



PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Consultoria Jurídica

PARECER Nº 084-2018/CGM

INTERESSADO: Sr. OSWALDO RIBEIRO JUNQUEIRA NETO

ASSUNTO: Impugnação ao edital da Concorrência Pública n.º 005/2018 – impugnante: AEGEA SANEAMENTO E 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 nulidades e ilegalidades cometidas no certame licitatório em pauta, ora impugnado.

IV. Opina-se pela TOTAL IMPROCEDÊNCIA desta impugnação, uma vez que todas as alegações da IMPUGNANTE são infundadas e equivocadas.

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 **AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ n.º 08.827.501/0001-58.**

Continuação do PARECER Nº 084-2018/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) Ilegalidade do sistema de pontuação das propostas técnicas: subjetivismo que viabiliza o direcionamento da licitação em prejuízo da isonomia e da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração.

(ii) Falta de justificativa para a exigência de pagamento de outorga mínima.

(iii) Exigência indevida de se executar obras desnecessárias.

(iv) Inexistência de Entidade Reguladora Municipal: desrespeito às leis que veiculam o marco legal do saneamento e a política municipal de saneamento de Orlandia.

(v) Incerteza de se exigir o pagamento de taxa de regulação e fiscalização sem a instituição prévia da Entidade Reguladora.

(vi) Ilegalidade de se permitir a utilização de atestados de sociedade de propósito específico por acionista que detenha participação irrelevante na sociedade.

(vii) Erro na definição do valor do contrato de concessão.

(viii) Disponibilização tardia de informações essenciais à realização dos estudos e formulação de proposta técnica e comercial.

(ix) Ao final, alegando supostas nulidades e ilegalidades cometidas no certame licitatório ora impugnado, requer a imediata suspensão da sessão de abertura das propostas da Concorrência Pública n.º 005/2018, marcada para o dia 04/06/2018, bem como a correção dos supostos vícios ora apontados e a republicação do edital de licitação, reabrindo-se o prazo para a oferta de propostas, após as alterações e os ajustes no edital e em seus anexos.

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.

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM

7. **Em primeiro lugar**, alegou a IMPUGNANTE suposta ilegalidade do sistema de pontuação das propostas técnicas: subjetivismo que viabiliza o direcionamento da licitação em prejuízo da isonomia e da busca pela proposta mais vantajosa para a Administração.

8. O suposto subjetivismo do sistema de pontuação das propostas técnicas (Anexo II do Edital – Informações Gerais para a elaboração da proposta técnica), que possui peso de 70% (setenta por cento) na ponderação com a nota de preço para fins de obtenção da nota final que definirá o vencedor da licitação, consistiria em:

- (i) Julgamento técnico extremamente subjetivo, impossibilitando o controle externo do julgamento a ser realizado pela Comissão de Licitação.
- (ii) Pontuação em cada subcritério faz referência a um “atendimento percentual de quesitos”, o que impossibilitaria a aferição objetiva pela ausência de instruções claras;
- (iii) Quais as razões para que um dado quesito deva ser entendido como abordado na proposta.
- (iv) Inviabilidade na aferição do percentual de atendimento de quesitos em cada tópico.
- (v) Metodologia utilizada para o julgamento das propostas técnicas conferiria ampla margem para decisões arbitrárias, favorecimento e questionamentos judiciais.

9. Rejeita-se tal alegação, pois é improcedente.

10. 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:

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;

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM

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.

11. 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 transcrita¹:

(...) 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).

12. Logo, os critérios de julgamento (fatores de pontuação, ou proposições de julgamento da proposta técnica):

(i) Não dão margem para distorções.

(ii) Contém fundamentações que permitem correlacioná-las às notas atribuídas.

(iii) Baseiam-se em parâmetros confiáveis e precisos para a análise.

13. Além do mais, a IMPUGNANTE teve rejeitada a mesma alegação **(subjetividade no sistema de pontuação das propostas técnicas)**, pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), na decisão exarada pelo Conselheiro EDARG CAMARGO RODRIGUES, em 09.03.2018, nos autos do TC n.º 00007119.989.18-4, que versava sobre representação visando ao Exame Prévio do Edital da Concorrência Pública n.º 001/2018, processo n.º 005/2018,

¹ (...) 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 084-2018/CGM

promovido pela Prefeitura Municipal de Serrana-SP, que teve por objeto a outorga de concessão comum para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Nesse sentido, prolatou o eminente Conselheiro, num trecho de sua decisão:

(...) Nada obstante, nem mesmo agora apresentam-se argumentos suficientemente sólidos para adoção de medida extrema de suspensão do torneio, reservada à situações de flagrante ilegalidade ou prejuízo à sempre almejada competitividade. (destaques nossos).

14. **Em segundo lugar**, alega a IMPUGNANTE a falta de justificativa para a exigência de pagamento de outorga mínima.

15. Assim a IMPUGNANTE, em relação a tal alegação, tece as seguintes críticas:

(i) a ausência de justificativa para a exigência dessa contrapartida a ser paga pela futura Concessionária dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

(ii) Ao estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira (que conteria vícios).

(iii) A viabilidade de se exigir a outorga no patamar mínimo fixado no edital.

(iv) No sentido de que o pagamento da tarifa poderia ser inferior (modicidade), sendo superior ao necessário, com isso impondo à população o custeio dessa outorga.

(v) pois sacrifica a capacidade de investimentos.

(vi) pleiteia, desse modo, a justificativa do valor da outorga ou o seu realinhamento e a eliminação dessa exigência.

16. Sem razão a IMPUGNANTE, que sequer comprovou sua alegações, aliás ônus que lhe competia. Sendo assim, rejeita-se sua alegação. Vejamos.

17. Dispõe o artigo 15 da Lei Federal n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências):

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998) (destaques nossos).

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

18. Vê-se, portanto, que através de simples leitura do texto de lei acima destacado existe a previsão legal para a exigência da outorga, como um dos critérios para o julgamento de licitação para concessão de serviços públicos. Aliás, consta tal disposição expressamente do edital da Concorrência Pública n.º 005/2018 (concessão comum para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário no município de Orlandia), verbis:

(...) O TIPO da presente Licitação decorre da combinação de MAIOR OFERTA pela outorga com o e MELHOR TÉCNICA, conforme disposto no artigo 15, inciso VI da Lei Federal nº 8.987/95 e suas alterações. (destaques nossos).

19. Por si só tal dispositivo legal seria considerada uma “**justificativa**” para a exigência de outorga mínima, cujos valores se basearam em estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira.

20. **Em terceiro lugar**, alega a IMPUGNANTE a exigência indevida de se executar obras desnecessárias. Nesse sentido, pleiteia a necessidade de se modificar o edital, retirando-se a obrigatoriedade de atendimento integral àquelas soluções (que considera desnecessária, e estabelecidas no Termo de Referência).

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM

21. Entende a IMPUGNANTE, assim, que as licitantes devem formular as suas propostas, aplicando sua melhor experiência e capacitação técnica em gestão de sistemas de abastecimento público de água, visando às metas de prestação de serviço a serem atingidas ao longo da Concessão (e não tais "metas de execução de obras").

22. Sem razão a IMPUGNANTE, que sequer comprovou sua alegação, aliás ônus que lhe competia. Por esse motivo, rejeita-se tal alegação.

23. Todas obras necessárias e insertas no presente edital foram objetos de amplo debate com a população local e sociedade civil mediante audiências públicas quando da elaboração do estudo de viabilidade técnico econômica.

24. Ora, não foi capaz a IMPUGNANTE de trazer qualquer prova de qual obra seria realmente necessária. Somente alega, sem nenhuma comprovação.

25. Repita-se, todas as obras que estão inseridas no edital foram objeto de estudo pela empresa que elaborou o estudo de viabilidade técnica operacional, sendo observado, ainda o Plano Municipal de Saneamento Básico devidamente aprovado pela Municipalidade.

26. **Em quarto lugar**, alega a IMPUGNANTE a inexistência de Entidade Reguladora Municipal, o que seria um desrespeito às leis que veiculam o marco legal do saneamento e a política municipal de saneamento de Orlandia.

27. Improcedente tal alegação.

28. 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.

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM

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.

(...)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**;

29. 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.

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM

30. 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.

31. 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.

32. 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.

33. 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).

34. 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.

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

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM

36. 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.

37. 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.

38. 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.

39. Além do mais, a IMPUGNANTE teve rejeitada a mesma alegação **(desrespeito às leis que veiculam o marco legal do saneamento e a correspondente política local, “ante a inexistência de agência reguladora municipal ou prévia delegação da regulação à agência nacional ou estadual”)**, pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), na decisão exarada pelo Conselheiro EDARG CAMARGO RODRIGUES, em 09.03.2018, nos autos do TC n.º 00007119.989.18-4, que versava sobre representação visando ao Exame Prévio do Edital da Concorrência Pública n.º 001/2018, processo n.º 005/2018, promovido pela Prefeitura Municipal de Serrana-SP, que teve por objeto a outorga de concessão comum para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Nesse sentido, prolatou o eminente Conselheiro, num trecho de sua decisão:

(...) Nada obstante, nem mesmo agora apresentam-se argumentos suficientemente sólidos para adoção de medida extrema de suspensão do torneio, reservada à situações de flagrante ilegalidade ou prejuízo à sempre almejada competitividade. (destaques nossos).

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

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM

41. **Em quinto lugar**, alega a IMPUGNANTE incerteza de se exigir o pagamento de taxa de regulação e fiscalização sem a instituição prévia da Entidade Reguladora.

42. Sem razão a IMPUGNANTE, motivo pelo qual se rejeita sua alegação.

43. Para tanto, basta dizer que a IMPUGNANTE teve rejeitada a mesma alegação (**instituição de taxa de regulação prévia à definição da entidade reguladora dos serviços**), pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), na decisão exarada pelo Conselheiro EDARG CAMARGO RODRIGUES, em 09.03.2018, nos autos do TC n.º 00007119.989.18-4, que versava sobre representação visando ao Exame Prévio do Edital da Concorrência Pública n.º 001/2018, processo n.º 005/2018, promovido pela Prefeitura Municipal de Serrana-SP, que teve por objeto a outorga de concessão comum para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Nesse sentido, prolatou o eminente Conselheiro, num trecho de sua decisão:

(...) Nada obstante, nem mesmo agora apresentam-se argumentos suficientemente sólidos para adoção de medida extrema de suspensão do torneio, reservada à situações de flagrante ilegalidade ou prejuízo à sempre almejada competitividade. (destaques nossos).

44. **Em sexto lugar**, alega a IMPUGNANTE, em relação à cláusula editalícia – item 12.4.3, suposta ilegalidade de se permitir a utilização de atestados de sociedade de propósito específico por acionista que detenha participação irrelevante na sociedade.

45. Dessa maneira, a IMPUGNANTE entende que a possibilidade de utilização de atestados de SPEs que, por definição, não podem participar de licitações de outro projetos que não aquele para o qual foi constituída com propósito específico, **deve se restringir aos casos em que o Licitante efetivamente exerce o poder de controle e direção da SPE atestada**; Caso contrário, abre-se a possibilidade de que acionistas minoritários que não são responsáveis pelo desempenho empresarial e técnico da SPE sejam admitidos a participar de licitações de projetos complexos e para os quais não reúnem, a bem da verdade, qualquer capacitação.

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM

46. Sem razão a IMPUGNANTE.

47. Vejamos o que dispõe os itens 12.4.3 e 12.4.4 do edital do certame, que devem ser interpretados em conjunto:

(...) **12.4.3.** Para efeito de comprovação da qualificação técnica operacional, a LICITANTE que desejar utilizar atestados emitidos em razão de contratos executados em regime de consórcio, por sociedade de propósito específico ou empresas coligadas, deve apresentar, além dos respectivos atestados, os documentos comprobatórios de seu percentual de participação no consórcio, ou na sociedade de propósito específico ou das empresas coligadas detentoras da experiência aludida.

(...) **12.4.4.** Para comprovação do item 12.4.3. acima serão consideradas apenas as parcelas e os quantitativos na proporção da participação da LICITANTE na composição do consórcio, da sociedade de propósito específico ou nas empresas coligadas detentoras da experiência aludida. (grifos nossos).

48. O que se percebe, após a leitura daqueles itens, é a possibilidade de **“ampliação da disputa”**, conforme já decidiu o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), no seguinte julgado:

(...) A controvérsia reside no conceito adotado pelo Edital para o termo “sociedades coligadas”. Pretende o Representante que o ato convocatório, nesse aspecto, respeite as disposições do Código Civil.

Não vejo motivos para modificação da cláusula editalícia. A redação dada ao Item 7.5.3.6², relacionada à aceitação de atestados apresentados por empresas coligadas ou controladas, revela um caráter ampliativo da disputa como ressaltou a Secretaria-Diretoria Geral. Em sua manifestação, noticiou, inclusive, que regra semelhante já contara com aprovação desta Corte, a exemplo do julgamento proferido nos processos 846.989.15-0 e outros, em Sessão de 24/06/2015, sob relatoria do eminente Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, em que se examinou o Edital de Concorrência Pública nº. 01/2015, da Prefeitura Municipal de Mauá, para a contratação de Parceria Público Privada para prestação de serviços públicos de distribuição de água tratada no Município de Mauá (grifos e destaques nossos) (TCs 13614.989.16-8 e 13697.989.16-8, Tribunal Pleno – sessão de 23/11/16 – seção municipal - Exames Prévios de Edital – Conselheira Cristiana de Castro Moraes, pgs. 16 e 17).

² (...) 7.5.3.5. Somente serão admitidos atestados apresentados por consorciada com participação mínima de 20% (vinte por cento) no CONSÓRCIO. (...) 7.5.3.6. Serão admitidos atestados de pessoa jurídica relacionada, direta ou indiretamente, por controle societário, à outra pessoa jurídica, seja como controlada, controladora ou coligada (em que a participação mínima da investidora seja de 20% (vinte por cento) do capital votante da investida, de acordo com o art. 243, §5º, da Lei 6.404/1976) ou por se sujeitar ao controle comum de outra pessoa, física ou jurídica, ou bloco de controle.(...)”.

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM

49. **Em sétimo lugar**, alega a IMPUGNANTE suposto erro na definição do valor do contrato de concessão, uma vez que não teria sido nela considerada a soma das receitas que viessem a ser auferidas, mas somente o valor estimado dos investimentos.

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

51. **Sabemos que a jurisprudência dominante do TCE-SP é no sentido exposto no edital (TC -000815/013/09). Essa tese é, inclusive, objeto de Orientação Interno do Ministério Público de Contas de São Paulo: *OI-MPC/SP n.º 01.31*:**

(...) “Na licitação para a concessão de serviço público, a exemplo do transporte coletivo de passageiros, os requisitos de qualificação econômico-financeira, tais como a garantia contratual, a caução participativa e a comprovação do capital social integralizado, devem ter como referência o montante dos investimentos a serem realizados pela concessionária” (destaques nossos).

52. Além do mais, a IMPUGNANTE também se **contradiz** quando alega que o valor das receitas estimadas:

(i) só será conhecido no momento da assinatura do contrato, e por ocasião do plano de negócios da licitante vencedora;

(ii) não deve constar na cláusula 45 (minuta contratual) qualquer referência às previsões do estudo de viabilidade do Poder Concedente.

53. Ora, ao contrário do que alega a IMPUGNANTE, houve a projeção das receitas a serem auferidas no curso da Concessão, que integra o estudo de viabilidade do Poder Concedente, e de sua suficiência frente aos investimentos e aos custos demandados.

54. **Em oitavo lugar**, alega a IMPUGNANTE que:

(i) houve a disponibilização tardia de informações essenciais à realização dos estudos e formulação de proposta técnica e comercial;

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM

(ii) O volume de solicitações de esclarecimentos indicaria elevado número de pontos e regras deficientes do Edital, as quais necessitariam ser alteradas e corrigidas, porque são relevantes, com a devida republicação do edital;

(iii) há informações que vem sendo tardiamente disponibilizadas, que seriam necessárias para a elaboração de propostas pelas licitantes, além da incompletude das respostas aos questionamentos;

55. Contudo, sem razão a IMPUGNANTE, que sequer comprovou suas alegações. Aliás, ônus que lhe competia.

56. Para tanto, basta dizer que a IMPUGNANTE teve rejeitadas alegações semelhantes **(ausência de disponibilização de estudos de viabilidade obtidos via procedimento de manifestação de interesse pelo poder concedente)**, pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP), na decisão exarada pelo Conselheiro EDARG CAMARGO RODRIGUES, em 09.03.2018, nos autos do **TC n.º 00007119.989.18-4**, que versava sobre representação visando ao Exame Prévio do Edital da Concorrência Pública n.º 001/2018, processo n.º 005/2018, promovido pela Prefeitura Municipal de Serrana-SP, que teve por objeto a outorga de concessão comum para exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário. Nesse sentido, prolatou o eminente Conselheiro, em um trecho de sua decisão:

(...) Nada obstante, nem mesmo agora apresentam-se argumentos suficientemente sólidos para adoção de medida extrema de suspensão do torneio, reservada à situações de flagrante ilegalidade ou prejuízo à sempre almejada competitividade. (destaques nossos).

57. Portanto, rejeitam-se tais alegações.

58. Finalmente, ressalte-se que todas as informações vitais para a elaboração das propostas técnicas foram disponibilizadas na publicação do edital do certame em questão. Esclarecimentos posteriores tem apenas a finalidade de elucidar eventuais pontos de dúvidas que porventura as proponentes possam ter durante a elaboração de suas propostas. Inclusive, é permitida a realização de visitas técnicas ao sistema para maiores explicações.

Continuação do PARECER Nº 084-2018/CGM**CONCLUSÃO**

59. Diante de todo o exposto, **opinamos pela TOTAL IMPROCEDÊNCIA** da impugnação apresentada pela empresa **AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S/A, CNPJ n.º 08.827.501/0001-58**, ora denominada de IMPUGNANTE, 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.

60. Por fim, é importante ressaltar que a esta Consultoria Jurídica cabe a análise sobre o prisma estritamente jurídico, não lhe competindo adentrar à conveniência e à oportunidade dos atos práticos, nem analisar aspectos de natureza eminentemente técnica ou administrativa, o que deverá ser realizado em cada caso concreto pelos setores competentes.

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

Orlândia/SP, 29 de Maio de 2018.

Jefferson Aparecido Solly
Consultor Jurídico
OAB/SP 240.373