-Fé

Trata o impugnante de questionar o item 11.5.2 da Minuta de Contrato que define:

11.5.2 O PODER CONCEDENTE obriga-se a entregar à CONCESSIONÁRIA os BENS REVERSÍVEIS inteiramente livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos.

Não cabe razão ao impugnante visto que o disposto no Contrato não faz referência ao momento atual, mas sim, ao momento estabelecido nos procedimentos de transferência destes bens previsto para até 90 (noventa) dias após a data da expedição da ORDEM DE SERVIÇO.

Ademais, a Matriz de Riscos do projeto define claramente que o Poder Concedente assume o risco de atrasos na entrega de instalações nos prazos previstos.

2.2.3 Índice Econômico-Financeiro

Cabe razão ao impugnante quanto ao equívoco das formulações expressas no edital para nortear os cálculos dos índices econômico-financeiros.

Importante observar que a Administração Municipal optou por excluir tais exigências da etapa de habilitação, elegendo outros requisitos para a comprovação da qualificação econômico-financeira. Por consequência, esvazia-se o objeto específico deste pleito de impugnação.

2.2.4 Plano Municipal de Saneamento Básico

Alega o impugnante que o Plano de Saneamento não foi disponibilizado e que algumas exigências da licitação em análise ferem o disposto no referido Plano.

quantidade de empresas participantes do consórcio, com vistas a garantir o cumprimento da finalidade precípua dessa forma de arranjo, que é a de permitir que as empresas interessadas reúnam esforços para atender ao objeto da futura contratação, sem gerar, com isso, uma concentração oficial e indevida de mercado, deixando a Administração sem opções no momento de contratar". – Sessão do E. Plenário de 19/03/2014, sob a relatoria do e. Conselheiro Robson Marinho.

Ressalvada a questão de disponibilização do Plano que, por ser documento público à ele foi dada ampla divulgação e discussão, cabe razão quanto à inconsistência das exigências estabelecidas.

2.2.5 Índice Econômico-Financeiro

Conforme já abordado anteriormente, cabe razão ao impugnante quanto ao equívoco das formulações expressas no edital para nortear os cálculos dos índices econômico-financeiros.

Importante observar que a Administração Municipal optou por excluir tais exigências da etapa de habilitação, elegendo outros requisitos para a comprovação da qualificação econômico-financeira. Por consequência, esvazia-se o objeto específico deste pleito de impugnação.

2.2.6 Qualificação Técnica

Cabe razão ao impugnante quanto à sua alegação de que as exigências de atestados ferem as determinações do TCE/SP.

2.2.7 Composição de Consórcio

Em relação a este tema, não cabe razão ao impugnante visto que é poder discricionário do Município o regramento das condições para constituição e aceitação de consórcios.

2.2.8 Prestação Prévia de Garantia

Insurge a empresa impugnante contra a exigência de apresentação da Garantia de Proposta antes da data da sessão pública.

Cabe razão ao impugnante quanto à sua alegação conforme determinações recorrentes do TCE/SP.

Esta Corte vem rejeitando editais que contenham a exigência de apresentação de garantia antecipada, ou seja, a apresentação do referido comprovante em momento anterior à data designada para entrega dos envelopes (TC – 298/989/15, TC – 1246/989/13 e TC – 3931/989/13, dentre outros), devido à falta de amparo legal, pois conforme o disposto no artigo 31, III, da Lei de Licitações, tal documento faz parte da qualificação econômico-financeira devendo ser objeto de sigilo até o início da sessão pública.(2016, Licitações e Contratos, TCESP)

2.3 IMPUGNANTE: FRANCISCO JOSÉ JUSTO ENCAMINHADA EM 11 DE MARÇO DE 2020

As impugnações de autoria de Francisco José Justo referem-se a:

2.3.1 Ilegalidade contida no item 57, III e IV – Exigências sobre a qualificação técnica genéricas e incompatíveis com o objeto da presente concessão da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

A impugnação indica que as exigências para a comprovação da capacidade técnica, constantes do item 57, III e IV, do edital, são genéricas, imprecisas, vagas e incompatíveis com o objeto da licitação, na medida em que impõem a prova da experiência técnica em “construções” quando, na verdade, deveria exigir a comprovação em gestão, operação e manutenção, atividades estas mais aderentes ao desempenho técnico e operacional a ser exigido para execução dos serviços da concessão objeto da licitação.

Conforme concluiu-se no item 2.1.1.1. , a comprovação da capacidade técnica deve estar diretamente atrelada ao objeto licitado, de forma a garantir a necessária e real experiência para o cumprimento do mesmo, nas condições esperadas e em conformidade com o interesse público, pode-se dizer que, preservada a discricionariedade do Município, cabe razão ao impugnante quando assevera a necessidade de exigir habilitação nas demais atividades inerentes à prestação dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, tais como, por exemplo, de operação, manutenção e gestão.

2.3.2 Ilegalidade contida no item 66, VI – Índices de Liquidez Geral, Corrente e de Solvência Geral – Prejuízos à competitividade – precedentes do egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

Conforme já abordado nos itens 2.1.1.3. e 2.1.1.5. a Administração Municipal optou por excluir tais exigências da etapa de habilitação, elegendo outros requisitos para a comprovação da qualificação econômico-financeira. Por consequência, esvazia-se o objeto específico deste pleito de impugnação.



2.3.3 Manifesta Ilegalidade contida no Sistema de Pontuação das Propostas Comerciais – Violação ao Princípio da Isonomia e da Busca pela Proposta mais Vantajosa e mais Benéfica para a Administração Municipal.

Embora a formulação proposta seja de uso em alguns procedimentos licitatórios, de fato, no Estado de São Paulo, existe determinação contrária do Tribunal de Contas do Estado, conforme reproduzidas a seguir:

"(...) A questão tratada no item "k" está relacionada à fórmula utilizada para a compatibilização das propostas técnica e comercial. A instância credenciada da ATJ anotou que a fórmula estabelecida no edital é incompatível com a proporção 70 para nota técnica e 30 para nota comercial estabelecida no edital.

Esse tipo de falha já foi apreciado e condenado por esta Corte, a exemplo dos processos 10479.989.16, 10509.989.16, 10617.989.16 e 10629.989.16.

Basicamente, os critérios de pontuação estabelecidos impedem que a nota comercial computada na nota final alcance os 30% máximos a ela atribuídos.

Em razão da tecnicidade, transcrevo trecho de interesse da manifestação da Assessoria Técnica:

"A pontuação da Nota Comercial (NC) foi definida no Edital através dos itens 16.1 a 16.10 e, também, do Anexo VIII do Edital (INFORMAÇÕES PARA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA COMERCIAL) onde destacamos os seguintes pontos:

(...)

O Edital define que o Fator K das propostas comerciais é um fator multiplicador a ser aplicado sobre toda a estrutura tarifária da concessão, incidindo como um desconto a ser aplicado na Tarifa Referencial de Água (TRA) e Tarifa Referencial de Esgoto.

O critério de julgamento da melhor proposta para a concessão será a combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica, assim, o Fator K proposto pela licitante definirá o valor da tarifa do serviço público da concessão. A Nota Comercial foi definida como a razão entre o Menor Fator K Proposto (K_{min}) e o Fator K do Licitante (K), seguindo a seguinte fórmula: $NC = K_{min}/K$.

Tal fórmula corresponde a uma função matemática não linear com domínio compreendido entre o Menor Fator K Proposto e 1,000 (um inteiro)6, isto é, o menor valor para Nota Comercial será o Menor Fator K Proposto (K_{min}) e o máximo valor da Nota Comercial será 1,000. A fórmula da Nota Comercial (NC) definida no Edital, como observado acima, permitirá uma nota máxima de apenas 1,000 (um) ponto que por sua resultará, considerando que a ponderação da Nota Final segue a proporção 70% (Técnica) e 30% (Comercial), numa participação máxima de apenas 0,3 (três décimos) pontos na Nota Final (NF).

(...)

Tal fórmula ($NC = K_{min}/K$) é totalmente incompatível com a proporção 70/30 definida no Edital para escolha da melhor proposta, mas que pode ser facilmente corrigida pela multiplicação do valor 100 (cem). Destacamos que as impugnantes apresentaram simulações com valores para as Notas Técnicas e Notas Comerciais considerando valores entre 70 (setenta) e 100 (cem) para as Notas Comerciais, assim entendemos que a definição da Nota Comercial apresenta um erro material e que a fórmula a ser considerada é: $NC = 100 \times (K_{min}/K)$

(...)

O Fator K Mínimo Proposto na licitação definirá o menor valor das Notas Comerciais da licitação, assim a variação da Nota Comercial é um valor indefinido que em teoria pode apresentar valores maiores que 0 (zero) e menores e/ou iguais a 100 (cem) ($0 < NC \leq 100,00$).

Valores muito baixos para o Fator K resultarão em propostas inexequíveis economicamente, pois representarão um desconto excessivo sobre a estrutura tarifária da concessão.

(...)

O comportamento da fórmula da Nota Comercial mostra que quanto menor for o desconto máximo na estrutura tarifária da licitação (Fatores K próximos ao valor 1,00), menor será a faixa de variação da Nota Comercial. Assim, na hipótese de uma licitação com um desconto máximo de 5% sobre os valores das tarifas referenciais de água e esgoto (TRA e TER), equivalente a um Fator K Mínimo de 0,950, a Nota Comercial apresentará uma variação entre 95 (noventa e cinco) pontos e 100 (cem) pontos.

(...)

(...) quanto menor a faixa de variação da Nota Comercial, ou seja, quanto maior for o Menor Fator K proposto, mais estreita será a faixa de Notas Técnicas para que a Nota Comercial possa produzir algum resultado útil na Nota Final, configurando, assim, uma desproporção entre as Notas Técnicas e as Notas Comerciais que influenciam na determinação da melhor proposta.

Nos esclarecimentos ofertados a Municipalidade alega que as regras do Edital para o computo das Notas Técnicas e Notas Comerciais resultam em ausência de qualquer distorção na Nota Final das propostas e que a proporção 70/30 é amplamente adotada nas licitações para concessão de serviços públicos.

As simulações e análises matemáticas relatadas anteriormente demonstram que há distorção no critério de escolha da melhor proposta quando há limitação dos valores das Notas Comerciais, pois quanto menor a faixa de variação da Nota Comercial maior deve ser a Nota Técnica das proponentes para que haja alguma participação útil da Nota Comercial no cálculo da Nota Final.

Diante do relatado acima esta Assessoria Técnica considera procedentes as representações no presente quesito”.

(...)

Diante do exposto, julgo parcialmente procedentes as representações em exame, devendo a origem corrigir o ato convocatório nos termos propostos para:

(...)

(3) aprimorar a fórmula que estabelece a nota final a fim de permitir que a nota comercial atinja os 30% a ela atribuídos, nos termos destacados pela Assessoria Técnica”. (TCE/SP - TC 00022324.989.18-5 – Exame Prévio de Edital – Município de Caconde – eminente Conselheiro Substituto JOSUÉ ROMERO – Julgado em 14.01.2019.

Considerando que se trata de determinação do TCE/SP, não há como evitar a aceitação da impugnação e promover a necessária alteração do edital.

2.3.4 Ilegalidades de Algumas Cláusulas contidas na Minuta do Contrato

a) Item 113 – Condições para assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO

Não cabe razão ao impugnante visto que os custos para desenvolvimento dos Projetos e estudos técnicos necessários para subsidiar a concessão dos serviços em tela, por óbvio não guardam proporcionalidade com a população do Município.

b) Item 71, “c” – Objeto Social da empresa líder do Consórcio

O referido item preconiza que:

71. O instrumento público ou particular de compromisso de participação em consórcio e constituição de Sociedade de Propósito Específico - SPE deverá conter os seguintes requisitos:

- a. Indicação da porcentagem de participação de cada uma das consorciadas em consórcio;*
- b. Obrigação das sociedades consorciadas manterem, até a constituição da CONCESSIONÁRIA, a composição inicial do consórcio;*
- c. Indicação da sociedade líder do consórcio, cujo objeto social deve ser compatível com o objeto da LICITAÇÃO;*
- d. Outorga de amplos poderes à sociedade líder do consórcio para representar as consorciadas, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente, em todos os atos relativos à LICITAÇÃO, podendo assumir obrigações em nome do consórcio;*
- e. Declaração de responsabilidade solidária das consorciadas até a assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO; e*

f. Compromisso de que, caso vencedor o consórcio, as consorciadas constituirão, nos termos deste EDITAL, a sociedade concessionária na forma de Sociedade de Propósito Específico - SPE.

Em relação a este tema, também não cabe razão ao impugnante visto que é poder discricionário do Município exigir a habilitação específica, notadamente para a licitante que representará, com amplos poderes, as empresas consorciadas.

2.4 CONCLUSÃO

Conforme escopo da presente consultoria técnica, a análise das impugnações apresentadas à CONCORRÊNCIA nº 01/2020, objetiva o conhecimento integral destas com vistas a basear as próximas etapas do trabalho de consultoria.

Neste sentido, da análise realizada conclui-se pela pertinência das seguintes demandas:

- Revisão das exigências de Qualificação Técnico-Operacional de forma a ter maior aderência ao objeto em licitação;
- Revisão das exigências de qualificação econômico-financeira;
- Revisão das inconsistências do Termo de Referência em relação ao Plano de Saneamento;
- Revisão das exigências de atestados para pontuação na Proposta Técnica;
- Revisão da exigência de apresentação da Garantia de Proposta antes da data da sessão pública;
- Revisão da fórmula para Pontuação das Propostas Comerciais.

Concluindo, o edital, com todas as alterações, deverá ser republicado na íntegra, reabrindo-se todos os prazos legais, inclusive para eventuais esclarecimentos e impugnações, para a formatação das propostas.