



**PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO**  
Consultoria Jurídica

**PARECER Nº 082-2018/CGM**

INTERESSADO: Sr. OSWALDO RIBEIRO JUNQUEIRA NETO

ASSUNTO: Impugnação ao edital da Concorrência Pública n.º 005/2018 – impugnante: BRK AMBIENTAL PARTICIPAÇÕES S.A.

I. Administrativo. Licitações e contratos.

II. Concorrência Pública n.º 005/2018, que tem por objeto a concessão comum para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no município de Orlandia, 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.

III. Alegações de supostas inconsistências insuperáveis, que traria insegurança jurídica aos possíveis investidores, em virtude de exigências que seriam contrárias a orientações jurisprudenciais (Tribunais de Contas e Superior Tribunal de Justiça). \_

IV. Opina-se pela TOTAL IMPROCEDÊNCIA da impugnação.

V. Parecer meramente opinativo. Decisão final a critério da Administração Municipal.

Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal:

1. Trata-se de impugnação ao instrumento editalício da Concorrência Pública n.º 005/2018, cujo objeto é a concessão comum para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no município de Orlandia, interposta pela empresa **BRK AMBIENTAL PARTICIPAÇÕES S.A**, CNPJ n.º 24.396.489/0001-20.

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

2. **PRELIMINARMENTE**, verifica-se que foram atendidos aos pressupostos de admissibilidade e que a impugnação é tempestiva, motivo pelo qual deve ser conhecida e analisada.

3. Quanto ao **MÉRITO**, em breve síntese alega a **IMPUGNANTE**:

(i) No que tange às exigências de qualificação econômico-financeira, o edital exige, cumulativamente, a comprovação de patrimônio líquido mínimo; de índices mínimos em seu balanço patrimonial e de garantia de proposta. Como se sabe, tais exigências, de forma cumulada, são ilegais e vedadas pelos Tribunais, tendo em vista o seu caráter manifestamente restritivo.

(ii) A ausência de definição da Agência Reguladora responsável por regular e fiscalizar os serviços a serem concedidos, em flagrante ofensa ao art. 11, inc. III, da Lei Federal n.º 11.445,2007.

(iii) Há ainda, no Anexo I do Edital (Minuta do Contrato), previsão que poderá vir a acarretar sérios prejuízos ao próprio Poder Concedente. Trata-se do item 20.1.1 da Minuta de Contrato, que autoriza a primeira Revisão Ordinária após 12(doze) meses da assinatura do contrato. A manutenção dessa previsão se mostra absolutamente inadequada, uma vez que determina a realização de uma revisão do contrato sem que a concessão tenha ainda maturidade suficiente para tanto.

(iv) Os documentos disponibilizados aos Licitantes possuem informações contraditórias e inconsistentes, que acabam por inviabilizar a elaboração de propostas precisas, realistas e vantajosas ao interesse público. A título de exemplo (e como será detalhado adiante, em tópico específico), há diversas inconsistências entre as informações constantes do Edital e do Estudo de Viabilidade, sobretudo no que tange ao cronograma de investimentos e ao valor da taxa de fiscalização.

(v) O Plano Municipal de Saneamento Básico de Orlandia (PMSB) disponibilizado aos Licitantes (Anexo IV A do Edital) mostra-se diverso do Plano Municipal de Saneamento Básico constante do site da Prefeitura de Orlandia. Na medida em que o PMSB foi utilizado como Termo de Referência, não a é crível que exista uma inconsistência dessa natureza. Tal divergência acaba por colocar em risco as premissas das propostas dos futuros Licitantes.

(vi) O Edital obriga, sem qualquer justificativa, a realização de Visitas Técnicas por parte dos Licitantes (item 11.5 do Edital). No entanto, esse tipo de exigência vem sendo expressamente questionada e afastada pelos Tribunais de Contas.

(vii) Por fim, o critério de julgamento das propostas do item 18.4.1 do Edital, com ponderação da pontuação atribuindo-se 70% do peso à nota técnica e apenas 30% do peso à proposta comercial não restou devidamente justificado, dando margem para a subjetividade na seleção dos proponentes.

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

**4. Estes os fatos. É a síntese do necessário. Passemos à análise e a opinar sobre o assunto.**

5. Insurge-se a IMPUGNANTE, tecendo críticas ao instrumento convocatório do certame.

**6. Todavia, sem qualquer razão, não merecendo provimento o seu pedido de impugnação.**

7. **Em primeiro lugar**, alegou a IMPUGNANTE suposta cumulatividade restritiva e ilegal na exigência editalícia de qualificação econômico financeira de (i) patrimônio líquido mínimo, (ii) índices mínimos em seu balanço patrimonial e (iii) garantia de proposta no valor de 1% do valor estimado dos investimentos.

8. Contudo, a requisição concomitante de comprovação de patrimônio líquido mínimo e de apresentação de garantia de proposta, não afronta o artigo 31, §2.º, da Lei Federal n.º 8.666/93<sup>1</sup>, conforme já decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), no julgamento do TC 000846.989.15-0<sup>2</sup>, exame prévio de edital, na decisão do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, cujo trecho ora é transcrito:

(...) **2.23** Acerca da qualificação econômico-financeira das licitantes foram questionados os índices financeiros estabelecidos (“h” e “gg”), a exigência de garantia da proposta (“jj”), bem como sua cumulação com a comprovação de capital mínimo ou patrimônio líquido mínimo (“ii”) e a vedação à participação de empresas em recuperação judicial (“kk”).

Improcedente a crítica sobre a exigência de garantia de proposta, faculdade expressamente prevista no artigo 11, inciso I, da Lei federal nº 11.079/0423, que instituiu normas gerais para a contratação de parcerias público-privadas.

---

<sup>1</sup>(...) Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a (...) § 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

<sup>2</sup> (...) **Representantes:** Proactiva Serviços Ambientais, Indústria e Comércio Ltda. Nova Kakitus Comércio e Serviços Ltda Roberto Masatake Nemoto. Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP Andre Luiz Porcionato

**Representada:** Prefeitura Municipal de Mauá

**Assunto:** Exame prévio do edital da concorrência pública nº 01/2015, do tipo “menor valor da contraprestação a ser paga pela SAMA, com a melhor técnica”, que tem por objeto a “concessão administrativa para a contratação de parceria pública privada para a prestação dos serviços públicos de distribuição de água tratada no município”.

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

Igualmente, não vislumbro inadequação na cumulação de exigências de garantia para licitar e de comprovação de capital social, porquanto em conformidade com os preceitos da Súmula nº 27 desta Corte<sup>3</sup> (“i”). (destaques nossos).

9. Além do mais, é possível a cumulação dos requisitos de qualificação econômico-financeira, no entendimento da Corte de Contas Paulista (TCE-SP), consoante o seguinte julgado:

**TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 02.03.2016 – SECÇÃO MUNICIPAL  
EXAME PRÉVIO DE EDITAL**

**Gabinete da Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES**

**Processo: 10549.989.15-0**

**Representante: M.B. Prieto – EPP, por seu diretor comercial Luiz Donizete Prieto**

**Representada: Fundação D. Pedro II – Ribeirão Preto**

**Responsável: Dulce Maria das Neves – Presidente**

**Assunto: Representação contra o edital da Concorrência nº 002/2015, Processo de Compras nº 099/2015, do tipo menor preço global, promovida pela Fundação Dom Pedro II – Mantenedora do Theatro Pedro II – Ribeirão Preto, objetivando a contratação de empresa para fornecimento de mão de obra especializada para execução de serviços administrativos, técnicos em espetáculos artísticos e manutenção predial, para trabalharem nas dependências do Theatro Pedro II, (Rua Alvares Cabral, 370 - Ribeirão Preto/SP), conforme descritos em Edital e Anexos.**

**Valor estimado: R\$ 3.223.974,93**

**(...) Destarte, não procedem às queixas da Representante relacionadas à cumulação das exigências de capital social ou de patrimônio líquido com a demonstração de índices contábeis, a teor do que restou decidido nos autos do processo nº 2601.989.14-8, em Sessão Plenária de 30/07/2014, sob a relatoria do eminente Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho, in verbis:**

“Por outro lado, é improcedente a impugnação que critica a cumulação dos requisitos de qualificação econômico-financeira dispostos nos subitens “8.1.4.2” e “8.1.4.4” do ato convocatório.

Não há impedimento legal à exigência de demonstração de qualificação econômico-financeira através capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo (art. 31, §2º da Lei 8.666/93) e por meio da comprovação de boa situação financeira a partir de índices contábeis previstos no edital (art. 31, I, §§1º e 5º da Lei 8.666/93).” (página 08, com grifos e destaques nossos).

---

<sup>3</sup> **SÚMULA Nº 27** - Em procedimento licitatório, a cumulação das exigências de caução de participação e de capital social mínimo insere-se no poder discricionário do administrador, respeitados os limites previstos na lei de regência.

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

### 10. Portanto, rejeita-se a primeira alegação da IMPUGNANTE.

11. **Em segundo lugar**, alegou a IMPUGNANTE a ausência de definição da Agência Reguladora responsável por regular e fiscalizar os serviços a serem concedidos, em flagrante ofensa ao art. 11, inc. III, da Lei Federal n.º 11.445/2007.

12. Improcedente tal alegação.

13. Vejamos o que dispõe o edital do certame (Concorrência Pública n.º 005/2018):

(...) **1.16. ENTIDADE REGULADORA:** fica o PODER CONCEDENTE autorizado a aderir e se associar a qualquer Agência Reguladora, conforme dispõe a Lei Complementar nº 43 de 19 de dezembro de 2017, com a finalidade de regular e fiscalizar os serviços públicos de saneamento básico no município.

### **ANEXO I – MINUTA CONTRATO**

#### **MINUTA DO CONTRATO DE CONCESSÃO PARA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO MUNICÍPIO DE ORLÂNDIA DO ESTADO DE SÃO PAULO.**

RESOLVEU:

O **MUNICÍPIO DE ORLÂNDIA**, pessoa jurídica de direito público interno, com sede na Praça Coronel Orlando, nº 600, centro, na cidade de Orlandia, Estado de São Paulo, inscrita no CNPJ/MF sob nº 45.351.749/0001-11, inscrita na I.E nº 491.040.101.110, neste ato legalmente representado pelo SENHOR **OSWALDO RIBEIRO JUNQUEIRA NETO**, Prefeito Municipal, brasileiro, casado, portador da cédula de identidade RG n.º 9.258.190-0 SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob o n.º 046.027.218-77, doravante denominado simplesmente CONCEDENTE, e a [...], concessionária de serviço público de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, com sede na [...], Município de [...], Estado de [...], inscrita no CNPJ sob nº. [...], por seu representante legal, doravante denominada CONCESSIONÁRIA, com a interveniência-anuência de qualquer Agência Reguladora criada com a finalidade de regular e fiscalizar os serviços públicos de saneamento básico no município, conforme dispõe a Lei Complementar nº 43 de 19 de dezembro de 2017, celebrar o presente contrato de concessão para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, que será regido pela legislação que disciplina a matéria e, especificamente, pelas cláusulas e condições a seguir estipuladas.

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

### (...)CLÁUSULA 1ª - DEFINIÇÕES

(...) h) **ENTIDADE REGULADORA:** fica o PODER CONCEDENTE autorizado a aderir e se associar a qualquer Agência Reguladora, conforme dispõe a Lei Complementar nº 43 de 19 de dezembro de 2017, com a finalidade de regular e fiscalizar os serviços públicos de saneamento básico no município;

(...) dd) **TERMO DE DEVOLUÇÃO:** é o documento a ser assinado entre CONCEDENTE, é a Agência Reguladora dos Serviços e a CONCESSIONÁRIA quando da devolução do SISTEMA, no caso de extinção da CONCESSÃO;

(...) ee) **TERMO DE RECEBIMENTO:** é o documento a ser assinado entre o CONCEDENTE, a Agência Reguladora dos Serviços e a CONCESSIONÁRIA, para formalizar o recebimento do SISTEMA pela CONCESSIONÁRIA;

**14. Desse modo, ao contrário do que alega a IMPUGNANTE, podemos concluir que existe autorização de se aderir e se associar a qualquer Agência Reguladora, nos termos da Lei Complementar Municipal n.º 43, de 19 de dezembro de 2017 (cópia em anexo), a qual será definida oportunamente, por ocasião da assinatura do futuro contrato de concessão, como condição necessária a eficácia jurídica do mesmo, diante do que dispõe a Lei Federal n.º 11.445/2007.**

**15. Ou seja, haverá, em cumprimento da legislação vigente, uma Agência Reguladora. Ora, nos parece claro que a lei exige, como condição de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização.**

**16. É dizer, a municipalidade estará, na data de assinatura do contrato definitivo de concessão dos serviços de água e esgoto do Município de Orlandia – SP, devidamente associado a uma Agência Reguladora.**

**17. Aliás, o Poder Executivo já deu início a esta adesão à Agência, tanto é que, conforme relatado pela própria IMPUGNANTE, a taxa de fiscalização prevista no edital foi elevada para 0,6, se comparada com àquela taxa prevista no Estudo de Viabilidade.**

**Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM**

18. Outrossim, diferentemente do alegado pela IMPUGNANTE, a competência da Agência Reguladora é exercida, *s.m.j*, no momento posterior à assinatura do contrato de concessão. Não prevalece a tese de que a *“Agência deveria ter participado da elaboração da fixação dos preços das tarifas adequadas para a eficiente prestação dos serviços”*. Veja que pela afirmação da IMPUGNANTE a Agência deveria atuar em conjunto com a empresa que elaborou o Estudo de Viabilidade Econômica Financeira (que, após longo e detalhado estudo, chegou numa tarifa viável para a prestação de um serviço eficiente).

19. Em verdade, a legislação que rege a matéria (em especial art. 22 da Lei 11.445/07) é clara: é objetivo da agência reguladora, dentre outros, garantir o cumprimento das condições e metas estabelecidas, bem como dar efetividade ao estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira e ao plano municipal de saneamento básico que visa a da prestação universal e integral dos serviços.

20. Não existe obrigação legal da existência da Agência quando da elaboração do estudo de viabilidade ou da publicação do edital.

21. Rogando todas as vênias de praxe à IMPUGNANTE, mas sua interpretação de que a lei exige a participação da Agência na fixação da tarifa visando assegurar o equilíbrio econômico financeiro com a modicidade tarifária, não parece ser o intuito da lei. A participação da Agência, visando assegurar esse equilíbrio econômico financeiro é num momento posterior a assinatura do contrato de concessão; é durante a vigência do contrato.

22. A aferição inicial da modicidade da tarifa com o equilíbrio econômico financeiro já fora estabelecida no Estudo de Viabilidade Econômico-financeiro que é parte integrante deste edital.

23. Repita-se: a Agência não participou da elaboração do preço tarifário INICIAL e nem deveria. Este preço fora fixado no citado estudo de viabilidade. Sua participação é num momento posterior a assinatura do contrato de concessão.

24. Portanto, rejeita-se a alegação da IMPUGNANTE.

## **Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM**

25. **Em terceiro lugar**, a IMPUGNANTE tece críticas ao item 20.1.1 da Minuta do Contrato, que autoriza a primeira Revisão Ordinária após 12(doze) meses de sua assinatura. Alega que a manutenção dessa previsão se mostra absolutamente inadequada (destinada a rever as projeções e estimativas previstas no EVEF e sem qualquer justificativa, surgindo uma presunção de que há inconsistências nos estudos disponibilizados, sendo que os licitantes que eventualmente já tenham tido conhecimento dessas inconsistências poderão ter inequívoca vantagem na fase licitatória), uma vez que determina a realização de uma revisão do contrato sem que a concessão tenha ainda maturidade suficiente para tanto.

26. Além do mais, alega que se a Lei já autoriza o reajuste contratual anual para preservar a atualidade dos preços, bem como a possibilidade de o contratado pleitear, a qualquer momento, a Revisão Extraordinária do Contrato em caso de situações imprevistas, a única explicação para a previsão de uma Revisão Ordinária já nos primeiros 12 meses da Concessão seria intuitiva: ou esta se omitindo dos licitantes uma falha grave no EVTEF, ou pretende-se manter uma previsão contratual para viabilizar a eventual correção de uma proposta equivocada ou inexequível.

27. Sem razão a IMPUGNANTE, que sequer comprovou suas alegações. Aliás, ônus que lhe competia. Vejamos:

28. Dispõe a cláusula 20 (Revisão Ordinária) da Minuta Contratual da Concorrência Pública n.º 005/2018, a qual contém o item 20.1.1:

### **(...) CLÁUSULA 20 - REVISÃO ORDINÁRIA**

**20.1.** Observado o disposto no item 20.2., as partes promoverão, com o objetivo de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, tendo como base a manutenção da TIR – Taxa Interna de Retorno do Projeto, a REVISÃO ordinária do CONTRATO a cada 04 (quatro) anos, observado o disposto no item 20.1.1., objetivando a distribuição de ganhos de produtividade com os USUÁRIOS, a reavaliação das condições de mercado e das projeções e estimativas de consumo e medição inicialmente previstas no EVEF e reproduzidas na proposta comercial, que também será o momento de ajustes que captem possíveis distorções, para mais ou para menos, nas arrecadações previstas nos EVEF, nos custos dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, nas metas previstas no PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO, nos insumos em geral, consoante as disposições deste CONTRATO e seus Anexos, bem como nas PROPOSTAS apresentadas pela LICITANTE VENCEDORA, que sejam decorrentes de perdas justificáveis ou ganhos (tecnológicos ou de produtividade) na exploração dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO.



## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

**20.1.1.** Fica ressalvado que a primeira REVISÃO será promovida pelas partes após 12 (doze) meses contados da assinatura do CONTRATO, e a segunda REVISÃO, quando da próxima revisão do PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO, devendo as demais REVISÕES ocorrerem a cada período de 04 (quatro) anos, contados da data da última REVISÃO.(destaques nossos).

**20.2.** Em até 60 (sessenta) dias após a data de revisão do PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO, a CONCESSIONÁRIA deverá encaminhar a AGÊNCIA REGULADORA o requerimento de REVISÃO, contendo todas as informações e dados necessários à análise da REVISÃO, acompanhado de "relatório técnico" ou "laudo pericial" que demonstre, inequivocamente, o impacto ou a repercussão dos elementos no item acima sobre os principais componentes de custos e seus reflexos sobre as receitas da CONCESSIONÁRIA que definam o valor das TARIFAS, de acordo com o Plano de Negócios da CONCESSIONÁRIA, com o objetivo da manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato.

**20.3.** Sempre que a REVISÃO implicar a alteração dos valores que compõem as TARIFAS e sem prejuízo do disposto nos itens anteriores, a CONCESSIONÁRIA e a AGÊNCIA REGULADORA poderão formalmente acordar, em complemento ou em alternativa ao aumento ou à diminuição do valor das TARIFAS, qualquer forma legal e juridicamente possível, que venha atingir o objetivo da REVISÃO, tais como:

- a) alteração dos prazos e das condições para cumprimento das metas da CONCESSÃO, observado o interesse público;
- b) supressão ou aumento de encargos para a CONCESSIONÁRIA;
- c) compensação financeira;
- d) alteração do prazo da CONCESSÃO;
- e) combinação das alternativas referidas nas alíneas "a" a "d"; e
- f) outras alternativas admitidas legalmente.

**20.4.** A AGÊNCIA REGULADORA terá o prazo de até 45 (quarenta e cinco) dias, contados da data em que for protocolado o requerimento de REVISÃO referido no item 20.2., para se manifestar a respeito.

**20.5.** O prazo a que se refere o item 20.4 poderá ser suspenso uma única vez, caso a AGÊNCIA REGULADORA solicite a CONCESSIONÁRIA a apresentação de informações adicionais, voltando o prazo a fluir, sem solução de continuidade, a partir do cumprimento dessa exigência.

**20.6.** A manifestação da AGÊNCIA REGULADORA referida no item 20.4. se dará por meio de notificação, por escrito, enviada à CONCESSIONÁRIA.

**20.7.** Na hipótese de a AGÊNCIA REGULADORA não concordar, total ou parcialmente, com a proposta de REVISÃO da CONCESSIONÁRIA, deverá informá-la fundamentadamente acerca das razões de sua inconformidade.

**20.8.** Caso a proposta de REVISÃO implique alteração das TARIFAS no prazo referido no item 20.4., a AGÊNCIA REGULADORA não se manifestarem a respeito da proposta de REVISÃO apresentada pela CONCESSIONÁRIA, esta poderá cobrar as TARIFAS com base nos novos valores propostos até que haja manifestação final em esfera administrativa, por parte da AGÊNCIA REGULADORA.

**20.9.** Caso a AGÊNCIA REGULADORA se manifeste contrariamente após o prazo referido no item 20.4. os valores eventualmente pagos a maior pelos USUÁRIOS serão compensados nas faturas subsequentes.

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

**20.10.** Na hipótese do item 20.9., caso seja necessário se proceder à alteração nos valores das TARIFAS, a CONCESSIONÁRIA deverá diligenciar a divulgação do novo valor da TARIFA, na forma prevista no item 20.13, para fins de cumprimento da legislação aplicável.

**20.11.** No prazo máximo de 10 (dez) dias contados a partir do recebimento da notificação a ser enviada pela CONCESSIONÁRIA, o CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA, com a interveniência-anuência da AGÊNCIA REGULADORA, deverão celebrar o respectivo Termo Aditivo ao CONTRATO, com vistas a refletir a REVISÃO, cujo extrato deverá ser publicado pelo CONCEDENTE na imprensa oficial.

**20.12.** Se a AGÊNCIA REGULADORA se manifestarem contrariamente à proposta de REVISÃO apresentada pela CONCESSIONÁRIA, esta última poderá recorrer ao PODER CONCEDENTE, em até 15 (quinze) dias contados da decisão da AGÊNCIA REGULADORA, devendo o CONCEDENTE se manifestar em até 30 (trinta) dias contados da apresentação do recurso.

**20.13.** A CONCESSIONÁRIA dará ampla divulgação aos USUÁRIOS do valor tarifário revisado, mediante publicação em jornal de grande circulação no âmbito da ÁREA DE CONCESSÃO, observada uma antecedência mínima de 30 (trinta) dias anteriores à data da entrada em vigor do novo valor da TARIFA.

29. Dispõe, também, a Lei Federal n.º 11.445, de 05 de janeiro de 2007, quanto à previsão legal da **revisão tarifária**, verbis:

(...) **Art. 38. As revisões tarifárias compreenderão a reavaliação das condições da prestação dos serviços e das tarifas praticadas e poderão ser:**

**I - periódicas, objetivando a distribuição dos ganhos de produtividade com os usuários e a reavaliação das condições de mercado;**

**II - extraordinárias, quando se verificar a ocorrência de fatos não previstos no contrato, fora do controle do prestador dos serviços, que alterem o seu equilíbrio econômico-financeiro.** (destaques nossos).

§ 1º As revisões tarifárias terão suas pautas definidas pelas respectivas entidades reguladoras, ouvidos os titulares, os usuários e os prestadores dos serviços.

§ 2º Poderão ser estabelecidos mecanismos tarifários de indução à eficiência, inclusive fatores de produtividade, assim como de antecipação de metas de expansão e qualidade dos serviços.

§ 3º Os fatores de produtividade poderão ser definidos com base em indicadores de outras empresas do setor.

§ 4º A entidade de regulação poderá autorizar o prestador de serviços a repassar aos usuários custos e encargos tributários não previstos originalmente e por ele não administrados, nos termos da [Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#).

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

30. Quanto ao reajustamento das tarifas, dispõe o item 28 do Edital do certame, verbis:

**(...) 28. SISTEMA TARIFÁRIO**

**28.1.** A estrutura tarifária apresenta os valores correspondentes à tarifa cobrada pela prestação dos SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, os SERVIÇOS COMPLEMENTARES, todas as despesas referentes a encargos tributários, de leis sociais e descontos ao Poder Público, bem como os valores a serem cobrados quando de sua prestação.

**28.2.** A TARIFA será preservada pelas regras de REAJUSTE e REVISÃO previstas na Lei Federal nº. 8.987/95, na Lei Federal nº. 11.445/07 e pelas regras previstas no CONTRATO, com a finalidade de assegurar à CONCESSIONÁRIA, durante todo o prazo da CONCESSÃO, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO. (grifos e destaques nossos).

31. Sobre o assunto, importante citar as seguintes informações obtidas no site da ARSESP (Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo), ou seja, <http://www.arsesp.sp.gov.br>, acesso em 23.05.2018:

**O que é a Revisão Tarifária?** Trata-se de um processo de revisão das tarifas de empresas que detêm concessão para prestação de serviços públicos. Na revisão, a agência reguladora realiza a redefinição das tarifas cobradas dos consumidores. O principal objetivo é garantir uma tarifa justa para consumidores e investidores, e estimular o aumento da eficiência e da qualidade dos serviços prestados pelas concessionárias, avaliando as alterações de custo de capital, custo operacional, estrutura de mercado, investimentos na expansão do sistema, aumento de produtividade e de avanços tecnológicos.

As revisões tarifárias podem ser classificadas como ordinárias (também chamadas de periódicas) e extraordinárias. As ordinárias ocorrem a cada quatro ou cinco anos, e têm por objetivo restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão. A revisão extraordinária pode ser solicitada a qualquer tempo pelas concessionárias sempre que algum evento provoque significativo desequilíbrio econômico-financeiro da concessão.

**A revisão traz algum tipo de ganho para os consumidores?** Sim, pois incentiva as empresas a reduzirem custos e serem mais eficientes na prestação do serviço, e faz com que o aumento de eficiência dessas concessionárias seja compartilhado com os consumidores por meio de reduções das tarifas. Os consumidores ganham porque terão quase sempre uma tarifa menor, além do acesso a um serviço de melhor qualidade. Ganham também as empresas porque poderão se apropriar de parte desse aumento de produtividade.

**Como transcorre a Revisão?** Em duas etapas. A primeira é o reposicionamento tarifário. Durante essa fase, a Agência Reguladora estabelece para cada uma das concessionárias tarifas que sejam compatíveis com a cobertura dos custos operacionais e com a obtenção de um retorno adequado sobre investimentos realizados por elas. A segunda etapa consiste na definição do Fator X.

**O que é o Fator X?** O Fator X é o mecanismo que permite repassar aos consumidores, por meio das tarifas, projeções de ganhos de produtividade das concessionárias.

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

**Ela é obrigatória?** Sim. Está prevista na legislação vigente e nos contratos de concessão assinados entre as empresas e o poder concedente.

**No ano em que é realizada a revisão ocorre também o reajuste tarifário?** Não. No ano da revisão tarifária ordinária ocorre o reposicionamento das tarifas, que se baseia em regras diferentes das aplicadas no reajuste tarifário. Portanto, não há outro reajuste no ano em que ocorre a revisão. Os reajustes anuais de tarifas só ocorrem nos anos situados entre as revisões tarifárias ordinárias. (grifos e destaques nossos).

**32. Logo, diante das claras explicações apresentadas em linhas anteriores, rejeita-se a alegação da IMPUGNANTE, pois é improcedente.**

**33. Em quarto lugar,** a IMPUGNANTE tece críticas aos documentos disponibilizados aos Licitantes, os quais possuiriam informações contraditórias e inconsistentes, que acabariam por inviabilizar a elaboração de propostas precisas, realistas e vantajosas ao interesse público. A título de exemplo, alega que há diversas inconsistências entre as informações constantes do Edital e do Estudo de Viabilidade, sobretudo no que tange ao cronograma de investimentos e ao valor da taxa de fiscalização.

**34. Rejeita-se a alegação da IMPUGNANTE, uma vez que é improcedente, pois:**

(i) Conforme esclarecimento prestado aos LICITANTES (Nº 03 - RESPOSTA - ESCLARECIMENTO - CONCESSÃO DA ÁGUA), considerando a necessidade de garantir a Regulação e Fiscalização assente em uma Agência Reguladora sustentável, independente e atuante, o Edital (Anexo I – Minuta de Contrato) previu uma Taxa de Regulação e Fiscalização de 0,6% (seis décimos por cento), prevalecendo este percentual definido na Minuta do Contrato sobre o considerado no EVEF.

(ii) No que tange à alegada existência de informações contraditórias relativamente ao cronograma de investimentos, tal situação também foi alvo de oportuno esclarecimento (Nº 04 - RESPOSTA - ESCLARECIMENTO - CONCESSÃO ÁGUA 1), “As LICITANTES deverão atender, em sua totalidade, o termo de referência constante no Anexo IV C. Deve-se mencionar que cada LICITANTE deverá desenvolver suas projeções e avaliações da infraestrutura existente de modo a se garantir as metas estabelecidas pelo Anexo IV C”, sendo que o EVEF é um instrumento indicativo e de apoio aos LICITANTES.

**35. Em quinto lugar,** alega a IMPUGNANTE que o Plano Municipal de Saneamento Básico de Orlandia (PMSB) disponibilizado aos Licitantes (Anexo IV A do Edital) mostra-se diverso do Plano Municipal de Saneamento Básico constante do site da Prefeitura de Orlandia. Na medida em que o PMSB foi utilizado como Termo de Referência, não seria crível que existisse uma inconsistência dessa natureza e que tal divergência acabaria por colocar em risco as premissas das propostas dos futuros Licitantes.

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

36. **Sem razão a IMPUGNANTE, que sequer comprovou as suas alegações. Aliás, ônus que lhe competia.**

37. Acresça-se, ainda, que nos termos do artigo 3.º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro): “**ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece**”.

38. Dispõe, também, o artigo 1.º de precitada Lei: “**Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada**”.

39. Além do mais, vê-se que o Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB), Lei Municipal n.º 4.010, de 11 de dezembro de 2014, está disponível no site da Prefeitura Municipal de Orlandia/SP, como anexo IV-A do edital do certame.

40. **Em sexto lugar**, alega a IMPUGNANTE que o Edital obriga, sem qualquer justificativa, a realização de Visitas Técnicas por parte dos Licitantes (item 11.5 do Edital). No entanto, esse tipo de exigência vem sendo expressamente questionada e afastada pelos Tribunais de Contas.

41. **Sem razão a IMPUGNANTE.**

42. Dispõe o Edital do certame:

(...) 11.5.3. **A visita técnica à ÁREA DE CONCESSÃO e às instalações existentes será obrigatória e deverá ser agendada e realizada até o último dia útil, antes da data de entrega dos envelopes**, em conjunto com servidor designado pelo PODER CONCEDENTE, devendo cada uma das LICITANTES estar representada por responsável credenciado para tanto, **mediante prévio agendamento** que poderá realizado por meio de e-mail <[dae.eta@orlandia.sp.gov.br](mailto:dae.eta@orlandia.sp.gov.br)> , ou pelo telefone (16) 3820-8015 ou (16) 3820-8113. A licitante deverá apresentar-se para a visita à área de concessão, munida de 02 (duas) vias do Atestado de Visita que consta no **Anexo IX-A** do Edital, devidamente preenchido que será assinado pelo responsável indicado pelo DAE.

11.5.4. A via original entregue a LICITANTE servirá como documento comprobatório de sua realização e será obrigatoriamente anexado aos Documentos de Habilitação, conforme item **12.4., alínea “b.1”**.

43. A visita técnica, portanto, está amparada no artigo 30 da Lei de Licitações, uma vez que o objeto da licitação, “**concessão de serviços de água e abastecimento sanitário**”, demandará consideráveis investimentos, o que demonstra a essencialidade da visita para conhecer os locais abrangidos e as condições do atual sistema.

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

44. E nesse sentido, com o voto do Conselheiro Antônio Roque Citadini, foi o que decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), na análise das representações nos TCs 3188.989.16-4 e 3206.989.16-2, tendo como representada a Prefeitura Municipal de Artur Nogueira, e como assunto o edital de Concorrência Pública n.º 005/2015, destinada à “**contratação de concessão para exploração dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e de serviços complementares no Município**”.

### 45. Desse modo, rejeita-se tal alegação.

46. Em sétimo lugar, insurge-se a IMPUGNANTE contra o critério de julgamento das propostas do item 18.4.1 do Edital, com ponderação da pontuação atribuindo-se 70% do peso à nota técnica e apenas 30% do peso à proposta comercial, uma vez que não restaria devidamente justificado, dando margem para a subjetividade na seleção dos proponentes.

47. Logo, pleiteia a reavaliação de tal ponderação da nota final pela nota técnica e nota comercial, ou a sua devida justificativa, bem como a reforma do critério de avaliação, considerando que os elementos definidos para julgamento das propostas técnicas são demasiadamente subjetivos, o que comprometeria a lisura do certame.

### 48. Sem razão a IMPUGNANTE.

49. A jurisprudência da Corte de Contas Paulista (TCE-SP) admite a atribuição de maior pontuação às propostas técnicas, uma vez que está inserida na órbita do poder discricionário do administrador, consoante a decisão do Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo proferida nos TCs 2512.989.13-8, 2518.989.13-2 e 2525.989.13-3, EXAME PRÉVIO DE EDITAL, TRIBUNAL PLENO-SESSÃO DE 12-03-2014–MUNICIPAL:

(...) 2.3 A crítica feita aos itens 9.8.1 e 9.8.2 do edital, que estariam em contrariedade ao artigo 46, § 2º, da Lei nº 8.666/93, também não prospera.

A uma, porque o próprio dispositivo legal determina que a avaliação e a valorização das propostas de preços serão feitas de acordo com critérios objetivos (inciso I), enquanto a classificação dos proponentes será de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço (inciso II), todos preestabelecidos no instrumento convocatório, não se havendo em falar, sob esse aspecto, em ofensa à lei.

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

A duas, porque a forma de remuneração das agências de publicidade não é a mesma adotada para os demais serviços técnicos cujos certames sejam regulados exclusivamente pela Lei nº 8.666/93.

Neste caso tal sistemática é regulamentada por legislação especial, como se demonstrará no item 2.4, a seguir.

Assim, não subsiste a alegação de que se o objetivo da Administração era negociar preço, deveria ter adotado o tipo de licitação melhor técnica, mesmo por que os próprios Representantes admitem que a licitante vencedora será aquela que apresentar a melhor média entre as propostas técnica e de preços. (grifos nossos).

**A três, porque a jurisprudência desta Corte admite que a atribuição de maior pontuação às propostas técnicas, a exemplo do que ocorre nestes autos, está inserida na órbita do poder discricionário do administrador.**

**Destarte, não procede a impugnação aos itens 9.8.1 e 9.8.2 do edital**

(citação páginas 14 e 15, com grifos e destaques nossos).

50. Além do mais, o critério de julgamento das propostas (item 18.4.1 do Edital) o qual abrange a ponderação da pontuação (atribuindo-se 70% do peso à nota técnica e 30% do peso à proposta comercial), não é desarrazoado, conforme ensina o eminente jurista, **MARÇAL JUSTEM FILHO<sup>4</sup>**:

**(...) A valoração da proposta técnica e o valor da proposta de preço deverão ser transformados em valores numéricos, produzindo-se a partir daí uma média. Existe uma margem de discricionariedade para a Administração dispor sobre isso no edital. Faculta-se que o edital inclusive reconheça importância maior para a nota técnica.** Todavia, essa autonomia não autoriza reconhecer predominância tão intensa à nota técnica que a proposta econômica deixaria de apresentar relevância. Em termos concretos, a solução mais equilibrada é reconhecer que a proposta vencedora será determinada por uma fórmula que reconheça peso igual para as notas técnicas e de preço. Pode-se admitir a atribuição de peso maior à nota técnica mediante justificativa adequada. **Mas se afigura desarrazoado atribuir à nota técnica peso superior a 7 e à nota de preço peso inferior a 3.** (ob. cit. p. 995) (grifos e destaques nossos).

51. E ao contrário do que alega a IMPUGNANTE, o edital do certame prevê uma forma de pontuação objetiva, através das seguintes proposições de julgamento da proposta técnica, a saber:

### **(...) ANEXO II - INFORMAÇÕES GERAIS PARA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA TÉCNICA**

As LICITANTES deverão elaborar a PROPOSTA TÉCNICA de acordo com cada um dos tópicos descritos a seguir. A COMISSÃO DE LICITAÇÃO atribuirá notas segundo os critérios abaixo:

<sup>4</sup> **COMENTÁRIOS À LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.** Revista dos Tribunais. 17.<sup>a</sup> edição. São Paulo. 2016.

## Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM

NT(i) = 0: quando o tópico não for apresentado;

NT(i) = 2: quando a apresentação do tópico abordar, pelo menos, 50% (cinquenta por cento) dos quesitos mínimos exigidos no tópico;

NT(i) = 4: quando a apresentação do tópico abordar, pelo menos, 70% (setenta por cento) dos quesitos mínimos exigidos no tópico;

NT(i) = 6: quando a apresentação do tópico abordar, pelo menos, 80% (oitenta por cento) dos quesitos mínimos exigidos;

NT(i) = 8: quando a apresentação do tópico abordar, pelo menos, 90% (noventa por cento) dos quesitos mínimos exigidos;

NT(i) = 10: quando o tópico for apresentado de maneira a atender 100% (cem por cento) dos quesitos exigidos.

As PROPOSTAS TÉCNICAS, para efeito de julgamento, serão analisadas e comparadas tópico a tópico, mediante a atribuição de uma pontuação da qual resultará a classificação das LICITANTES, obedecendo a pontuação de 0 a 100.

52. Desse modo, os fatores de pontuação ou proposições de julgamento de proposta técnica acima descritos estão em consonância com a seguinte decisão do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), processo 5721.989.18-4, no trecho abaixo transcrita<sup>5</sup>:

**(...) A propósito, os fatores de pontuação estão definidos no Anexo II, com os critérios utilizados, não chamando a atenção, nesta análise preliminar, fator de excessiva subjetividade, salvo aquela inerente a qualquer forma de julgamento, não tendo sido indicado expressamente pela representante qual critério se encontra nessa condição. (destaques nossos).**

---

<sup>5</sup> (...) decisão proferida pela Conselheira CRISTIANA DE CASTRO MORAES, em 14 de fevereiro de 2018, no julgamento do processo 5721.989.18-4, representação contra o edital da Concorrência n.º 22/2017, da Prefeitura de Barueri, que objetiva a contratação de sistema de ensino constituído de fornecimento de materiais didático-pedagógico para a educação infantil da Rede Municipal de Ensino.



**Continuação do PARECER Nº 082-2018/CGM****CONCLUSÃO**

53. Diante de todo o exposto, **opinamos pela TOTAL IMPROCEDÊNCIA** da impugnação apresentada pela empresa pela empresa **BRK AMBIENTAL PARTICIPAÇÕES S.A**, CNPJ n.º 24.396.489/0001-20, em face do edital da Concorrência Pública n.º 005/2018, cujo objeto é a concessão comum para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no município de Orlandia/SP.

Este é o nosso parecer, meramente opinativo e salvo melhor juízo, o qual submetemos à análise e decisão final da Administração Municipal.

Orlandia/SP, 24 de Maio de 2018.

**Jefferson Aparecido Solly**  
**Consultor Jurídico**  
**OAB/SP 240.373**