

Processo nº SEI-120207/000707/2020

Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Exame da viabilidade jurídica de minuta de Edital de Concorrência Internacional. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Considerações.

1. Relatório e consulta

O Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, Marcelo Lopes encaminha para exame da Procuradoria Geral do Estado, nos termos do artigo 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 (9212400), as minutas dos seguintes documentos relativos ao Projeto de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário (9212400):

1. Edital de concorrência internacional (9164561) e Anexos II, III, IV e V (9164573)[1]
2. Contrato de concessão (9164584) e anexos abaixo especificados[2]:
 - Indicadores de Desempenho e Metas de Atendimento – Anexo III (9164590)
 - Caderno de encargos – Anexo IV (9164610)
 - Disposições para contratação de verificador e certificador independentes – Anexo V (9164621)
 - Estrutura tarifária e serviços complementares – Anexo VII (9164628)
 - Disposições para a contratação de garantias – Anexo VIII (9164651)
 - Conselho de Titulares – Anexo IX (9164660)
 - Disposições sobre a governança entre blocos do sistema de abastecimento de água – Anexo X (9165222)
 - Contrato de constituição de conta vinculada – Anexo XI (9165229)
 - Comitê de Monitoramento – Anexo XII (9165237)
 - Diretrizes para elaboração dos fluxos de caixa para fins de reequilíbrio econômico-financeiro – Anexo XIII (9165246)

Especificamente em relação à CEDAE, foram encaminhados os seguintes documentos para exame pela Procuradoria Geral do Estado:

1. Contrato de interdependência (Anexo VI do contrato de concessão) e contratos de interdependência firmados pela Cedae e os Municípios de Macaé (9165272) e São João de Meriti (9165359) – estes dois últimos correspondem ao Anexo XV do contrato de concessão.
2. Contrato de produção de água (9165411)
3. Contrato de indenização a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEDAE, visando à disciplina da sub-rogação de obrigações inerentes aos contratos de programa celebrados entre a CEDAE e os municípios (9165415).

Anota-se que, anteriormente, por meio do processo administrativo SEI- 140001/058793/2020, foi procedido o exame jurídico das minutas de Convênios de Cooperação e dos Contratos de Gerenciamento, instrumentos de gestão associada dos serviços, e de Termos de rescisão dos contratos de programa vigentes, tendo sido elaborado Parecer nº 05/ARCY/PG- 17/2020.

A consulta formulada apresenta considerações sobre: **i)** a contratação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) para estruturação do Projeto e a decisão do Estado do Rio de Janeiro pelo modelo de negócios que veio a ser estruturado na “Fase II” dos serviços técnicos; e **ii)** os principais aspectos da modelagem do Projeto.

Destaca, ainda, que serão apresentadas, também, algumas das contribuições para a versão final do Projeto provenientes da interação permanente mantida pelo Governo do Estado, por meio da Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, com diversos atores, como a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro (PGE/RJ), o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPE/RJ), a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA), o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE/RJ), a Fundação Instituto das Águas do Município do Rio de Janeiro (Rio-Águas) **e a própria sociedade, que foi ouvida diretamente por meio de três audiências públicas nos meses de junho, julho e agosto, e de processo de consulta pública que durou sessenta dias e no qual mais de mil contribuições foram apresentadas.**

Na sequência, o Exmo. Procurador-Geral do Estado, Bruno Teixeira Dubeux, solicitou a elaboração de Nota Técnica pelo BNDES, com a apresentação das suas considerações técnicas e econômicas acerca da modelagem adotada (9354664).

Por meio do Ofício AEP n.º 018/2020 (9792133), o BNDES encaminhou a Nota Técnica com histórico do projeto elaborada pelo escritório de advocacia Vernalha Guimarães e Pereira Advogados – VGP, integrante do consórcio de consultorias técnicas contratado pelo BNDES para assessoramento na estruturação do referido projeto (9792296).

Na referida Nota Técnica produzida pelo Escritório de Advocacia Vernalha Guimarães e Pereira Advogados – VGP (9792296) foram abordados os seguintes aspectos: **(i)** a contratação do BNDES; **(ii)** o desenvolvimento do projeto de desestatização da CEDAE; **(iii)** o modelo de negócios selecionado pelo Estado; **(iii.1)** prestação regionalizada: a tônica do modelo concessionário; **(iii.2)** instrumentos de gestão associada; **(iii.3)** o contrato de produção de água: a viabilidade da contratação direta para a prestação do serviço de produção de água à luz da norma do § 2º do art. 10-A da Lei nº 11.445/07; **(iv)** indenização da CEDAE: o tempo da exigibilidade do pagamento eventualmente devido por ocasião da extinção dos contratos de programa; **(v)** principais aspectos do edital de concessão da prestação regionalizada dos serviços de água e esgoto; **(v.1)** dos investimentos a serem realizados no curso do contrato de concessão como parcela de maior relevância técnica; **(v.2)** da necessidade de relativização da interpretação restrita dos requisitos de habilitação da Lei nº 8.666/93. Ampliação do universo de licitantes e garantia de competitividade; **(v.3)** comprovação da qualificação técnico-profissional. Flexibilidade dos vínculos mantidos com o licitante; **(v.4)** condições para assinatura do contrato; **(vi)** contrato de concessão; **(vii)** contrato de interdependência.

A pedido da Procuradoria Geral do Estado, em solicitação verbal, foi elaborada pelo BNDES a Nota Conjunta AEP/DEP1 nº 23/20 e AJ2/JUREP nº 08/2020, com a apresentação de justificativas e esclarecimentos mais detalhados acerca dos requisitos de qualificação econômico-financeira e qualificação técnica previstos no edital (9882213).

Destaque-se que a Nota Técnica produzida pelo Escritório de Advocacia Vernalha Guimarães e Pereira Advogados – VGP (9792296) e a Nota Conjunta AEP/DEP1 nº 23/20 e AJ2/JUREP nº 08/2020 (9882213), foram ratificadas pelo Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais (9936398).

Considerando a **urgência** solicitada para exame da Procuradoria Geral do Estado e a **magnitude** do projeto de desestatização, o Exmo. Sr. Subprocurador Geral do Estado, Rafael Rolim, distribuiu os

pareceres da seguinte forma: (i) os subscritores do presente parecer ficaram encarregados de examinar a **minuta do edital** e dos anexos II, III e IV¹; (ii) os subscritores do presente parecer, juntamente com os Procuradores do Estado Alexandre Santos de Aragão e Gustavo Binenbojm, ficaram encarregados de elaborar o parecer relativo à **minuta do contrato de concessão** e seus respectivos anexos; (iii) o parecer relativo às minutas do **contrato de interdependência**, do **contrato de produção de água** e do **contrato de indenização** a ser celebrado entre o Estado do Rio de Janeiro e a CEDAE foi distribuído aos Procuradores do Estado Augusto Henrique Werneck, Henrique Bastos Rocha e Thiago Cardoso Araújo, que integram o Grupo de Trabalho constituído pela Resolução PGE n° 4610 de 29.09.20.

Antes de iniciar o exame da minuta do edital e seus anexos, dois esclarecimentos se fazem indispensáveis.

O **primeiro esclarecimento** é que o presente parecer examinará apenas os aspectos jurídicos da consulta, partindo das premissas e informações técnicas, econômicas e financeiras que constam do processo, em especial, da consulta formulada pelo Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, Marcelo Lopes (9212400), bem como as duas Notas Técnicas acostadas posteriormente ao processo administrativo, a saber, a Nota Técnica produzida pelo Escritório de Advocacia Vernalha Guimarães e Pereira Advogados – VGP (9792296) e a Nota Técnica elaborada pelo BNDES com as justificativas mais detalhadas da qualificação econômico-financeira e a qualificação técnica (9882213).

Pelo **volume de informações, pela magnitude do projeto de desestatização e pela urgência solicitada**, seria impossível reproduzir no presente relatório o conteúdo da consulta e das referidas Notas Técnicas.

O **segundo esclarecimento** consiste em registrar que as considerações preliminares e a contextualização dos aspectos jurídicos do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto realizadas no âmbito do Parecer n° 05/ARCY/PG-17/2020 (SEI-140001/058793/2020 - 9153202), que cuidou do exame jurídico das minutas relativas à gestão associada dos serviços de saneamento básico, também integrantes desse procedimento licitatório, são integralmente aplicáveis a essa minuta.

Em outras palavras, consideramos que o Capítulo “Observações preliminares sobre a atividade de consultoria jurídica da PG-17” (Tópico II) e o Capítulo “Aspectos gerais do projeto e Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro, novo marco regulatório do saneamento básico e contratação direta da CEDAE” (Tópico III) do referido parecer estão aqui inteiramente reproduzidos, o que se faz apenas para evitar repetição. **Segue, portanto, como anexo ao presente opinamento o Parecer n° 05/ARCY/PG-17/2020 e seus respectivos Vistos.**

O presente parecer sobre a minuta do edital em referência se iniciará pelo exame das cláusulas constantes na minuta do Edital (**Tópico II**). Esse tópico está dividido da seguinte forma:

2.1. Preâmbulo e disposições iniciais;

2.1.1. Qualificação do Estado.

2.1.2. Disposições referentes ao pagamento da outorga fixa e variável.

2.1.3. Outros aspectos.

2.3. Condições gerais;

2.4. Garantia da proposta, proposta comercial e documentos de habilitação;

2.4.1. Regras gerais de apresentação da documentação e garantia da proposta.

¹ Não foi analisada a minuta do Anexo V (manual de Procedimentos da B3), uma vez que, até o presente momento, não foi submetida à Procuradoria-Geral do Estado, tampouco consta do SEI-120207/000707/2020. De toda forma, localizamos no site da B3 o “Manual de Procedimentos operacionais da B3” (http://www.b3.com.br/pt_br/regulacao/estrutura-normativa/pos-negociacao/), que parece se tratar de um manual procedimental usado em larga escala na bolsa e amplamente aceito.

2.4.2 Proposta Comercial.

2.4.3 Documentos de habilitação (habilitação jurídica, qualificação econômico-financeira, qualificação técnica, regularidade fiscal e trabalhista e declarações).

2.4.4 Participação em consórcio.

2.4.5 Participação de licitantes estrangeiras.

2.5. Procedimento de análise e julgamento;

2.5.1. Cronograma referencial da licitação.

2.5.2. Sessão de abertura da licitação.

2.5.3. Abertura, exame e julgamento das propostas comerciais.

2.5.4. Abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação.

2.5.5. Recursos.

2.6. Condições para formalização do contrato;

2.6.1. Convocação para celebração do contrato.

2.6.2. Da concessionária.

2.6.3. Garantia de execução do contrato.

2.6.4. Ressarcimento dos estudos vinculados à concessão.

2.7. Disposições finais.

2.7.1. Comunicações.

2.7.2. Contagem dos prazos.

2.7.3 Disposições diversas.

Em seguida, serão feitos apontamentos acerca dos anexos II, III e IV do Edital (**Tópico III**). Adiante, serão realizados esclarecimentos adicionais acerca de cláusulas obrigatórias em procedimento licitatório (**Tópico IV**). Na sequência, serão elencadas sugestões acerca de aspectos formais (**Tópico V**). E, por fim, as recomendações feitas ao longo deste parecer serão sintetizadas na conclusão (**Tópico VI**)².

2. Análise da viabilidade jurídica da minuta do Edital de Concorrência Internacional do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto

A presente análise terá por base inicial os diplomas normativos indicados como aplicáveis no item 2 do Edital. Isto é, o edital será examinado a partir das leis que trazem regras específicas acerca do regime de licitações das concessões. Além disso, o art. 37, XXI, da Constituição, ao impor a licitação como regra antecedente à celebração dos contratos públicos, determina que serão permitidas, nos respectivos editais, somente “*as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações*”. Tendo isso em vista, **as regras do edital objeto de análise deverão ser orientadas de modo a se garantir a maior competitividade possível**, com ampliação do universo de licitantes, **sem deixar de exigir, ao mesmo tempo, a comprovação da capacidade do futuro contratado em realizar todos os investimentos necessários ao cumprimento das metas do contrato**.

² Importante destacar a valiosa colaboração para elaboração do presente parecer dos seguintes Residentes da Procuradoria Geral do Estado: Jonas Veprinsky Mehl, Mariana Pinhel Viana, Maria Beatriz Pinho de Sá e Anna Cintia Ximenes.

Fixadas tais premissas, serão analisados o preâmbulo e as cláusulas relativas às disposições iniciais, com destaque para as definições, que orientarão a aplicação e interpretação de todo o edital (**Tópico II.1**), ao procedimento licitatório (**Tópico II.2**), às condições gerais para participação dos licitantes (**Tópico II.3**), às garantias de proposta, proposta comercial e documentos de habilitação (**Tópico II.4**), ao procedimento de análise e julgamento (**Tópico II.5**), às condições para a formalização do contrato (**Tópico II.6**) e às disposições finais (**Tópico II.7**).

A consulta objeto deste parecer seguirá os enunciados e entendimentos consolidados da Procuradoria Geral do Estado sobre o tema. Acrescenta-se, na linha das premissas fixadas na Promoção nº 02/2015 – FAG, que a presente consulta não irá se imiscuir em qualquer aspecto técnico, econômico ou financeiro inerente ao tema, pois não cabe à Procuradoria Geral do Estado avançar na análise de matéria dessa índole. Cabe-nos, portanto, apenas tecer considerações sobre a juridicidade da minuta a qual nos fora submetida.

2.1. Preâmbulo e disposições iniciais.

2.1.1. Qualificação do Estado.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI nº 1.842/RJ³, fixou entendimento no sentido de que a competência para prestação de serviços públicos de saneamento básico nunca será exclusiva do Estado. Segundo o STF, tal competência, em princípio, é atribuída, pela Constituição, aos Municípios, dada a prevalência do interesse local (art. 30, V, CRFB), mas pode, por aglutinação, pertencer a uma região metropolitana (*i.e.* o colegiado de Estado e municípios), caso seja essa, eventualmente, criada por lei complementar estadual, na forma do art. 25, § 3º, CRFB⁴. Isso significa dizer que a titularidade dos serviços públicos metropolitanos não é nem exclusiva do Estado, nem exclusiva dos municípios; todos os entes federativos integrantes da região metropolitana a compartilham e, por conseguinte, devem ter poder de decisão e direção dos rumos dos serviços compartilhados.

Nessa linha de raciocínio, com o advento da Lei complementar nº 184/2018, a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro assumiu a titularidade dos serviços públicos de interesse metropolitano, dentre os quais o saneamento básico, incluindo a captação, o tratamento e a distribuição de água potável, a coleta, o tratamento e a destinação do esgotamento sanitário, gerenciamento de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas⁵. Os Municípios não metropolitanos, por sua vez, continuam com a titularidade desses serviços.

Superou-se, assim, o entendimento pretérito de que, na hipótese de criação de uma Região Metropolitana por lei complementar estadual, o serviço público de saneamento básico passaria a ser titularizado pelo Estado que a instituiu⁶.

Considerando esse contexto, o projeto de desestatização dos serviços de saneamento básico elaborado pelo BNDES propôs uma modelagem pela qual haveria uma dupla delegação. Os titulares dos serviços de saneamento básico (RMRJ e municípios não metropolitanos) delegariam o ERJ, via Convênios de Cooperação, as funções administrativas de organização e promoção da licitação dos serviços e de celebração, em nome dos titulares, dos contratos de delegação dos serviços e outros coligados (e.g.: contratos com instituições financeiras). E, passo seguinte, o ERJ licitaria e, em nome dos titulares, assinaria os ajustes para fins de delegação da prestação dos serviços à CEDAE e às

³ ADI nº 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

⁴ Art. 25 (...). § 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

⁵ Anote-se que, quanto ao gerenciamento de resíduos sólidos e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas deve-se observar os limites da competência municipal, tal como reconhecido pelo art. 3º, II, da LC 184/2018.

⁶ Nesse sentido, v. BARROSO, Luís Roberto. Saneamento básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios, Revista de Informação Legislativa, p. 255-270, Brasília, ano 38, n. 153, jan./mar. 2002, pp. 261-263.

concessionárias privadas. Ademais, o ERJ celebraria os contratos coligados, com fulcro nos poderes que lhe foram mandatados.

A intenção declarada desse arranjo é contornar os elevados custos de transação decorrentes da coordenação de múltiplos titulares dos serviços, permitindo que o ERJ os represente, sem a necessidade de figurarem como signatários dos contratos acima mencionados; bastaria o ERJ assinar. Ademais, num segundo momento, o Estado atuará como um gestor único da concessão, o que facilitará sobremaneira a governança das concessões.

Ressalta-se, no entanto, que a delegação de competências, via instrumento de gestão associada, na forma do art. 241, da CRFB, não pode ser tão abrangente a ponto de caracterizar uma renúncia velada (ou delegação “em branco”)⁷. No caso da RMRJ, o STF foi ainda mais enfático, na ADI nº 1.842/RJ, ao invalidar o modelo anterior de Região Metropolitana que concentrava poderes no Estado do Rio de Janeiro. Conforme consta do acórdão⁸:

O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios. (grifou-se)

Os Pareceres nº 09/2019 ARCY/PG-17, nº 1A/2020 ARCY/PG-17 e nº 03/2020 – PGE/PG-17/ARCY buscaram analisar, entre outros questionamentos, os limites e possibilidades do papel do Estado do Rio de Janeiro na modelagem proposta, isto é, no bojo de concessão de serviço público o qual não é titular, considerando o posicionamento adotado pelo STF na ADI nº 1.842/RJ.

No Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, embora se tenha concluído pela viabilidade jurídica, em abstrato, dessa delegação de atribuições, foram alertados os riscos jurídicos de uma delegação tão ampla de poderes ao Estado do Rio de Janeiro, atentando-se à possibilidade de o Estado ser colocado em posição incompatível com a determinada pelo STF. Assim, foi sugerido que os próprios titulares figurassem como signatários dos contratos, ao invés do ERJ, que se limitaria ao papel de mandatário sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços:

Recomendo que fique claro que a competência para firmar os contratos de concessão permaneça com os titulares do serviço público (i.e.: Região Metropolitana e municípios não metropolitanos), ainda que haja a delegação de determinadas competências ao Estado. Para tanto, sugiro que o Estado do Rio de Janeiro exerça função análoga a de um mandatário sem representação, não figurando como parte nos contratos de concessão. O Estado, na verdade, não exercerá a função de concedente, mas de uma espécie de intermediário e coordenador. Logo, é recomendável que o Estado não assine os contratos como concedente, mas como interveniente anuente.

Até para que se deixe clara a titularidade dos envolvidos, deverão figurar como concedentes nos contratos de concessão: a Região Metropolitana, bem como cada um dos Municípios que não integrar a região.

⁷ A questão fora analisada, a fundo, no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17. Para evitar repetições, remetemos às considerações feitas neste Parecer sobre a viabilidade jurídica da gestão associada e as diferenças entre delegação e renúncia de competências.

⁸ ADI 1842, Rel. Min. Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 06/03/2013.

A partir de tais considerações, destacam-se os itens 1.2.22., 1.2.28., 1.2.34. e 1.2.37. da minuta de edital de licitação:

1.2.22. CONTRATO DE GERENCIAMENTO: instrumento celebrado entre os titulares do serviço de abastecimento de água e esgotamento sanitário e o ESTADO, cujo objeto é, complementarmente ao CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO, regulamentar a transferência da organização e do gerenciamento da PRESTAÇÃO REGIONALIZADA dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na área urbana dos Municípios agrupados em BLOCOS atribuída ao ESTADO, regulamentar a transferência da regulação, inclusive tarifária, e fiscalização à AGÊNCIA REGULADORA, bem como disciplinar a autorização da transferência da prestação desses serviços pelo ESTADO a terceiros, na forma das Leis federais nº 8.666/1993, 8.987/1995, 11.107/2005 e 11.445/2007, entre outras normas aplicáveis.

1.2.28. CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO: instrumentos que constituíram a gestão associada dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário entre os titulares do SERVIÇO e o ESTADO, com a delegação das atividades de organização e gerenciamento da prestação ao ESTADO, e as atividades de regulação e fiscalização à AGÊNCIA REGULADORA;

1.2.34. ESTADO: Estado do Rio de Janeiro, representante dos titulares dos serviços, nos termos dos instrumentos de gestão associada, mandatado para organizar, gerir e transferir a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário na ÁREA DE CONCESSÃO.

1.2.37. GESTÃO ASSOCIADA: associação voluntária entre cada Município fluminense, isoladamente ou por meio do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, com o ESTADO, nos termos dos CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO e CONTRATOS DE GERENCIAMENTO, com a finalidade de estruturar e organizar a oferta dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, de maneira integrada e regionalizada;

Nestes itens, o texto deixa claro ser o Estado mero representante dos titulares dos serviços, a exercer o papel de organização e gerenciamento da prestação do serviço. No entanto, **a redação de diversas outras cláusulas constantes no edital peca, conferindo (ou parecendo conferir) ao Estado atribuições que devem permanecer com os titulares dos serviços**. Repita-se que o Estado não é titular, e, conseqüentemente, não é poder concedente dos serviços a serem licitados.

Foi informado pelo BNDES que, uma vez constante na definição de “Estado” o seu papel de representação, não seria necessário fazer essa ressalva ao longo do documento. Ademais, no Parecer ARCY nº 03/2020, destacou-se que há inconveniência em se repetir o papel do Estado como representante a cada cláusula – algo que já estaria resolvido nos instrumentos de gestão associada.

Nessa toada, sugere-se, em primeiro lugar, fazer constar uma cláusula geral que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indicam, apenas, como regra, como mero representante dos titulares dos serviços, em linha com os instrumentos de gestão associada. Isto é: o Estado é um *delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual*, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.

Não obstante, de modo a que se confira maior segurança jurídica, **recomenda-se que algumas cláusulas mais sensíveis do edital⁹, ao mencionarem o Estado, acrescentem ressalva do seu papel de representante dos titulares dos serviços.** O objetivo é **incrementar a segurança jurídica.**

Primeiramente, na qualificação do Estado do Rio de Janeiro no preâmbulo do edital de licitação, sugere-se que seja inserida a seguinte previsão (*inclusões propostas em destaque*):

O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, **na qualidade de delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual,** com fundamento no artigo 175 da Constituição da República (...).

Já em suas disposições iniciais, o item 1.2.7. da minuta de edital de licitação prevê o seguinte:

1.2.7. BENS REVERSÍVEIS: é o conjunto de bens móveis e imóveis, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes à época da publicação deste EDITAL, objeto da CONCESSÃO, essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, que será transferido à CONCESSIONÁRIA, bem como os demais bens essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que vierem a ser adquiridos e/ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, e que reverterão ao ESTADO quando da extinção da CONCESSÃO;

Essa redação apresenta problemas. O artigo 35, §1º da Lei nº 8.897/95 estabelece que “*extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis*”. Como adiantado, o Estado não é o poder concedente dos serviços objeto da concessão. Assim, sugerem-se duas possíveis redações ao dispositivo (*inclusões propostas em destaque*):

1.2.7. BENS REVERSÍVEIS: é o conjunto de bens móveis e imóveis, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes à época da publicação deste EDITAL, objeto da CONCESSÃO, essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, que será transferido à CONCESSIONÁRIA, bem como os demais bens essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que vierem a ser adquiridos e/ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, e que reverterão **aos titulares do serviço, com a intermediação do Estado,** quando da extinção da CONCESSÃO;

1.2.7. BENS REVERSÍVEIS: é o conjunto de bens móveis e imóveis, englobando instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações e acessórios integrantes dos sistemas de água e esgoto existentes à época da publicação deste EDITAL, objeto da CONCESSÃO, essenciais e indispensáveis à PRESTAÇÃO REGIONALIZADA, que será transferido à CONCESSIONÁRIA, bem como os demais bens essenciais e indispensáveis à

⁹ Em alguns itens, a menção é menos importante, bastando a cláusula geral (por exemplo, nas cláusulas que disciplinam a formalização do contrato, a menção ao Estado não parece gerar maiores preocupações).

PRESTAÇÃO REGIONALIZADA que vierem a ser adquiridos e/ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, e que reverterão **aos titulares do serviço por intermédio do ESTADO, que, na qualidade de representante dos titulares do serviço, tomará as medidas necessárias para, em nome dos titulares, garantir a continuidade da prestação do serviço público,** quando da extinção da CONCESSÃO;

O item 1.2.21. estabelece ser o contrato “*instrumento jurídico e seus Anexos, a ser celebrado entre o ESTADO e a CONCESSIONÁRIA*”. Sugere-se seja acrescida à redação a qualidade do Estado de representante dos titulares dos serviços (*inclusões propostas em destaque*):

1.2.21. CONTRATO: instrumento jurídico e seus Anexos, a ser celebrado entre o ESTADO, **na qualidade de representante dos titulares dos serviços,** e a CONCESSIONÁRIA, com interveniência anuência da AGÊNCIA REGULADORA nos termos da minuta do ANEXO I – MINUTA DO CONTRATO e Anexos deste EDITAL;

Prevê o item 1.2.39. da minuta de edital de licitação:

1.2.39. LICITAÇÃO: Concorrência Pública Internacional nº [], objeto deste EDITAL, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para o ESTADO, com vistas à outorga da CONCESSÃO objeto do CONTRATO;

Em linha com o já exposto, sugere-se que no item 1.2.39 suprima-se o vocábulo “Estado”, adotando-se a seguinte redação:

1.2.39. LICITAÇÃO: Concorrência Pública Internacional nº [], objeto deste EDITAL, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa **para os titulares dos serviços,** com vistas à outorga da CONCESSÃO objeto do CONTRATO;

Seguindo esse raciocínio, sugere-se também a alteração do item 1.2.41, que determina que a licitante vencedora é pessoa jurídica que, ao vencer a licitação, constituirá SPE para contratação com o Estado. A contratação é realizada ou com os titulares do serviço ou com o Estado, na qualidade de representante dos titulares do serviço. Assim, são duas as redações sugeridas (*inclusões propostas em destaque*):

1.2.41. LICITANTE VENCEDORA: pessoa jurídica, atuando isoladamente ou em CONSÓRCIO, nos termos deste EDITAL, que vencer a LICITAÇÃO e que constituirá a SPE para a contratação com o ESTADO, **na qualidade de representante dos titulares dos serviços;**

1.2.41. LICITANTE VENCEDORA: pessoa jurídica, atuando isoladamente ou em CONSÓRCIO, nos termos deste EDITAL, que vencer a LICITAÇÃO e que constituirá a SPE para a contratação **com os titulares dos serviços, representados pelo Estado;**

Do mesmo modo, **recomenda-se que o item 1.2.46, assim como os itens 5.4. e 5.5., ao disciplinarem o pagamento de outorga fixa pela concessionária, deixem claro que o Estado, ao receber os valores de outorga pela exploração da concessão, atua como representante dos titulares dos serviços, nos termos do edital**, dos convênios de cooperação e a partilha definida e justificada economicamente.

O item 1.2.52. da minuta de edital de licitação estabelece:

1.2.52. RECEITA ADICIONAL: toda e qualquer receita alternativa, complementar e acessória que venha a ser auferida direta ou indiretamente pela CONCESSIONÁRIA decorrente da exploração de projeto associado ou da prestação de serviço adicional aos SERVIÇOS, na forma do artigo 11 da Lei federal nº 8.987/95, mediante prévia e expressa autorização do ESTADO, observados os termos do CONTRATO e seus Anexos.

O artigo 11 da Lei federal nº 8.987/95 determina que, observadas as peculiaridades de cada serviço público, *“poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados”*. O dispositivo fala em possibilidade de previsão de receitas alternativas mediante autorização do poder concedente. Assim, sugere-se incluir na redação ressalva que a autorização conferida aqui pelo Estado é na qualidade de representante dos titulares dos serviços (*inclusões propostas em destaque*), bem como que se deve observar a partilha acordada, devidamente motivada tecnicamente:

1.2.52. RECEITA ADICIONAL: toda e qualquer receita alternativa, complementar e acessória que venha a ser auferida direta ou indiretamente pela CONCESSIONÁRIA decorrente da exploração de projeto associado ou da prestação de serviço adicional aos SERVIÇOS, na forma do artigo 11 da Lei federal nº 8.987/95, mediante prévia e expressa autorização do ESTADO, **na qualidade de representante dos titulares dos serviços**, observados os termos do CONTRATO e seus Anexos, **e a forma de partilha acordada;**

Recomenda-se ainda que a redação do item 16.1. seja alterada para excluir a responsabilidade tanto do Estado, como mandatário dos titulares dos serviços, quanto dos titulares dos serviços, pelas despesas e custos incorridos pelas licitantes em razão da licitação. A redação sugerida é a seguinte (*inclusões propostas em destaque*):

16.1. Todas e quaisquer despesas e/ou custos incorridos pelas LICITANTES em razão da presente LICITAÇÃO correrão às suas expensas, sendo de sua exclusiva responsabilidade e risco, ficando **os titulares dos serviços e o ESTADO, na qualidade de representante dos titulares, isentos** de qualquer responsabilidade ou ressarcimento, independentemente do resultado da LICITAÇÃO.

O item 20.11 estabelece ser *“vedada qualquer modificação nos termos e condições da GARANTIA DE PROPOSTA após a sua apresentação sem prévia anuência do ESTADO”* e o item 20.15. prevê que *“a GARANTIA DA PROPOSTA poderá ser executada para a cobertura de multas, penalidades e indenizações eventualmente devidas pelas LICITANTES ao ESTADO”*.

A garantia da proposta, nos termos do item 1.2.34. do mesmo edital, é garantia de cumprimento das obrigações assumidas pelas licitantes em razão de sua participação na licitação. Logo, ela é uma garantia assumida pelas concessionárias em face do poder concedente, do titular do serviço concedido. Por isso, sugere-se que a redação dos itens 20.11. e 20.15 seja alterada no seguinte sentido (*inclusões propostas em destaque*):

20.11. É vedada qualquer modificação nos termos e condições da GARANTIA DE PROPOSTA após a sua apresentação sem prévia anuência do ESTADO, **na qualidade de representante dos titulares dos serviços.**

20.15. A GARANTIA DA PROPOSTA poderá ser executada **pelo ESTADO, em favor dos titulares do serviço,** para a cobertura de multas, penalidades e indenizações eventualmente devidas pelas LICITANTES ao Estado, em virtude de sua participação na LICITAÇÃO, da data da apresentação da GARANTIA DE PROPOSTA até o prazo previsto no item 20.13, sem prejuízo da aplicação de outras penalidades e da responsabilização residual pelo valor que extrapolar a GARANTIA DE PROPOSTA.

Especificamente quanto ao item 30.6., que prevê que “O CONTRATO será celebrado entre o ESTADO e a SPE, com a interveniência-anuência da AGÊNCIA REGULADORA”, destaca-se o entendimento proferido no Parecer nº 01/2020 ARCY:

A competência para a assinatura dos contratos celebrados em nome da Região Metropolitana do Rio de Janeiro é do Presidente de seu Conselho Deliberativo, nos termos do art. 10, caput c/c art. 11, §2º, da LC Estadual nº 184/2018. Assim, não há necessidade de que os municípios metropolitanos figurem como partes signatárias do contrato, porque já se encontram bastante representados na figura do Presidente (i. e. Governador do Estado), o qual só poderá assinar os contratos em nome da RMRJ após a aprovação em votação pelos demais membros do CDRM, consoante procedimento previsto na LC 184 e no regimento interno do Conselho. A delegação pela RMRJ da competência para celebração dos contratos de concessão dos serviços de saneamento básico ao Estado do Rio de Janeiro, autorizada pelo art. 7º da Resolução nº 05/2020 do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, é uma solução possível, embora possua riscos jurídicos (v. Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17). Diante desse cenário, em face do referido art. 7º, o Governador não assinará os contratos enquanto Presidente do CDRM, mas como Chefe do Poder Executivo do Estado.

Assim, observadas as ressalvas do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e do Parecer nº 01/2020 ARCY/PG-17 (aos quais nos reportamos, para fins de evitar repetições), é possível que o item 30.6. estabeleça que o contrato será celebrado entre o Estado e a SPE. No entanto, sugere-se a alteração da redação para evidenciar que o Estado atua, mais uma vez, como mero representante dos titulares dos serviços concedidos. Outra sugestão é a substituir o celebrado por formalizado.

A previsão de garantia de execução do contrato deve estabelecer como beneficiário o poder concedente, na forma do art. 56 da Lei nº 8.666/93. A garantia visa assegurar o fiel cumprimento do contrato, em todos os seus termos (item 1.2.36 do edital). É, portanto, instrumento estabelecido a fim de reforçar o cumprimento das obrigações assumidas pelo concessionário em face do poder concedente. Tanto é assim que somente por acordo entre concessionário e poder concedente, poderá haver substituição da garantia (art. 65, II, “a” da Lei nº 8.666/93). Nesse sentido, recomenda-se a alteração

da redação do item 32.2. do edital, a fim de estabelecer que a garantia de execução do contrato deverá prever como beneficiário o Estado, como representante dos titulares dos serviços concedidos. A redação sugerida é a seguinte (*inclusões propostas em destaque*):

32.2. A GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO deverá prever com beneficiários o ESTADO, **na qualidade de representante dos titulares dos serviços**, sendo prestada em uma das seguintes formas, nos termos do artigo 56 d Lei federal nº 8.666/93:

Do mesmo modo sugere-se que a redação dos itens 32.4. e 32.6., que disciplinam a constituição de caução bancária e de seguro-garantia, respectivamente, seja alterada, ressaltando a qualidade do Estado de representante dos titulares dos serviços.

2.1.2. Disposições referentes ao pagamento da outorga fixa e variável

Os itens 1.2.46. e 1.2.47. da minuta de edital de licitação trazem a definição de outorga fixa e outorga variável, prevendo o seguinte:

1.2.46. OUTORGA FIXA: pagamento realizado pela CONCESSIONÁRIA ao ESTADO, como condição à exploração da CONCESSÃO, cujos valores serão compartilhados pelo ESTADO com os MUNICÍPIOS e o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, nos termos do EDITAL e dos CONVÊNIOS DE COOPERAÇÃO;

1.2.47. OUTORGA VARIÁVEL: pagamento mensal a ser realizado pela CONCESSIONÁRIA aos MUNICÍPIOS e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, correspondente a um percentual da RECEITA TARIFÁRIA oriunda dos pagamentos das TARIFAS pelos USUÁRIOS localizados em seus territórios, nos termos do CONTRATO;

Os itens 5.1. a 5.8., por sua vez, trazem a disciplina do pagamento de outorga fixa, a ser efetivado pelo licitante vencedor do certame pela concessão de cada bloco, segundo o critério de julgamento de maior oferta.

Conforme se extrai do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e do Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, as receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços (*i.e.* RMRJ e municípios não metropolitanos). Assim, para repassá-las para terceiros (*e.g.* ERJ, municípios metropolitanos, municípios de fora do projeto), são necessárias: **(i) celebração de acordo com os titulares; e (ii) motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica**. A verificação de atendimento do requisito (*ii*) escapa à análise jurídica, de modo que deve ser providenciada pelo gestor público.

Quanto ao requisito (*i*), conforme registrado no Parecer nº 05/2020 ARCY/PG-17, as minutas de convênio de cooperação e de contrato de gerenciamento preveem o compartilhamento de percentuais dessas receitas com o Estado do Rio de Janeiro (outorga fixa) e com os municípios metropolitanos (outorgas fixa e variável), sendo que nenhum deles é titular dos serviços. A previsão constante da minuta de edital se revela similar. **Quanto a este ponto, reitera-se a recomendação do tópico anterior no sentido de que o subitem 1.2.46., assim como os itens 5.4. e 5.5., deixem claro que o Estado, ao receber os valores de outorga pela exploração da concessão, atua como representante**

dos titulares dos serviços, nos termos do edital, e dos convênios de cooperação, consoante, ainda, justificativa econômica.

Em segundo lugar, verifica-se que o edital define e disciplina o pagamento de outorga fixa, mas se limita a definir a outorga variável, sem trazer um regramento mínimo sobre sua forma de repartição ou possíveis percentuais a incidirem sobre a receita tarifária que irá constituir o seu pagamento.

De acordo com o item 1.2.47 do edital, a **outorga variável** é calculada somente sobre as receitas tarifárias auferidas no território do próprio titular. Como um titular não está dispondo sobre receita do outro, desnecessária a concordância entre os titulares quanto aos critérios de repartição. Isto é: os critérios adotados nas minutas dos instrumentos de gestão associada de cada titular podem ser diferentes. Essa constatação, no entanto, não dispensa o edital de trazer regramento mínimo sobre a matéria. Isso porque a destinação de percentuais de receita da RMRJ diretamente para os municípios metropolitanos precisa de ser aprovada pelos demais entes que integram a RMRJ. Assim, necessário que ato deliberativo do CDRM aprove os percentuais e critérios de repartição da outorga variável previstos nas minutas de convênio de cooperação.

Ademais, **parece recomendável que o edital traga um regramento mínimo da outorga variável, a fim de estabelecer seus possíveis percentuais e critérios de repartição, a serem previstos nas minutas de convênio de cooperação e aprovados necessariamente por ato deliberativo do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana.** Observa-se, aliás, que o próprio edital, na cláusula 36.8.1., faz menção a percentual de outorga variável definida no edital. Havendo a inserção de disciplina relativa à outorga variável, recomendável rever a redação do subitem 36.8.1. a fim de evitar incompatibilidades.

A **outorga fixa**, por sua vez, é um crédito indivisível (uma única outorga fixa por bloco de prestação regionalizada, para ser repartida entre vários titulares que integram o bloco). Assim, não pode um titular dispor sobre a receita de outrem; os titulares precisam deliberar sobre os critérios de repartição. Idealmente, se deliberaria mediante acordo envolvendo todos os titulares dos serviços (RMRJ e municípios do interior). Porém, isso implicaria altos custos de transação. Assim, segundo o Parecer nº 05/2020 ARCY/PG-17:

Uma alternativa é **todas as minutas celebradas entre cada titular e o ERJ adotarem a mesma redação quanto à repartição outorga fixa, com os mesmos critérios, os quais deveriam, então, ser replicados para as minutas de edital e de contratos de concessão.** (*grifou-se*)

As minutas de convênio de cooperação da RMRJ e dos municípios do interior adotaram os mesmos critérios e percentuais de repartição das outorgas fixa (v. item 4.2.7. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e o item 4.2.6. da minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior preveem que o ERJ). No entanto, **ainda falta ser efetuada a compatibilização da previsão da minuta de edital com a previsão dos instrumentos de gestão associada mencionados acima.**

Quanto aos percentuais a serem repartidos, o edital traz, em seus subitens 5.4.1. e 5.4.2., previsão de que o Estado repassará “*aos MUNICÍPIOS atendidos pela prestação dos SERVIÇOS o percentual de 15% (quinze por cento) do valor da OUTORGA FIXA, proporcional ao número de habitantes de cada MUNICÍPIO*” e “*ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana o percentual de 5% (cinco por cento) do valor da OUTORGA FIXA*”. Não há previsão na minuta de edital, contudo, quanto ao percentual de pagamento a ser efetuado ao Estado do Rio de Janeiro mencionado nos convênios de cooperação (80%).

Também a fim de efetuar a compatibilização com tais instrumentos, sugere-se alteração da redação do subitem 5.4.1., para se estabelecer que aos **“Municípios integrantes do bloco de prestação**

regionalizada será destinado percentual de 15%”, ao invés de “*aos Municípios atendidos pela prestação dos SERVIÇOS*”.

Quanto ao ponto, merece reflexão o critério adotado pela minuta de edital para repartir do percentual de 15% entre os Municípios e o percentual que excede os valores mínimos de outorga fixa. Em ambos os casos, a minuta menciona repartição proporcional ao número de habitantes de cada MUNICÍPIO, “*com base em dados da Estimativas de População dos Municípios, divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, com data de referência em 1º de julho de 2018*”.

Primeiro, esse é um parâmetro genérico, que não determina de fato como será efetivada a repartição. Também não há definição sobre qual ente decidirá sobre essa repartição: o Estado do Rio de Janeiro? Os titulares dos serviços? Quais titulares?

Em segundo lugar, considerando que o prazo de duração da concessão a ser celebrada é de 35 anos, e os valores de outorga fixa serão recebidos no mínimo em 2021 – terceira parcela talvez apenas em 2024, conforme item 5.4. –, é possível questionar se os dados do IBGE de 2018 configuram um parâmetro adequado. Menciona-se que já existem dados estimados com data de referência em 1º de julho de 2020, disponibilizados pelo IBGE.

Além disso, é **preciso compatibilizar a disciplina da outorga fixa constante nos itens 5.4., 5.4.1. e 5.4.2. com outros itens da própria minuta de edital.** O item 5.4. do edital traz a seguinte redação:

5.4. O pagamento do valor da OUTORGA FIXA será promovido diretamente ao ESTADO e está dividido em 3 (três) parcelas. A primeira parcela, no valor de 60% (sessenta por cento) da OUTORGA FIXA, será paga como condição para assinatura do CONTRATO. A segunda parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até 2 (dois) dias úteis após a emissão do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA e/ou início da OPERAÇÃO DO SISTEMA pela CONCESSIONÁRIA, o que ocorrer primeiro. A segunda parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até o final do terceiro ano de vigência do CONTRATO, contado a partir da emissão TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA e/ou início da OPERAÇÃO DO SISTEMA pela CONCESSIONÁRIA, o que ocorrer primeiro.

De início, um erro formal: o item fala duas vezes em segunda parcela. Corrigir para: **“A terceira parcela, no valor de 20% (vinte por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até o final do terceiro ano de vigência do CONTRATO”.**

No tocante ao pagamento da segunda parcela, o item 5.4. determina que esta será paga em até dois dias úteis após a emissão do termo de transferência do sistema e/ou início da operação do sistema pela concessionária, “*o que ocorrer primeiro*”. Todavia, de acordo com os itens 1.2.45. e 1.2.62. da minuta de edital, a operação do sistema sempre ocorrerá após a emissão do termo de transferência do sistema¹⁰. Nesse sentido, se o objetivo era que o pagamento fosse efetivado após o evento que ocorrer primeiro, sugere-se a alteração da redação para prever que **“a segunda parcela, no valor de 20%**

¹⁰ 1.2.45. OPERAÇÃO DO SISTEMA: compreende o conjunto de ações operacionais a ser desenvolvido e executado pela CONCESSIONÁRIA, após a emissão do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA, para a prestação dos SERVIÇOS aos USUÁRIOS do SISTEMA, observados os parâmetros e condições previstos no CONTRATO e seus Anexos;

1.2.62. TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA: documento pelo qual o ESTADO, ao cabo do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, transfere para a CONCESSIONÁRIA a responsabilidade pela OPERAÇÃO DO SISTEMA, habilitando-a para a prestação de todos os SERVIÇOS, nos termos do CONTRATO;

(vinte por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até 2 (dois) dias úteis após a emissão do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA”.

Ademais, quanto ao pagamento da terceira parcela, recomenda-se a indicação de forma mais específica da data do seu pagamento (“até o último dia do terceiro ano de vigência do contrato”), a fim de deixar mais claro o início de incidência da multa prevista no item 5.8.

Quanto aos subitens 5.4.1. e 5.4.2., é preciso alinhá-los com a previsão do item 5.4. Isto é, havendo previsão de pagamento do valor de outorga fixa em três parcelas no item 5.4., é preciso definir em que momento serão efetuados os repasses aos Municípios (item 5.4.1.) e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana (item 5.4.2.): imediatamente após o recebimento do pagamento da primeira parcela ao Estado? Ou depois do pagamento da segunda parcela? Ou somente após o Estado receber o valor total, com o pagamento das três parcelas? Ou em outro prazo?

Por fim, quanto a este ponto, e considerando a definição de outorga fixa trazida pelo item 1.2.46., a previsão de um valor mínimo a ser ofertado no item 5.2., e a possibilidade de compartilhamento do seu excedente prevista no item 5.5., não fica claro se os percentuais previstos nos subitens 5.4.1. e 5.4.2., a serem repassados aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, incidem apenas sobre o valor mínimo de outorga fixa recebido ou se refere ao valor total da outorga fixa recebida (valor mínimo + valor excedente).

Em outras palavras, o valor de outorga fixa total seria composto pelo valor mínimo, previsto no item 5.2., e o valor excedente, previsto no item 5.5. Nesse sentido, parece que há duas interpretações possíveis:

Interpretação 1: Para os municípios: Repasse de 15% do valor mínimo (subitem 5.4.1.) + repasse de 50 % do valor excedente (item 5.5.). Para o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana: Repasse de 5% do valor mínimo (subitem 5.4.2.).

Interpretação 2: Para os municípios: Repasse de 15% do valor total (subitem 5.4.1. Valor total = valor mínimo, previsto no item 5.2. + valor excedente, previsto no item 5.5.) + repasse 50 % do valor excedente (item 5.5.) Para o Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana: Repasse de 5% do valor total (subitem 5.4.2. Valor total = valor mínimo, previsto no item 5.2. + valor excedente, previsto no item 5.5.).

Recomenda-se alterar a redação desses itens para esclarecer qual interpretação é a correta.

2.1.3. Outros aspectos

O Capítulo 1 do Contrato traz as definições de termos que serão observadas ao longo do procedimento. No item 1.2.4, há a definição de “área de concessão”, nos seguintes termos:

1.2.4. ÁREA DE CONCESSÃO: área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos integrantes dos BLOCOS, delimitada conforme o ANEXO IV do EDITAL, onde os SERVIÇOS serão prestados pela CONCESSIONÁRIA, nos termos do presente CONTRATO;

A definição restringe a concessão à área urbana. O ponto merece atenção do gestor, pois pode-se avaliar a necessidade futura de inclusão de áreas rurais. Isso pode gerar um contencioso futuro com

a concessionária, que pode não desejar cobrir tais áreas, a despeito do eventual interesse público. Além disso, há áreas que podem, eventualmente, no futuro, se tornar urbanas, criando-se dúvida para saber se elas passam a integrar a concessão.

Para fins de organização do edital, sugere-se que o item 2.4., que determina os negócios jurídicos coligados à concessão, seja deslocado à cláusula que traz as definições do edital.

2.2. Procedimento licitatório

O capítulo II do Edital se dedica ao procedimento licitatório. Para tanto, é subdividido em quatro temas: (i) Da comissão de licitação (item 9. do Edital), (ii) Esclarecimentos sobre o edital (item 10. do Edital), (iii) Impugnação ao edital (item 11. do Edital), (iv) Alterações no edital (item 12. do Edital). Em linhas gerais, não há maiores apontamentos a serem realizados, de modo que serão formuladas sugestões apenas para a redação de alguns itens.

O **primeiro tema – Da comissão de licitação** –, especificamente no item 9.2. do Edital, abrange as prerrogativas da COMISSÃO DE LICITAÇÃO. Dentre as prerrogativas, estão incluídas: solicitação de esclarecimentos, adoção de critérios de saneamento de falhas de caráter formal e complementação de insuficiências, prorrogação de prazos e alteração de datas ou pautas de sessões. Todavia, não são apresentados os meios pelos quais essas alterações ocorrerão, o prazo de antecedência para ocorrência de mudanças, tampouco prazos de resposta dos licitantes. Assim, recomenda-se seja adaptada a minuta para inclusão no Edital dessas previsões, nos seguintes termos (*inclusões propostas em destaque*):

9.2. Além das prerrogativas que decorrem da sua função legal, a COMISSÃO DE LICITAÇÃO poderá:

9.2.1. solicitar às LICITANTES, a qualquer momento, **por meio de [indicar a forma de solicitação de esclarecimentos]**, esclarecimentos sobre os documentos por elas apresentados, **que deverão ser respondidos pelas LICITANTES em até [indicar quantidade de dias] dias, podendo ser prorrogado a critério da COMISSÃO DE LICITAÇÃO;**

9.2.2. adotar critérios de saneamento de falhas de caráter formal e complementação de insuficiências no curso da LICITAÇÃO;

9.2.3. promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução da LICITAÇÃO, vedada a inclusão posterior de documento ou informação relevante que deveria constar originariamente nos documentos apresentados pela LICITANTE;

9.2.4. prorrogar os prazos de que trata o EDITAL justificadamente em caso de interesse público, caso fortuito ou força maior, sem que caiba às LICITANTES direito à indenização ou reembolso de custos e despesas de qualquer título. **A prorrogação dos prazos será publicada com pelo menos [indicar dias] dias de antecedência;**

9.2.5. alterar as datas ou as pautas das sessões, antecipá-las ou mesmo suspendê-las, em função do desenvolvimento dos trabalhos, obedecidas as normas legais aplicáveis. **Novas datas serão publicadas com pelo menos [indicar dias] dias de antecedência; e**

9.2.6. na hipótese de alteração que afete de forma inequívoca a elaboração das PROPOSTAS COMERCIAIS, modificar a DATA DE ENTREGA DOS VOLUMES, bem como a data da Sessão Pública da LICITAÇÃO, prorrogando-se ou reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, na forma do artigo 21, §4º da Lei federal nº 8.666/93.

O **terceiro tema – Da impugnação ao Edital** prevê no item 11.3. a possibilidade de apresentação de impugnação por meio de correspondência eletrônica. Nesse ponto, sugere-se seja realizada menção ao item 34.3. do Edital, de modo a evidenciar a necessidade de assinatura por meio de certificado digital no padrão da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileiras – ICP-Brasil. Recomenda-se redação do item da seguinte forma (*inclusões propostas em destaque*):

11.3. As impugnações ao EDITAL deverão ser dirigidas ao Presidente da COMISSÃO DE LICITAÇÃO, e protocoladas, por escrito, de segunda à sexta-feira, das [●]h às [●]h, na sede do ESTADO, situada na [●], ou mediante o envio de correspondência eletrônica (e-mail), encaminhado ao endereço eletrônico [●], contendo o arquivo em formato PDF **assinado digitalmente nos termos do item 34.3** deste EDITAL, devendo ser instruídas:

- a) com cópia do documento de identidade do seu signatário, quando este for pessoa física; ou
- b) com cópia do contrato ou estatuto social, acompanhada de outros documentos necessários à comprovação dos poderes de representação legal do signatário, quando apresentada por pessoa jurídica.

2.3. Condições gerais

O capítulo III do Edital, referente às condições gerais. Diante dos itens apresentados, que, modo geral, correspondem ao padrão das concorrências, fazemos apenas uma observação quanto ao item 13.3., que aponta a possibilidade de as licitantes concorrerem a mais de um bloco do objeto da licitação, indicando como necessária apenas a apresentação dos documentos exigidos para cada um dos blocos, nos termos estabelecidos no Edital.

Nesse ponto, parece ser interessante fazer remissão aos itens 22.11.1.1. e 22.11.1.2., que trata da qualificação técnica dos licitantes que ofertem proposta para mais de um bloco. Dessa forma, sugere-se a seguinte redação (*inclusões propostas em destaque*):

13.3. As LICITANTES poderão concorrer a mais de um BLOCO do objeto da LICITAÇÃO, desde que apresentem os documentos exigidos para cada um dos BLOCOS, nos termos estabelecidos neste EDITAL, **bem como observem as exigências de qualificação técnica previstas nos itens 22.11.1.1 e 22.11.1.2.**

2.4. Garantia da proposta, proposta comercial e documentos de habilitação

O Capítulo IV do Edital disciplina as regras gerais de apresentação da documentação, a garantia de proposta, a proposta comercial, os documentos de habilitação, a participação em consórcio e a participação de licitantes estrangeiras.

2.4.1. Regras gerais de apresentação da documentação e garantia da proposta

Dentre as regras gerais de apresentação da documentação, o item 19.3. indica, ao final, que não são permitidas emendas, rasuras, entrelinhas ou ressalvas. Após, o subitem 19.5.1. indica que documentos que possuam conteúdo manuscrito serão considerados rasurados, ressalvados documentos oficiais e públicos que sejam apresentados dessa forma. Diante disso, **recomenda-se a inclusão da**

vedação de documentos com conteúdo manuscrito no item 19.3. Eis a sugestão (*inclusões propostas em destaque*):

19.3. A documentação de cada VOLUME deverá ser apresentada em (i) uma vi original ou autenticada, salvo a GARANTIA de PROPOSTA, que deverá ser apresentada em sua forma original, assim considerados os seguros-garantia ou fiança bancária com certificação digital; e (ii) uma segunda via, em cópia simples, sendo que cada via deverá ser encadernada separadamente, rubricada e numerada sequencialmente e ainda conter, no início, um índice das matérias e das páginas correspondentes e ao final, um termo de encerramento, de modo a refletir o número exato de páginas, não sendo permitidas emendas, rasuras, entrelinhas, ou ressalvas ou qualquer conteúdo manuscrito, ressalvados documentos oficiais e públicos que sejam apresentados dessa forma.

Outro ponto que merece consideração é o item 19.7. O dispositivo, ao vedar a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente dos volumes, segue a orientação do artigo 43, §3º da Lei 8.666/93¹¹. Em complemento, o item acresce que tal vedação não impede o exercício das prerrogativas legais da Comissão de Licitação, especificadas no item 9.2 do Edital.

As previsões, tal como postas, levam a crer que a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo trata-se de mera faculdade da Comissão de Licitação. Ocorre que, apesar de a interpretação literal levar a essa conclusão, com o fim de privilegiar a competitividade entre os licitantes, bem como garantir a escolha da melhor proposta, o exercício do poder para sanar eventuais vícios torna-se, em verdade, um poder-dever, sendo, portanto, altamente recomendável a realização das diligências. Nesse sentido, o TCU entende ser irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação ou por eventual lacuna sem que a diligência prevista no art. 43, §3º tenha sido realizada.¹²

¹¹ Art. 43, §3º, Lei 8.666/93: “É facultada à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.”

¹² REPRESENTAÇÃO. POSSÍVEIS IRREGULARIDADES OCORRIDAS NA CONDUÇÃO DE CERTAME. INCERTEZAS SOBRE ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA DE LICITANTE. NÃO UTILIZAÇÃO DO PODER-DEVER DE REALIZAR DILIGÊNCIAS PARA SANEAR AS DÚVIDAS QUANTO À CAPACIDADE TÉCNICA DA EMPRESA. PRESERVAÇÃO DA CONTINUIDADE DO CONTRATO QUE SE ENCONTRA EM FASE DE EXECUÇÃO. DETERMINAÇÃO. 1. O Atestado de Capacidade Técnica é o documento conferido por pessoa jurídica de direito público ou de direito privado para comprovar o desempenho de determinadas atividades.

Com base nesse documento, o contratante deve-se certificar que o licitante forneceu determinado bem, serviço ou obra com as características desejadas. 2. A diligência é uma providência administrativa para confirmar o atendimento pelo licitante de requisitos exigidos pela lei ou pelo edital, seja no tocante à habilitação seja quanto ao próprio conteúdo da proposta. 3. Ao constatar incertezas sobre cumprimento das disposições legais ou editalícias, especialmente as dúvidas que envolvam critérios e atestados que objetivam comprovar a habilitação das empresas em disputa, o responsável pela condução do certame deve promover diligências, conforme o disposto no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, para aclarar os fatos e confirmar o conteúdo dos documentos que servirão de base para tomada de decisão da Administração nos procedimentos licitatórios.(Acórdão 3418/2014. Rel. Marcos Bemquerer. Data da sessão: 03/12/2014);

[...] 1.7.1.2.nos termos do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993, cabe ao pregoeiro encaminhar diligência às licitantes a fim de suprir lacuna quanto às informações constantes das propostas, medida simples que privilegia a obtenção de proposta mais vantajosa e evita a desclassificação indevida de propostas como a ocorrida no Pregão Eletrônico 2/2016 com empresas cujo objeto social contempla sim atividade econômica compatível com a do objeto da licitação;(Acórdão Nº 2159/2016. Rel. Augusto Nardes. Data da sessão 24/08/2016);

É irregular a inabilitação de licitante em razão de ausência de informação exigida pelo edital, quando a documentação entregue contiver de maneira implícita o elemento supostamente faltante e a Administração não realizar a diligência prevista no art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, por representar formalismo exagerado, com prejuízo à competitividade do certame(Acórdão 1795/2015. Rel. José Mucio Monteiro. Data da Sessão: 22/07/2015).

Diante disso, a literatura recomenda cautela com formalismo excessivo¹³. Assim, em um exame de ponderação entre a segurança jurídica, a competitividade e vantajosidade, recomendasse seja reformulado o item 19.7, com o fim de privilegiar as diligências a serem realizadas pela Comissão de licitação em detrimento do formalismo excessivo.

19.7. É vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente dos VOLUMES, salvo se se tratar de defeitos puramente formais ou de documento que visa esclarecer dúvida acerca de outro já apresentado, casos em que a Comissão de Licitação deverá, motivadamente, exercer a prerrogativa legal para promover diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, nos termos do item 9.2 deste EDITAL e do art. 43, § 3º da Lei nº 8.666/1993.

Mais adiante, no tópico referente à garantia da proposta, novamente surge a questão referente à qualidade e ao papel que o Estado assume nesse contrato. Remete-se, no ponto, ao Tópico II.1.1., onde foi sugerida mudança de redação dos itens. 20.11. e 20.15.

Ainda em relação à garantia de proposta, a opção foi pela apresentação em envelope próprio e aberto antes da proposta comercial e dos documentos de habilitação (cláusula 19.9 e 25.1). Sobre o tema, veja-se a lição dos Procuradores do Estado de São Paulo, Carlos Eduardo Teixeira Braga, Diego Brito Cardoso, Fábio Augusto Daher Montes e Mariana Rosada Pantano¹⁴:

Até mesmo a garantia da proposta (art. 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93) não é mais apenas solicitada como um documento dentre aqueles apresentados para qualificação econômico-financeira. Os editais com inversão de fases (nos quais o julgamento da proposta comercial antecede a habilitação do licitante) vêm prevendo a apresentação e análise da garantia da proposta como uma fase autônoma e preliminar dentro do procedimento de licitação.

Rigorosamente, isso significa que os editais que adotam essa sistemática estão prevendo dois momentos para análise da habilitação dos licitantes dentro de um mesmo procedimento (iniciando-se com a avaliação da garantia da proposta como fase autônoma, seguindo-se a abertura dos envelopes com as propostas comerciais e finalizando com a análise dos documentos de habilitação restantes). E não podia ser diferente. Não haveria sentido em classificar as propostas econômicas e posteriormente verificar se a garantia da proposta é, ou não, válida. Trata-se evidentemente de uma inovação procedimental necessária para adequar a Lei Geral de Licitações às necessidades de uma licitação de concessão e ao regramento que permitiu a inversão de fases.”

É irregular a desclassificação de empresa licitante por omissão de informação de pouca relevância sem que tenha sido feita a diligência facultada pelo § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993 (Acórdão 3615/2013. Rel. Valmir Campelo. Data da sessão: 10/12/2013).

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. Revista dos Tribunais, 2014. p. 795-796.

¹⁴ *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: Parceiras Público Privadas*. A qualificação econômica-financeira nas parcerias público-privadas. Nº 77/78, Janeiro/Dezembro de 2013, p. 23.

Essa é, também, a opinião de Cristiana Corrêa Conde Faldini, Inês Maria dos Santos Coimbra de Almeida Prado e Luciana R. Laurenza Saldanha Gasparini, também Procuradoras do Estado de São Paulo¹⁵:

“A dúvida surge quando se elege o procedimento com inversão de fases, em que o julgamento da proposta precede ao exame da habilitação, conforme autorizado pelo art. 13 da Lei no 11.079/04. Nessas hipóteses, embora não haja expressa previsão legal, a solução razoável é que haja previsão no edital de entrega de envelope apartado com a garantia da proposta, a ser examinado antes da abertura dos envelopes correspondentes à proposta. Dessa forma, preserva-se a razão de ser da garantia da proposta, na medida em que não faria nenhum sentido sua análise após o exame das propostas, o que vulneraria a posição da Administração. Por prestar-se a assegurar a seriedade da participação do licitante em dado certame, a garantia da proposta poderá ser executada sempre que houver descumprimento de condições previstas no edital, constatação de ilícitudes ou fraudes durante o processo licitatório ou descumprimento de exigências feitas pela Comissão de Licitação. Todavia, a importância dessa garantia revela-se ainda mais latente nas licitações de PPP, quando o licitante vencedor recusa-se a assinar o contrato. Nessa hipótese, os demais participantes poderão escolher entre assinar ou não o contrato nas mesmas condições do primeiro colocado, o que poderá colocar a perder todo o empenho do Poder Público na estruturação do projeto.”

Nada obstante esse procedimento seja incomum nas licitações regidas exclusivamente pela Lei nº 8.666/93¹⁶, fato é que tem sido admitido nas licitações para concessões e parcerias público privadas, designadamente quando ocorre a inversão de fases.

2.4.2. Proposta Comercial

Como já referido anteriormente (**Tópico 2.1.2**), o **critério de adjudicação** da licitação será o **maior valor da outorga fixa**, com previsão expressa no artigo 15, inciso II, da Lei nº 8.987/95, e na própria cláusula 21.3 do edital.

Em linha de coerência com a cláusula 8.1 e 8.2 do edital, dispõe a cláusula 21.1 que caberá a cada licitante realizar, por sua conta e risco, investigações, levantamentos e estudos, bem como desenvolver projetos para permitir a apresentação de sua proposta comercial. **Os dados, estudos, materiais e informações do Estado são meramente informativos e não vinculantes aos licitantes, tendo como único objetivo permitir a compreensão do objeto da concessão pelos licitantes.**

Algumas licitações no setor de infraestrutura exigem que a proposta comercial venha acompanhada de declarações de instituições financeiras ou mesmo auditorias independentes que

¹⁵ Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo: Parceiras Público Privadas. A qualificação econômica-financeira nas parcerias público-privadas. Nº 77/78, Janeiro/Dezembro de 2013, p 120.

¹⁶ Um dos subscritores do presente opinamento já teve a oportunidade de asseverar: “A garantia de proposta não deve ser exigida em data anterior à realização da licitação, eis que prevista expressamente como requisito da fase de habilitação, devendo ser apresentada com os demais documentos referentes a essa etapa. Exigir a garantia em momento anterior à realização do certame é ilegal, eis que pode frustrar a competitividade, ao permitir o conhecimento prévio dos efetivos participantes da licitação. Em outras palavras: o procedimento correto é a apresentação da garantia de proposta em conjunto com os demais documentos de habilitação no respectivo envelope. GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos Administrativos*. Casos e Polêmicas. São Paulo: Malheiros, 5ª edição, p. 254. Importante fazer o *distinguishing*, já que os comentários acerca da garantia de proposta referem-se às licitações regidas exclusivamente pela Lei nº 8.666/93, não abordando as especificidades das licitações nas concessões e nem quando ocorre a inversão de fases.

atestem a viabilidade econômico-financeira da proposta comercial do licitante¹⁷. **Deve ser avaliado, na presente hipótese, se o objeto da concessão e o perfil da licitação justificariam a inclusão de previsão semelhante.**

Outro aspecto relevante a destacar é o fato de que a proposta comercial deverá levar em consideração todas as obrigações e riscos alocados à concessionária, por força das disposições do contrato e seus anexos, na forma prevista na cláusula 21.8.1. **Sugere-se a inclusão do vocábulo “edital” na referida cláusula**, já que também existem obrigações que decorrem do instrumento convocatório, como é o caso das obrigações correlatas à constituição de SPE, na forma dos subitens 30.2.1 e 30.2.2 do edital.

A proposta comercial inclui, também, todos os custos referentes ao cumprimento do objeto do contrato, encontrando-se descrição meramente exemplificativa na cláusula 21.8.2. Com o fim de evitar dúvidas futuras, **recomenda-se o acréscimo de dispositivo que preveja que a proposta deve incluir também qualquer custo atinente ao cumprimento de legislação federal, estadual ou municipal que impacte direta ou indiretamente na prestação do serviço.**

Os subitens 21.8.3 e 21.8.4 encontram-se adequados com o regramento constante do art. 17, caput e §2o, da Lei 8.987/95¹⁸.

Além disso, o artigo 18, XII, da Lei nº 8.987/1995, estabelece, dentre os itens obrigatórios que devem estar no edital de licitação, “a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa”. Tal previsão, porém, não aparece neste Edital, sendo conveniente sua inclusão também neste item referente ao que deve ser considerado para a elaboração da proposta comercial, ainda que seja remota a necessidade de desapropriação.

Dessa forma, sugere-se a seguinte redação (*inclusões propostas em destaque*):

21.8. Ainda para elaboração da PROPOSTA COMERCIAL:

21.8.1. deverão ser levadas em consideração todas as obrigações e riscos alocados à CONCESSIONÁRIA por força do CONTRATO, **do EDITAL** e seus ANEXOS.

21.8.2. deverão estar abrangidos todos os custos referentes ao cumprimento do objeto do CONTRATO, incluindo, mas sem a eles se limitar, valores referentes ao ônus e obrigações da CONCESSIONÁRIA concernentes à legislação tributária, trabalhista e previdenciária, os quais correrão por sua exclusiva conta; custos com seus subcontratados, fornecedores e outros; custos de mobilização e desmobilização na instalação das obras e serviços a serem executados; demais custos diretos ou indiretos incidentes sobre a execução dos

¹⁷ A título de exemplo cita-se o Edital nº 006/2013 de concessão para exploração da rodovia BR-040/DF/GO/MG, cláusula 9.4: “9.4 Juntamente com a Proposta Econômica Escrita devem ser apresentados os seguintes documentos:

I. **uma carta de instituição ou entidade financeira que assessora a Proponente na montagem financeira do empreendimento, declarando que analisou o plano de negócios** a ela apresentado pela Proponente e **atesta sua viabilidade e exequibilidade**, com o conteúdo mínimo do Anexo 19 ao presente Edital, apresentando, ainda, um Termo de Confidencialidade celebrado entre a Proponente e a instituição ou entidade financeira, com o conteúdo mínimo do Anexo 21 ao presente Edital; e II. **uma carta de empresa de auditoria independente, registrada no órgão competente, declarando que analisou o Plano de Negócios** a ela apresentado pela Proponente e atesta a sua adequabilidade, sob os aspectos contábil e tributário, com o conteúdo mínimo do Anexo 20 ao presente Edital, apresentando, ainda, um Termo de Confidencialidade celebrado entre a Proponente e a empresa de auditoria independente com o conteúdo mínimo do Anexo 21 ao presente Edital.” (grifos nossos)

¹⁸ Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes. (...) § 2o Inclui-se nas vantagens ou subsídios de que trata este artigo, qualquer tipo de tratamento tributário diferenciado, ainda que em consequência da natureza jurídica do licitante, que comprometa a isonomia fiscal que deve prevalecer entre todos os concorrentes.

serviços objeto da CONCESSÃO; custos com contratação de seguros e garantias, de cumprimento dos prazos e os demais necessários ao cumprimento de suas obrigações previstas no CONTRATO; **custos atinentes ao cumprimento de legislação federal, estadual ou municipal que impacte direta ou indiretamente na prestação do serviço; custos relacionados a eventuais desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa.**

21.8.3. não deverão ser considerados quaisquer benefícios ou incentivos fiscais que possam vir a ser conferidos à futura CONCESSIONÁRIA pela União, Estado ou Municípios, durante o prazo da CONCESSÃO;

21.8.4. não serão levadas em consideração quaisquer outras ofertas ou vantagens não previstas neste EDITAL, no CONTRATO e seus respectivos ANEXOS, nem de preços ou vantagens baseados nas ofertas das demais LICITANTES.

2.4.3. Documentos de habilitação

O artigo 18 da Lei nº 8.987/95 prescreve que o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações. O inciso V do referido dispositivo fixa os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal.

Note-se que a Lei nº 8.987/95 não é descritiva dos documentos que deverão ser exigidos na fase de habilitação, sendo usual nas licitações de concessões de serviços públicos a aplicação dos critérios previstos na Lei nº 8.666/93, que trata especificamente dos aspectos substanciais da fase de habilitação nos artigos 27 a 31.

Contudo, a circunstância de serem aplicáveis as regras de habilitação da Lei nº 8.666/93 não transporta para as licitações das concessões de serviços públicos a racionalidade das licitações de obras públicas ou prestação de serviços. **A uma**, porque a fase de habilitação é instrumental e não um fim em si mesma. Conecta-se umbilicalmente aos aspectos materiais do objeto. As exigências devem estar motivadamente conectadas às estritas finalidades do objeto, conforme determina o inciso XXI do art. 37 da Constituição¹⁹, existindo, no entanto, uma margem de discricionariedade para o gestor avaliar e sopesar o tipo e o nível de intensidade da exigência.

A duas, porque a Lei nº 8.987/95 não estabeleceu, aprioristicamente, esses critérios. Ela apenas faz referência à necessidade de o edital prever tais exigências, conforme o mencionado art. 18, V. Evidencia-se, a nosso ver, **maior grau de flexibilidade** para que o gestor possa precisar os documentos que, de fato, se impõem como indispensáveis para o cumprimento do objeto. A lógica é a de que a racionalidade das obras de infraestrutura demanda normas que vão além da racionalidade da Lei nº 8.666/93, cuja aplicação, para concessões, merece alguns cuidados²⁰.

¹⁹ XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, **o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.** (grifos nossos).

²⁰ V. SUNDFELD, Carlos Ari; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Dinâmica de preparação do edital. In: MARCATO, Fernando S; PINTO JUNIOR, Mario Engler (coord). Direito da infraestrutura. São Paulo: Saraiva, 2017, v.1: “*Em grande medida, os dilemas jurídicos sobre a adequada estruturação dos projetos de infraestrutura decorrem da adoção da Lei nº 8.666/93 como paradigma de interpretação dos preceitos normativos que disciplinam as concessões. (...) O adequado enfrentamento desses desafios passa, a nosso ver, pela crítica à aplicação da racionalidade da Lei nº 8.666/93 aos projetos de infraestrutura e pelo reconhecimento de que elementos que promovam a eficiência nas contratações públicas devem ser considerados na modelagem no edital de infraestrutura*”.

Habilitação jurídica

Os documentos relativos à habilitação jurídica constam dos itens 22.5 a 22.9 e encontram-se alinhados com o disposto no artigo 28 da Lei nº 8.666/93. **Recomenda-se seja feita menção ao artigo 28 da Lei 8.666/93**, de forma a ratificar a importância de respeitar os critérios ali expostos, nos seguintes termos:

22.5. A habilitação jurídica se fará pela apresentação dos documentos especificados no art. 28 da Lei 8.666/93, especialmente: (...).

O objetivo aqui é verificar a existência e a regularidade formal dos licitantes, demonstrando estarem aptos a adquirir direitos e obrigações.

Além das habituais exigências previstas na cláusula 22.5 e que são similares às demais licitações públicas, as cláusulas **22.6, 22.7 e 22.8** exigem requisitos adicionais quando o licitante for, respectivamente, **instituição financeira**, entidade **aberta ou fechada de previdência complementar** ou **fundo de investimento**.

A cláusula 22.9 prevê que, **no caso de consórcio**, a licitante deverá apresentar instrumento de constituição de consórcio ou de compromisso de constituição de sociedade de propósito específico, subscrito pelas consorciadas, na forma do item 23.2 do edital.

Qualificação Econômico-Financeira

As exigências de qualificação econômico-financeira previstas no edital se circunscrevem a duas: (i) **certidão negativa de falência, recuperação judicial e extrajudicial**, prevista expressamente no artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93, e na cláusula 22.10; (ii) **garantia de proposta**, prevista expressamente no artigo 31, inciso III, da Lei nº 8.666/93, que foi disciplinada na cláusula 20, sendo entregue em volume destacado dos documentos de habilitação. Sobre o tema, remeta-se aos comentários feitos anteriormente (**Tópico 2.4.1**).

Na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²¹ e do Tribunal de Contas da União²², a cláusula 22.10.1.2 prevê que em caso de a certidão apresentada ser positiva para recuperação judicial, será necessária a comprovação de aprovação de plano de recuperação judicial devidamente aprovado e homologado pelo juízo competente.

Adicionalmente, a **cláusula 22.10.2** estabelece que os licitantes, quando apresentarem natureza jurídica de entidade aberta ou fechada de previdência complementar, deverão apresentar declaração de que os planos e benefícios por ela administrados não se encontram sob liquidação ou intervenção da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) do Ministério da Fazenda ou Superintendência Nacional de Previdência Complementar (PREVIC) do Ministério da Previdência Social. Na mesma linha, a **cláusula 22.10.3** prescreve que quando o licitante for um fundo de investimento, deverá apresentar certidão negativa ou positiva com efeitos de negativa de falência da administradora e gestora do fundo.

A cláusula 22.10.4, por sua vez, merece maiores esclarecimentos. Ela determina que a licitante, e no caso de consórcio, cada um dos seus membros, proporcionalmente à sua participação no Consórcio, deverá **declarar** que dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes (e.g. financiamento), para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e de terceiros necessários à consecução do objeto da concessão.

A dúvida é se uma **simples declaração do licitante** seria suficiente para assegurar a sua capacidade na obtenção de recursos financeiros suficientes, ou se, eventualmente, não seria necessário

²¹ STJ, 1ª Turma, AREsp 309.867/ES, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 26/06/2018, DJU 08/08/2018.

²² TCU, Plenário, Acórdão 2265/2020, Processo 028.129/2020-2, rel. Min. Benjamin Zymler, j. 26/08/2020.

exigir **documento com maior grau de comprometimento do licitante ou mesmo de terceiros**, como aludido anteriormente quando examinada a cláusula de proposta comercial. O ponto **merece ser refletido e justificado pelo gestor**.

Quanto à circunstância de não terem sido exigidos outros documentos previstos no artigo 31 da Lei nº 8.666/93, tais como (i) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social); (ii) índices contábeis que demonstrem a capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato; (iii) capital social ou patrimônio líquido mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, **cabe registrar que foi apresentada justificativa apresentada pela Nota Técnica do BNDES, por ocasião da Nota Conjunta AEP/DEP 1 nº 23/2020 e AJ2/JUREP nº 08/2020 (9882213)**.

As **justificativas técnicas do BNDES** que embasaram essa estratégia podem ser assim sumarizadas: **(i)** seleção dos requisitos de qualificação econômico-financeira se insere no campo da discricionariedade administrativa; **(ii)** há necessidade de definir os requisitos de qualificação econômico-financeira considerando que o prestador dos serviços será uma Sociedade de Propósitos Específico – SPE; **(iii)** há necessidade de exigir outros elementos que reforcem a robustez financeira da concessionária; **(iv)** nos termos da lei e da jurisprudência dos órgãos de controle, é questionável a cumulação entre garantia de proposta, conforme art. 31, § 2º, da Lei nº 8.666/93.

Em relação ao **item (i)**, a Nota Técnica do BNDES esclarece que:

O que se observa é que a lei de licitações confere opções ao gestor (previstas no art. 31), as quais devem ser definidas a partir da sua discricionariedade técnica, atentando-se para as características do objeto licitado e do perfil dos players integrantes do mercado. Portanto, importante assentar a premissa de que não existe irregularidade per se na não previsão de algum requisito de qualificação previsto no art. 31, da lei de licitações. Na realidade, a lógica é que a previsão de tais requisitos, que são barreiras à entrada no certame, deve se dar com base numa justa medida, de modo a equilibrar dois objetivos concomitantes: (a) promover um certame competitivo e (b) garantir que os licitantes tenham um perfil adequado e financeiramente aderente ao necessário para a boa execução do objeto contratual.

Em relação ao **item II**, a referida Nota Técnica esclarece o seguinte:

Portanto, é intuitivo que os reflexos da opção de se exigir a constituição de uma SPE precisam ser considerados para fins de determinação dos requisitos de qualificação econômico-financeira a serem exigidos dos licitantes. O que se observa é que faz pouco sentido exigir balanço patrimonial, demonstrações contábeis, atendimento a índices contábeis, capital social ou patrimônio líquido dos licitantes num contexto em que não é propriamente o licitante vencedor quem irá executar o contrato – mas sim uma outra sociedade, constituída posteriormente para esse fim, dotada de personalidade jurídica própria e dissociada financeiramente de seus acionistas. Assim, mesmo que se assuma como premissa que os elementos contábeis mencionados representam, em alguma medida, um retrato econômico-financeiro fidedigno de uma pessoa jurídica, esse retrato será de um outro agente econômico que não aquele que vai efetivamente executar o objeto contratual.

A partir do momento de constituição da SPE, há uma dissociação entre a figura do operador e daqueles que figuram como seus acionistas. A responsabilidade

dos sócios junto à SPE é conceitualmente limitada, de modo que exigir elementos de robustez financeira dos sócios não necessariamente garante uma maior segurança para a operação do concessionário.

Por isso, a estratégia em licitações de concessões deve ser diversa, focando em se exigir elementos que sinalizem uma maior robustez financeira não necessariamente dos sócios, mas principalmente do próprio concessionário.

Não obstante o exposto acima, é importante observar ainda que o edital prevê, no item 21.11.1, uma exigência de habilitação técnica que tem por objetivo justamente selecionar licitantes dotados de expertise na captação de recursos financeiros para a execução de projeto de infraestrutura.

Em relação ao **item III** atesta que:

No caso, o edital de licitação da concessão dos serviços de água e esgoto prestados no Estado do Rio de Janeiro traz, entre outras, as seguintes exigências principais que reforçam essa preocupação com a força financeira do concessionário: i. Necessidade de integralização de capital em montantes mínimos, em datas pré-estabelecidas, como condição para a assinatura do contrato de concessão e como condição para a assunção efetiva dos serviços (item 30.2.3, do edital e Cláusula 16 do Contrato); ii. Contratação e renovação periódica de garantia de execução contratual (item 30.2.4, do edital e Cláusula 17 do Contrato); iii. Contratação e renovação periódica de seguros diversos (Cláusula 18 do Contrato);

Adicionalmente, é importante perceber que o próprio sistema de mensuração de desempenho nos termos propostos no Contrato e seus anexos, o qual toma por base a existência de indicadores avaliados periodicamente e cujo não atendimento afeta diretamente a remuneração do concessionário, também funciona como um mecanismo mais efetivo de garantir a adequada prestação contratual.

E, por derradeiro, quanto ao **item IV** assevera o BNDES:

O caput do art. 31 da Lei n.º 8666/93 estabelece o rol da documentação que poderá ser exigida pela Administração Pública para fins de qualificação econômico-financeira dos interessados nos editais de licitação, dispondo, em seu §2º, que o instrumento convocatório poderá prever “a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no §1º do art. 56” da referida 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.”

Nota-se, portanto, que a Lei n.º 8666/93 conferiu discricionariedade ao administrador público para decidir de que forma poderá ser comprovada a qualificação econômico financeira do licitante dentre as modalidades previstas na lei, mas, conforme se depreende pela literalidade do citado §2º do art. 31, restringiu o âmbito dessa discricionariedade ao possibilitar a escolha de apenas uma entre as exigências de capital mínimo, patrimônio líquido mínimo e garantia de proposta.

Corroborando com esse entendimento, o Tribunal de Contas da União editou a Súmula n.º 275, com base em diversos precedentes no seguinte sentido: SÚMULA Nº 275 Para fins de qualificação econômico-financeira, a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços.

Tal interpretação do disposto no §2º do art. 31 da Lei n.º 8666/93 foi ratificada no voto proferido pela Conselheira Marianna Montebello Willeman, do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (processo TCE-RJ Nº 233.650-3/18), ao realizar o exame prévio do Edital de Concorrência nº 001/2018, do Município de Miguel Pereira, para concessão administrativa para o fornecimento, a modernização, otimização, eficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública...).

Diante das justificativas apresentadas pelo BNDES, as quais se mostram consistentes, entende-se que as exigências de qualificação econômico-financeiras estão alinhadas com o princípio da competitividade, sem ocasionar qualquer prejuízo à segurança da contratação, haja vista o desenho do edital e das demais exigências, como se passa a examinar na sequência.

Qualificação Técnica

Aspecto que desperta exame mais aprofundado refere-se à exigência de qualificação técnica prevista na cláusula 22.11.1 que, escapando do modelo tradicional, prevê que os licitantes deverão apresentar “*atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado ou contrato de financiamento devidamente celebrado que comprove que a licitante ou sua afiliada tenha captado recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor: a-) R\$ 1.589.000.000,00 (um bilhão, quinhentos e oitenta e nove milhões de reais), para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, para participação no Bloco 4; b-) R\$ 1.066.000.000,00 (um bilhão, sessenta e seis milhões de reais), para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, para participação no Bloco 1; c-) R\$ 702.000.000,00 (setecentos e dois milhões de reais), para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, para participação no Bloco 3; d-) R\$ 651.000,00 (seiscentos e cinquenta e um milhões de reais), para cumprimento das obrigações financeiras assumidas, para participação no Bloco 2*”²³.

A justificativa apresentada pelas duas Notas Técnicas (BNDES e Escritório Vernalha, Guimarães & Pereira Advogados), bem como no Ofício SEDERRI/GAB SEI nº 482, que inaugura a presente consulta, centra-se no incremento da **competitividade** no certame, em especial em razão das alterações provocadas por ocasião da edição da Lei nº 14.026/20 (mais conhecida como novo marco legal do saneamento), que estabeleceram ambiciosas metas de eficiência e universalização.

Lembre-se que o artigo 11-B da Lei nº 11.445/2007, na redação determinada pela Lei nº 14.026/20 prevê que *os contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31.12.2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhorias nos processos de tratamento.*

²³ A Nota Técnica apresentada pelo BNDES justifica tais valores: “Em relação aos valores dos atestados exigidos em cada Bloco, o cálculo foi elaborado considerando um percentual do valor de investimento estimado para cada Bloco. Para os Blocos 1 e 4 foi considerado 10% do investimento estimado para esses Blocos, enquanto que para os Blocos 2 e 3 foi considerado 20% dos investimentos estimados nesses Blocos. Como os investimentos projetados para os Blocos 1 e 4 são muito elevados, comparativamente aos outros dois Blocos, foi proposto um percentual menor para estes Blocos – de 10%, para impedir que o valor de atestação ficasse demasiado elevado, o que poderia gerar alguma restrição à competitividade do certame. Estes valores respeitam a orientação do Tribunal de Contas da União de que os requisitos de habilitação não podem ser superiores a 50% do valor de referência.”

Para garantir metas tão ousadas, sustenta-se ser indispensável o aporte de vultosos investimentos privados, estimados, segundo o BNDES (nota técnica, p. 4), em montantes superiores a R\$ 30 bilhões de reais. **Assim, comprovar experiência em captação de recursos no setor da infraestrutura se apresenta como requisito indispensável para participar da licitação.**

Dá a escolha por um modelo de qualificação técnica centrado: **(i)** na comprovação da captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor (**cláusula 22.11.1** acima referida); e **(ii)** na demonstração de requisitos de capacidade técnico-profissional, com a apresentação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico, que comprove que a licitante ou sua afiliada possui, em seu quadro permanente, profissional de nível superior, que tenha experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários (**cláusula 22.11.2**).

Depreende-se que as exigências apresentam **dúplice função**: **(i)** atrair licitantes capazes de honrar com os investimentos a serem realizados; e **(ii)** garantir o conhecimento de operação similar. Os argumentos técnicos e jurídicos que embasam essa opção estão desenvolvidas na Nota Técnica (9169329) apresentada pelo consultor contratado pelo BNDES para a modelagem jurídica da concessão, bem como nos próprios esclarecimentos apresentados ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

Com base nos fundamentos da consulta e das Nota Técnicas mencionadas, **compreende-se juridicamente viável o modelo adotado.** Apresentam-se ao menos **03 (três) argumentos** que permitem concluir pela juridicidade das exigências de qualificação técnica.

O **primeiro argumento** talvez o mais relevante é **a concretização da competitividade**. O princípio da competitividade é elemento nuclear de toda e qualquer licitação²⁴. Aumentar o número de potenciais interessados é dever ínsito a qualquer gestor público responsável por modelar uma licitação, designadamente quando se trata de licitação no campo da infraestrutura. A competitividade é, em certa medida, vetor que instrumentaliza e torna viável concretizar outros princípios e valores constitucionais. Quanto maior a competição, maior a chance de viabilizar o atendimento dos **princípios da eficiência, da economicidade e do próprio atendimento ao interesse público primário**. Afinal, com maior competição, tende-se a obter melhores propostas, com menores preços.

Foi com fundamento no princípio da competitividade que o edital, conforme se vê da cláusula 13.2, admitiu expressamente a participação de **fundos de investimento, entidades de previdência complementar**, os **trusts** e **fundos de private equity**. O espectro da competição pode ser exponencialmente aumentado com a participação de outros *players* que podem, em grande escala, maximizar a disputa em evidente benefício ao interesse público primário.

Para viabilizar a participação de pessoas jurídicas com perfil de investidores, o edital não exigiu experiência prévia do licitante na prestação dos serviços de saneamento, substituindo-a pela experiência prévia na captação de recursos no setor da infraestrutura. Com isso, alterou-se o perfil da capacidade operacional. **A participação direta nas licitações públicas dos próprios financiadores e investidores da concessão** não é exatamente uma novidade no Direito da Infraestrutura. Veja-se, a propósito, a lição de Gabriel Farjardo²⁵:

Reconheceu-se, assim, que muito mais do que financiadores, os novos agentes (em especial fundos de investimento) poderiam verdadeiramente figurar como concessionários. A lógica, em si, encontra explicação óbvia: contratos de concessão são lastros jurídicos de projetos, em regra, de grande porte e com

²⁴ O Supremo Tribunal Federal destaca que a competitividade é princípio nuclear das licitações. V., e.g.: ADI 3670, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, j. 02/04/2007; AI 628383/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28/11/2011; ADI 3735, Rel. Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, j. 08/09/2016.

²⁵ FAJARDO, Gabriel. *A entrada de novos atores nas concessões de serviços públicos: a superação da racionalidade da Lei n° 8.666/93 e o caso ARTESP*. Belo Horizonte: Revista de Contratos Públicos, ano 9, n° 16, p. 55/71, set.2019/fev.2020

prazo alargado para amortização dos investimentos, que requerem do contratado capacidade gerencial, com o cumprimento dos deveres instituídos pelo regulador, e com o atendimento das demandas públicas, tendo em vista a prestação de serviço adequado, nos termos do art. 6º da Lei nº 8.987/95.

Assim é que, muito mais do que a capacidade operacional (sendo esta possível de ser encontrada no mercado com certa facilidade), reclama-se do concessionário verdadeiro traquejo governador, a ponto de saber escolher parceiros certos para as demandas de cada uma das frentes do serviço público concedido.

A identificação da possibilidade de assunção deste novo papel, contudo, por investidores poderia encontrar resistência na lógica de seleção dos concessionários, tendo em vista as habituais especificações editalícias para aferição da capacidade técnica, em especial.

Superar, portanto, este paradigma – ou por assim dizer, o *modus operandi* com que vinham sendo realizadas as fases de habilitação nas concessões de serviços públicos – se tornou um primeiro obstáculo a ser enfrentado na diversificação dos concessionários, diante do afastamento dos players tradicionais em decorrência da conjuntura político-econômica do Brasil nos últimos anos.

A **ampliação da competição** está em sintonia com a Lei nº 14.026/20 (novo marco legal de saneamento), que tem como um dos seus pilares o fomento a entrada de novos atores, abrindo-se ao máximo o setor para novos entrantes. É o que, aliás, determina expressamente o novo inciso XV do art. 2º da Lei nº 11.445/2007. Realmente, o legislador quer impulsionar o setor de saneamento, o que está se desdobrando na realização de licitações em todo o Brasil. Existe uma expectativa de que o setor de saneamento movimente cerca de R\$ 700.000.000.000 (setecentos bilhões de reais) nos próximos anos²⁶.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que o edital ao permitir a **participação de consórcios** (cláusula 23), admite que os licitantes com perfil de investidor pudessem se consorciar com as sociedades empresárias que atuam no setor, somando as suas experiências.

Essa é, de fato, uma possibilidade real. É bastante provável que diferentes expertises acabem por resultar na formação de consórcios, permitindo, a um só tempo, agregar a experiência financeira com a experiência técnica.

Contudo, caso mantida a exigência tradicional de capacidade operacional (com demonstração de experiência prévia no setor), os licitantes com perfil de investidores somente poderiam participar da licitação caso constituíssem consórcios com empresas que atuam no setor de saneamento, o que reduziria a competitividade de forma significativa, segundo o BNDES. No modelo desenhado, em tese, os operadores econômicos que atuam no setor de saneamento poderiam participar independentemente da formação de consórcios, ao passo que o mesmo não ocorreria com os licitantes com perfil de investidor, que ficariam na **dependência** da constituição de um consórcio para participar do certame.

Seria preciso incrementar a competição. Daí a modelagem prevista nos itens 22.11.1 e 22.11.2, que permitem que: (i) as empresas que atuam no setor de saneamento possam participar isoladamente; (ii) que os licitantes com perfil de investidor possam participar isoladamente; e (iii) que possam se formar os mais variados consórcios, inclusive entre empresas do setor de saneamento e licitantes com perfil de investidor.

²⁶ Conforme veiculado no portal de notícias do Ministério da Economia. Disponível em: <<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/junho/senado-federal-aprova-novo-marco-legal-dosaneamento-basico>>.

Trata-se de abertura que, além de incrementar a concorrência, atende o que se espera, minimamente, de empresas com condições de cumprir o objeto do contrato. Daí o **segundo argumento** a justificar a abertura, o qual se centra na compreensão de que essa exigência prevista na cláusula 22.11.1 é afeta à **qualificação técnica**. Trata-se de elemento que compõe a **capacidade técnico operacional e não a qualificação econômico-financeira**, como poderia parecer à primeira vista²⁷.

Como se sabe, a teor do disposto no artigo 30 da Lei nº 8.666/93, a qualificação técnica pode se dividir em **capacidade técnica operacional** e a **capacidade técnica profissional**. Enquanto a primeira busca perquirir a experiência dos potenciais licitantes para demonstrarem que possuem aptidão para executar o objeto, a segunda mira verificar a experiência individual do profissional que ficará com o encargo de ser o responsável técnico do projeto²⁸.

Pois bem. O edital cumpre ambas as exigências: a **capacidade técnico operacional** encontra fundamento na **cláusula 22.11.1** (experiência na captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor). A **capacidade técnico-profissional** está expressamente prevista na **cláusula 22.1.2** (atestado acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico em nome do responsável técnico, comprovando a experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários).

Alguma dúvida poderia surgir da compreensão acerca da **capacidade técnico operacional**. Afinal, poder-se-ia argumentar que o mais ortodoxo seria exigir que os licitantes apresentassem atestados demonstrando que já prestaram **serviços** semelhantes ao que está sendo exigido no edital. Em suma: poder-se-ia entender que a comprovação deveria estar vinculada à experiência da pessoa jurídica que já tenha prestado serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. O ponto será retomado adiante.

Por ora, destaque-se que a nota Técnica do BNDES é bastante elucidativa sobre o problema. Na verdade, o contrato que se almeja celebrar possui um componente relevante de engenharia financeira – talvez tão importante quanto a capacidade operacional (*engenharia em saneamento*). Nas palavras do BNDES:

É importante perceber que esta atividade, relativa à engenharia financeira necessária aos investimentos, reveste-se de características próprias, alheias aos contratos tradicionais da Lei 8.666/93, e que são de importância crucial para o sucesso da execução contratual.

Para executar fielmente um contrato de concessão (como o ora licitado, de abastecimento de água e esgotamento sanitário), não basta ao licitante conhecer os aspectos de engenharia e ter realizado obras no setor, mesmo que de grande vulto.

Ele deve possuir notório conhecimento de gestão financeira e planejamento de investimentos, o que lhe permitirá obter os recursos necessários junto ao mercado de

²⁷ O ponto é bem explicado na Nota Técnica apresentada pela consultoria contratada pelo BNDES (doc. SEI 9169329).

²⁸ Um dos subscritores do presente parecer já teve a oportunidade de anotar o seguinte: “Deverá também demonstrar a capacidade técnico-profissional, vale dizer, do profissional que será responsabilizado pelo objeto, demonstrando que possui em seu quadro permanente profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos (...). A capacidade operacional busca averiguar a aptidão dos licitantes para a execução do objeto, demonstrando que possuem experiência em serviços e obras semelhantes. É exigência voltada para pessoa jurídica. (...) O objetivo é verificar a experiência anterior do licitante na execução de objeto semelhante ao que se vai contratar, evitando que a Administração contrate com pessoas despidas dos conhecimentos técnicos necessários”. AMARAL GARCIA, Flávio. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2018. p. 235-237.

capitais e financiador.

Em contratos como o do presente caso, ao contrário dos contratos tradicionais da Lei n. 8.666/93, os recursos dos investimentos não serão públicos; serão “financiados por meio de aportes, ordinariamente sob a forma de participação acionária, dos investidores vencedores da licitação na SPE (capital próprio), e por meio de recursos de terceiros, obtidos, em regra, sob a forma de dívida (capital de terceiros), ou no mercado bancário comercial, e/ou nas agências de desenvolvimento (...), e/ou no mercado de capitais, por meio, por exemplo, da emissão de títulos, no mercado internacional ou local, como as debêntures, ou securitização de receitas futuras, por exemplo, como a montagem de FIDCs”, como leciona Mauricio Portugal Ribeiro no livro *Concessões e PPPs: Melhores Práticas em Licitações e Contratos*.³

As concessões e as PPPs transferem os ônus dos investimentos ao setor privado, ônus estes que são de tal monta que subvertem a lógica dos contratos administrativos tradicionais e, por tal razão, exigem uma atestação da experiência da licitante.

Em contratos tradicionais da Lei n. 8.666/93, com vigência limitada em 60 meses, as medições a cada etapa das obras de serviços técnicos geram imediatos e correspondentes pagamentos pelo Poder Público. Numa concessão, uma das tarefas mais complexas por parte do concessionário é justamente levantar o capital necessário para a execução do projeto, de forma a que os custos financeiros sejam adequadamente suportados pelas futuras receitas da operação, obtidas no curso da concessão, que é de longo prazo.

O sucesso de um projeto de PPP/concessão está, no mais das vezes, intimamente relacionado à capacidade do licitante de angariar recursos, próprios ou de terceiros, em volume suficiente para o cumprimento do contrato e, num momento seguinte, aplicar estes recursos na execução contratual. Trata-se de experiência não trivial, que envolve uma série de competências por parte de sua sociedade empresária. A realização de investimentos constitui o cerne de um contrato de concessão/PPP, tanto que o prazo de vigência do contrato deve ser compatível com a amortização desses (art. 5º, I, da Lei n. 11.079/2004).

A exigência de habilitação técnica, portanto, objetiva, justamente, aferir a realidade concreta da prestação dos serviços, atestando a sua complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior ao objeto licitado, nos termos do art. 30, II e § 3º, da Lei 8.666/93.”

A ideia é que se trace uma distinção clara entre **contratos de desembolso** e **contratos de investimentos**²⁹. Os **contratos de desembolso** são aqueles que reclamam o aporte de recursos

²⁹ Por todos, veja-se a lição de EGON BOCKMANN MOREIRA: “Mas quais seriam os contratos aptos a implementar obras de infraestrutura? Em termos simplistas, são de duas ordens: os de desembolso e os de investimento. Os primeiros dependem do orçamento público e geram uma relação em que o Estado define minuciosamente o que será feito, para depois licitar e contratar o particular para a execução. Exemplo marcante é o tradicional contrato de empreitada, regido pela Lei 8.666/1993 e, mais recentemente, também pelo Regime Diferenciado de Contratações – o RDC. Estes dependem da disponibilidade de receita pública (quem os paga é só o contribuinte). São contratos que envolvem obras de interesse público – o que, por si só, demonstra a necessidade de terem preservada a respectiva segurança jurídica. Já os contratos de investimento são aqueles que não dependem prioritariamente de verba pública, mas de aportes privados. O empreendedor angaria recursos (empréstimos com instituições financeiras ou acionistas) e banca o investimento. Depois, será remunerado pelo usuário, com ou sem a participação do Estado na contraprestação (ou em alguns dos investimentos iniciais). Estes são regidos pelas Leis 8.987/1995 (Lei Geral de Concessões, que regula as concessões comuns); 11.079/2004 (PPPs, que regula

orçamentários para a satisfação das necessidades coletivas. Via de regra, podem ser enquadrados como contratos de desembolso os contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 (obras, serviços e compras). Os **contratos de investimentos** são aqueles que viabilizam a concretização de interesses coletivos por meio de **recursos privados** aportados pelo operador econômico, que se remunera, a longo prazo, com o pagamento de tarifas arcadas pelos usuários. É, exatamente, o caso do contrato de concessão de serviço público regido pela Lei nº 8.987/95.

Pela racionalidade própria aos contratos de investimentos, pode ser necessário ou mesmo mais relevante para o atendimento do interesse público a efetiva comprovação da **experiência** técnica centrada na captação de recursos. O ponto é bem explicado pelo Escritório Vernalha Guimarães e Pereira Advogados na referida Nota Técnica (doc. SEI 9169329):

A concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos Municípios que compõem o presente projeto exige investimentos vultosos, cuja realização se apresenta como a parcela de maior relevância.

Necessário considerar que o objeto do futuro contrato demandará investimentos estimados em montantes superiores a R\$ 20 bilhões, cuja realização se dará no cronograma a ser fixado no contrato. Portanto, para que o objeto seja exequível e atinja as metas definidas legal e contratualmente é imprescindível que os futuros contratados tenham capacidade técnica para realizar os investimentos necessários sendo, portanto, imprescindível que tenha aptidão para captar os recursos financeiros suficientes.

Enfim, para bem cumprir as **ousadas metas de universalização** previstas no contrato de concessão, é indispensável que o futuro concessionário tenha condições de realizar investimentos com recursos próprios ou de terceiros, sem depender do ente público. Como atesta a Nota Técnica do BNDES:

“O contrato de concessão que decorrerá da licitação possui a obrigação de execução de vultosos investimentos nos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário (mais de R\$ 30 bilhões). Esta atividade somente será plenamente realizada pelo futuro concessionário caso ele consiga mobilizar uma grande soma de capital, seja por meio de recursos próprios ou mediante a captação de recursos de terceiros. Esta atividade é essencial para a fiel execução do contrato de concessão e, por isso, foi refletida numa exigência de atestação técnica respectiva.”

E, ainda, esclarecem a razão pela qual a modelagem do presente edital se distingue do recente Edital de Concorrência Pública nº 09/20, para concessão do abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana de Maceió:

Em relação ao Edital de Concorrência Pública nº 09/2020, para concessão do abastecimento de água e esgotamento sanitário da Região Metropolitana de

as concessões administrativas e as patrocinadas); 12.815/2013 (Lei Geral dos Portos, que regula as concessões, os arrendamentos e as autorizações portuárias) – dentre outras. Aqui, a racionalidade jurídico-econômica é significativamente diversa daquela da dos contratos de desembolso”. BOCKMANN MOREIRA, Egon. PPPMAIS - seis pontos-chave para dar início ao debate. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/artigo-pppmais-seis-pontos-chave-para-darin%C3%ADcio-ao-debate>>.

Maceió, cabem as seguintes comparações: o projeto de Alagoas tinha uma projeção de investimentos - CAPEX estimada em R\$ 2,5 bilhões, enquanto os maiores projetos do Estado do Rio de Janeiro, os Blocos 4 e 1, têm, respectivamente, um CAPEX estimado em R\$ 16 bilhões e R\$ 9 bilhões, números muito superiores aos identificados em Alagoas.

Assim, se fossemos utilizar a mesma métrica utilizada em Alagoas para os projetos do RJ, de exigência de atestação técnico-operacional, a tendência seria a de uma limitação exacerbada da competição, considerando o cenário atual dos operadores privados que atuam no setor do saneamento básico no Brasil. Para reforçar essa ideia, na tabela abaixo, constam os principais operadores, com a população respectivamente atendida e estimativas de valores por cada qual já investidos. Pela tabela, pode-se observar que nenhuma empresa tem investimento comprometido superior ao CAPEX do Bloco 4 e somente duas têm investimento total comprometido acima do CAPEX do Bloco 1.

A vinculação da exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura é, portanto, indispensável para o cumprimento das obrigações contratuais a serem assumidas, em estrita consonância com o disposto na parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição quando expressa que nas licitações públicas “somente serão permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” e com o próprio entendimento da Procuradoria Geral do Estado, como se vê da parte inicial do Enunciado 39:

As exigências de qualificação técnica têm por objetivo verificar, pela análise de sua experiência pretérita, se o licitante possui condições técnicas para executar a contento o objeto do certame, evitando que o Poder Público contrate com pessoas desqualificadas.

Tais exigências: (i) devem ser formuladas à luz do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, limitando-se àquelas que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo art. 30 da Lei nº 8.666/93; (ii) devem ser compatíveis com a complexidade do objeto licitado; (iii) exigem prévia motivação técnica quanto à sua necessidade, suficiência e pertinência dos parâmetros fixados, para não restringir a competitividade e assegurar a plena concorrência entre os participantes;

Enfim, sendo um **contrato de investimento**, não se ocupou a qualificação técnica apenas na experiência pretérita na prestação do serviço, mas na experiência própria a uma engenharia financeira complexa, sofisticada e, mais importante, indispensável para o cumprimento das desafiadoras metas de universalização, conforme os estudos que embasaram a modelagem.

Os licitantes deverão, por conseguinte, demonstrar que ostentam **experiência pretérita** em angariar recursos em volume suficiente para atender as metas de universalização previstas no contrato. Trata-se de demonstração de experiência no universo da engenharia financeira indispensável aos investimentos privados que serão alocados no projeto, conforme sugere o estudo das consultorias contratadas para realizar a modelagem.

E qual seria a razão para que essa exigência não estivesse prevista na qualificação econômico-financeira, já que, a partir de um olhar superficial, poderia guardar maior conexão lógica com esse item da fase de habilitação?

A **primeira razão** está em que se examina aqui **contrato de investimento** e não **contrato de desembolso**. A experiência técnica em engenharia financeira é, segundo o BNDES, tão ou mais relevante para o atendimento da concessão. Sem a demonstração de um histórico de captação de recursos no mercado, coloca-se em risco o objetivo primordial da concessão que é a materialização das metas de universalização, que permitirão que os serviços de água e esgotamento sanitário atendam a integralidade da população fluminense.

Se a **capacidade operacional** é a demonstração de experiência dos potenciais licitantes na comprovação de que possuem **aptidão para executar o objeto** e se **o objeto em um contrato de investimento tem como parcela de maior relevância a indispensável captação de recursos no mercado**, pode-se concluir que a cláusula 22.11.1 está topograficamente bem localizada e sistemicamente bem enquadrada no item da qualificação técnica. Atende-se, por esse meio, o requisito de capacidade operacional, como bem anotado na Nota Técnica do BNDES:

“Quanto à regularidade da exigência de comprovação de experiência na realização de captação de recursos, cumpre registrar que esta medida não se confunde com o critério de qualificação econômico-financeira, mas está relacionado à comprovação de que o licitante detém experiência com engenharia financeira, imprescindível para que o futuro concessionário tenha condições de realizar investimentos, com recursos próprios ou de terceiros, sem depender do Parceiro Público.”

A **segunda razão** é que a demonstração da experiência na qualificação econômico-financeira, nos exatos termos do artigo 31 da Lei nº 8.666/93, exige a demonstração dos seguintes requisitos, a depender de cada objeto: **(i)** balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social; **(ii)** certidão negativa de falência ou concordata (leia-se recuperação judicial); **(iii)** garantia de proposta; **(iv)** índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo das licitações; **(v)** capital social ou patrimônio líquido mínimo; e **(vi)** a relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira. Ora, não é essa lógica da exigência constante no item 22.11.1.

A qualificação econômico-financeira preocupa-se mais com a saúde financeira **interna e subjetiva** do licitante, com o fito de demonstrar que o licitante (enquanto pessoa jurídica apta a contrair direitos e obrigações), ostenta musculatura econômico-financeira para suportar os futuros encargos.

Por sua vez, a exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura, prevista na cláusula 22.11.1, é **externa** à pessoa jurídica e distinta dos aspectos econômico-financeiros de **índole estritamente subjetiva e internos** da sociedade empresária. Aqui não se espera que o licitante comprove a sua qualificação econômico-financeira *interna corporis*, mas uma **expertise em engenharia financeira** que é **externa, exterior a sua própria contabilidade**.

A fase de habilitação não é um fim em si mesma, mas um instrumento diretamente conectado ao objeto da licitação. Não se pode comparar ou prender-se à racionalidade dos contratos de desembolso quando se está a tratar de um contrato de investimento, que obedece a uma dinâmica econômica própria e peculiar.

A Lei nº 8.666/93 quando trata da capacidade operacional menciona experiência que demonstre **a aptidão para o cumprimento do objeto**, conferindo espaço mais do que suficiente para que o gestor, no exercício da sua competência discricionária, possa promover a compatibilização entre a exigência técnica e a natureza do objeto a ser licitado, como ocorre na presente hipótese.

Cabe acrescentar que as referidas Notas Técnicas, bem como os documentos que informaram a resposta ao Tribunal de Contas do Estado, relatam que essa forma de concepção da qualificação técnica

(centrada na comprovação de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura) não é inédita, encontrando precedentes, principalmente no Estado de São Paulo.

São mencionados, especificamente a **Concorrência n° 001/2013**, do Estado de São Paulo, que teve por objeto a concessão administrativa para a construção, fornecimento de equipamentos, manutenção e gestão dos serviços não assistenciais em três complexos hospitalares³⁰, a **Concorrência Internacional COHAB/SP n° 001/18**, cujo objeto é a concessão administrativa destinada à implantação de habitações de interesse social e mercado popular na cidade de São Paulo³¹, a **Concorrência Internacional n° 004/13**, voltada à concessão patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da Linha 6 – Laranja de Metrô³². Pode-se acrescentar, ainda, a **Concorrência Pública n° 01/19**, concessão do maior projeto de concessão de rodovia do país, envolvendo o lote Piracicaba-Panorama, modelada pela ARTESP, conforme se depreende da cláusula 13.29³³.

O **Tribunal de Contas do Estado de São Paulo** já reconheceu a juridicidade da exigência de qualificação técnica voltada para a comprovação de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura. Veja-se, e.g., trecho do Voto da Conselheira Cristiana de Castro Moraes, acolhido pelo Tribunal Pleno, em Sessão realizada no dia 06/05/2020:

(...). Começa-se a abordagem, entretanto, pelas críticas despidas de fundamento. Nessa categoria insere-se a reclamação contra a imposição de demonstração de que a licitante participou, estruturou ou tem acesso a recursos para a realização de investimentos³⁴, **a qual vem sendo aceita pela jurisprudência deste Tribunal, dada a envergadura financeira e as características de pretensões como a que ora se apresenta.**

Nesse sentido, confira-se excerto de interesse do julgamento dos **processos n.ºs TC-013614.989.16-8 e TC-013697.989.16-82**, que examinou exigência semelhante:

“(...) deixo de acolher o questionamento quanto à exigência de experiência anterior na captação recursos financeiros por meio de “Project ou Corporate Finance”, e, **a esse respeito, reporto-me ao quanto decidido pelo Plenário quando do julgamento das Representações 373.989.16-9 e 3402.989.16-4,**

³⁰ “12.11. Os Licitantes que desejem sagrarem-se vencedores do Lote 01 deverão apresentar: (i) Atestado que comprove a participação da Licitante na execução de empreendimento no qual tenha sido realizado investimento de, no mínimo, R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais), com recursos próprios ou de terceiros;”

³¹ “14.6.1. A qualificação técnica será comprovada, pelos seguintes documentos, apresentados pelo LICITANTE ou, em se tratando de CONSÓRCIO, por ao menos uma das pessoas jurídicas integrantes ou de suas AFILIADAS. (...) b) atestado(s) emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, comprovando que o LICITANTE tenha participado de empreendimento no qual tenha sido realizado investimento, com aplicação de recursos próprios ou de terceiros, de pelo menos: i. LOTE 1: R\$ 59.000.000,00 (cinquenta e nove milhões de reais); (...)”

³² “8.6.1 (...) b) Participação em empreendimento em que tenha sido realizado investimento de pelo menos R\$ 2.000.000.000,00 (dois bilhões de reais).”

³³ “13.29. Para fins de demonstração da sua qualificação técnica, a LICITANTE individual ou o CONSÓRCIO deverá comprovar aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da LICITAÇÃO, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, em nome da LICITANTE ou de profissional a ela vinculado, devidamente registrado(s) na entidade profissional competente, quando for o caso, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, ou por órgão de regulação e/ou de fiscalização, que comprove experiência, ao longo de no mínimo 12 (doze) meses, como responsável pela gestão/administração de ativo de infraestrutura, de valor mínimo do ativo de R\$ 260.000.000,00 (duzentos e sessenta milhões de reais), que tenha gerado receita operacional anual de, no mínimo, R\$ 113.000.000,00 (cento e treze milhões de reais).”

³⁴ 8.3.4. Atestado Técnico, Certidão ou Declaração em nome da LICITANTE, devidamente acompanhados de documentos suficientes a comprovar a veracidade e precisão das informações prestadas, que comprove que a LICITANTE participou, estruturou ou tem acesso a recursos, para empreendimentos, que exijam a realização de investimento, com recursos próprios ou de terceiros de, no mínimo, R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais), observadas as seguintes condições: (...)

em Sessão de 23/03/2016, que, acolhendo voto por mim proferido, **considerou a regra válida em vista da dimensão econômico-financeira do objeto e suas peculiaridades, circunstância em que se enquadra a presente contratação.**

Nos mesmos termos, trago à colação os julgamentos proferidos nos **processos 846.989.15-0, 914.989.15-7, 989.989.15-7, 1107.989.15-4 e 1114.989.15-5, sob relatoria do eminente Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, em Sessão Plenária de 24/06/2015, bem como no processo 4156.989.13-9, relatado pelo eminente Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho em Sessão Plenária de 05/02/2014**³⁵⁻³⁶ (grifou-se).

Como se vê, o edital ora examinado não está propondo nenhuma cláusula absolutamente inovadora, mas com **razoável experimentação em importantes concessões de serviços públicos no país**, a ratificar a premissa de que não se está, com a presente modelagem, se afastando das premissas jurídicas que orientam os processos de contratação pública no setor de infraestrutura.

O **terceiro argumento** consiste na premissa de que o edital não se descuro dos aspectos afetos à **segurança** da contratação e à **qualidade na prestação dos serviços**.

Se, de um lado, é fundamental o **incremento da competitividade**, de outro lado, é inegável que o Poder Concedente deve zelar para a **prestação de um serviço público adequado**, conforme determina expressamente o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95³⁷.

Não por outra razão que, ao longo da concepção do projeto, **a Procuradoria Geral do Estado sugeriu ao BNDES – nas reuniões havidas para aprimoramento do projeto – que seria indispensável a exigência de demonstração de capacidade técnico-profissional, que comprovasse a experiência do responsável técnico, o que foi acatado com a previsão expressa da cláusula 22.11.2**. Também as próprias contribuições obtidas por ocasião da realização da audiência e da consulta pública permitiram amadurecer a indispensabilidade da exigência de capacidade técnica³⁸.

Exige-se do licitante – mesmo daquele que ostente perfil de investidor – a demonstração de que possui em seu quadro permanente profissional de nível superior que tenha experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários. Tal comprovação será feita por meio de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico. Tem-se aqui a **capacidade técnico-profissional**.

³⁵ TC-009617.989.20-7, TC-009618.989.20-6 e TC- 009860.989.20-1. Relatora: Cristiana De Castro Moraes. Julgamento em: 06/05/2020.

³⁶ No mesmo sentido, **versando especificamente sobre concessão de serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário**, a decisão proferida pelo Plenário em 1º- 10-14, nos autos do **TC-3936.989.14-4**, Relator Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho: “(...) A instrução promovida pela D. Secretaria-Diretoria Geral identificou precedentes desta Casa que, em situações em que o objeto reúne complexidade e vulto diferenciados, tem-se admitido que a Administração atuasse com maior prudência e rigor na formulação dos requisitos de qualificação técnica. Na medida em que o objeto contempla a concessão de serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, com vigência de 30 anos, demandando investimentos de aproximadamente R\$ 345.000.000,00 (trezentos e quarenta e cinco milhões de reais), **compreensível o maior rigor em relação à comprovação de experiência anterior em captação de recursos financeiros**, mediante financiamento ou operação financeira estruturada, “Project Finance”. Não há dúvidas de que os elevados investimentos exigidos pela concessão tornam a comprovação da experiência anterior na captação de recursos de terceiros indispensável à aferição da qualificação das proponentes.

³⁷ § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95 encontra-se assim vazado: Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

³⁸ Conforme se constata, por exemplo, da ata da primeira audiência pública, realizada em 25 de junho de 2020, em que o tema foi destacado especialmente a partir da fl. 29. Disponível em: <http://www.rj.gov.br/consultapublica/documentos/ATA_AUD_PUB_25.06.20.pdf>

Alia-se, assim, a **dupla experiência** necessária para executar o objeto e atender a prestação de um serviço público adequado: **(i)** experiência na captação de recursos no mercado; **(ii)** experiência reconhecida de profissional com a operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários.

Lembre-se, de toda forma, que os mecanismos mais efetivos de assegurar a prestação de um serviço público não estão propriamente no edital, mas no **contrato de concessão**. Por isso assinale-se, ainda que brevemente, que mecanismos são esses.

O **primeiro mecanismo** consiste na obrigatoriedade de o licitante vencedor se constituir em Sociedade de Propósito Específico (SPE), cuja finalidade será prestar os serviços públicos objeto da presente concessão, a teor do disposto na cláusula 1.2.58 e 30.2.1, 30.2.2 e 30.2.3.

Independente da natureza da(s) pessoa(s) jurídica(s) que venha(m) a se sagrar vencedora da licitação (investidor ou operador), a constituição de uma sociedade de propósito específico cria uma vinculação indissolúvel com a execução do objeto. A empresa é constituída em razão do contrato de concessão e da sua operação, assumindo um conjunto de obrigações e encargos, conforme cláusula 25 do contrato de concessão, diretamente afetado ao resultado e aos fins da concessão. Mais: a SPE a ser constituída necessariamente deverá possuir em seus quadros pessoas com alargada experiência no setor. É o que denotam as regras das cláusulas 30.2.9 a 30.2.13. Esses profissionais podem garantir a qualidade esperada. A SPE deverá possuir um desenho institucional que garanta isso, independentemente do vencedor da licitação. Afinal, não se confundem as pessoas dos acionistas com a pessoa jurídica constituída para executar o objeto, permitindo a segregação de patrimônio e de riscos, tudo com vistas a assegurar a adequada prestação do serviço público.

O **segundo mecanismo** é a obrigação de o concessionário cumprir os **indicadores de desempenho** e as **metas de atendimento**, previstas no Anexo III do contrato de concessão.

Como se vê do Anexo III, o concessionário está sujeito aos seguintes **indicadores de desempenho**: **(i)** índice de cobertura urbano de água; **(ii)** índice de perdas na distribuição; **(iii)** índice de descontinuidade do abastecimento de água; **(iv)** índice de qualidade na água; **(v)** índice de cobertura urbana de esgoto; **(vi)** índice de não conformidade de tratamento de esgoto; **(vii)** índice de atendimento de áreas irregulares; **(viii)** índice de satisfação dos usuários; **(ix)** índice de eficiência para reparo de desobstrução na rede ou ramais de água; **(x)** índice de regularidade documental; **(xi)** índice de desempenho de coletor de tempo seco.

Além disso, constam das metas dos Indicadores IAA – índice de atendimento urbano de água e IAE – índice de atendimento urbano de esgoto, expressamente previstas nos Apêndices II, III, IV e V, para, respectivamente, os Blocos 1, 2, 3 e 4.

Como se verifica, o concessionário estará sujeito ao cumprimento de **metas objetivamente definidas**, sendo fiscalizado por meio de **indicadores de desempenho** que viabilizarão um controle concreto sobre os deveres de generalidade, continuidade, regularidade, segurança, eficiência e atualidade, densificando os princípios que compõem o conceito de serviço público adequado, no citado § 1º, do art. 6º da Lei nº 8.987/95.

Sendo o contrato de concessão um **contrato de performance**, a remuneração do concessionário encontra-se atrelada aos indicadores de desempenho que correspondem a indicadores de qualidade e de disponibilidade dos serviços prestados, criando a estrutura de incentivos necessária para a indução da qualidade e da eficiência na consecução do objeto.

Tais índices de desempenho e metas de atendimento estarão sob a permanente fiscalização da **AGENERSA** que contará com o apoio de um **Verificador Independente** (cláusula 26), ou seja, empresa especializada em aferir o cumprimento dos indicadores de desempenho pelo concessionário.

Observa-se, portanto, que o **incremento da competitividade vem acompanhado de intensa regulação contratual**, que condiciona a atuação do concessionário à padrões que asseguram a prestação de um serviço público eficiente.

O **terceiro mecanismo**, inerente a todo e qualquer contrato de concessão, concentra-se na cláusula 37, que, a partir dos mecanismos de fiscalização e gestão do contrato, autoriza o sancionamento da concessionária em razão de eventuais inadimplementos, podendo ser aplicada as penalidades de (i) advertência; (ii) multa; (iii) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública estadual enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação da Concessionária perante o Estado.

Como **medida mais drástica**, o Poder Concedente poderá decretar a **caducidade** do contrato de concessão, diante de eventual inexecução total ou parcial reiterada do contrato, a teor do disposto na cláusula 42 do contrato de concessão.

O **quarto mecanismo** garantidor da prestação de um serviço público adequado é a cláusula 18 do contrato de concessão, que disciplina os **contratos de seguros**. Além dos seguros exigíveis pela legislação aplicável, deverá o concessionário contratar (i) seguro de riscos de engenharia (cláusula 18.2); (ii) seguro de riscos operacionais de concessões (cláusula 18.3); (iii) seguro de responsabilidade civil geral (cláusula 18.5).

Constata-se, assim, que o concessionário deverá garantir **ampla cobertura securitária** que confira a necessária segurança para o Poder Concedente, preservando os aspectos mais nuclear e da concessão.

Enfim, as **salvaguardas mais expressivas e asseguradoras da prestação de um serviço público adequado estão no contrato de concessão**, a justificar que, sob o prisma da qualificação técnica, o edital de concorrência internacional não seja lido ou interpretado de forma estanque e isolada, mas de modo harmônico e coordenado com o contrato de concessão.

Independente da natureza da pessoa jurídica que venha a se sagrar vencedora do certame, existirão **salvaguardas jurídicas** consistentes no edital e no contrato de concessão, **conciliando, a um só tempo, competitividade e prestação de um serviço público adequado**.

Ademais, em reforço de tudo o que já foi dito, os documentos que instruem o presente processo administrativo (a Nota Técnica produzida pelo Escritório Vernalha Guimarães Pereira Advogados - (9169329) e a Nota Técnica do BNDES), expressam **que o setor de saneamento básico é um nicho de serviços maduros**, que, atualmente, conta com 178 contratos de concessão firmados, que abarcam mais de 280 Municípios Brasileiros e 30, 4 milhões de pessoas beneficiadas.

De mais a mais: segundo o BNDES, o setor não demanda conhecimentos de engenharia operacional com complexidade ao ponto de exigir experiência prévia da licitante. Isso pode ser garantido por outros mecanismos regulatórios mencionados acima, notadamente por meio da contratação de profissionais especializados no setor. Partindo-se de tal premissa, a qual envolve uma avaliação técnica do gestor, tem-se por viável a modelagem.

Assim, diante das justificativas apresentadas pelo BNDES, das características específicas da presente licitação (necessidade de captação elevada de recursos e metas ousadas de universalização, que a distinguem de outros modelos), bem como da própria existência de embasamento doutrinário e precedentes administrativos, **entende-se como juridicamente viável a modelagem apresentada, em especial em razão de privilegiar a competitividade sem se descurar da qualidade e da segurança da contratação**.

Existe aqui, repise-se, um importante espaço de avaliação administrativa quanto à conveniência e oportunidade desse modelo. Vale dizer: o âmbito é de **mérito administrativo**, de **discricionariedade própria do gestor** que, embasado **em estudos técnicos**, optou por um modelo que é juridicamente válido e adequado ao setor de infraestrutura.

Antes de encerrar esse ponto, deve-se registrar que aqui **não se aplica a lógica do Parecer nº 02/2020-GUB**, aprovado por meio do Visto nº 6/2020 – PGE/PG-17/ARCY, de 22 de abril de 2020, e

pelo Procurador Geral do Estado em 7 de maio de 2020. No referido parecer, indagou-se sobre a possibilidade, em certame para celebração de contrato de concessão para prestação de serviços públicos de saneamento básico, de se garantir a qualificação técnica por meio de subcontratações de empresas pela eventual vencedora da concorrência.

O Procurador Gustavo Binenbojm concluiu que: **(i)** a subcontratação deve ser realizada em caráter excepcional e referente à parcela do objeto contratado, quando não se mostrar viável a execução integral do objeto pela contratada; **(ii)** a subcontratação não deve contemplar atividades de maior relevância técnica exigidas na qualificação do procedimento licitatório; **(iii)** apenas o contratado tem o dever de comprovar requisitos de qualificação técnica, uma vez que é ele que se responsabiliza perante a Administração Pública; **(iv)** não pode ser realizada subcontratação de fração principal do objeto do contrato; e **(v)** operação de sistemas de saneamento é atividade correspondente à fração principal do objeto do contrato, constituindo requisito de qualificação necessário para a execução do objeto contratual.

Esse raciocínio, poderia se sustentar, conduziria à conclusão de que a modelagem ora examinada também teria problemas, porque não se exige, na qualificação técnica, experiência prévia em saneamento básico. O raciocínio não é correto. Na verdade, deve-se fazer um *distinguishing* entre a modelagem examinada pelo Procurador Gustavo Binenbojm e a hipótese ora objeto deste parecer. Os casos são diversos e merecem soluções distintas.

O referido **Parecer nº 02/2020-GUB** respondeu consulta sobre a possibilidade de comprovação de requisitos de qualificação técnica em saneamento básico por meio de pessoas jurídicas subcontratadas. A presente análise envolve dúvida sobre a viabilidade jurídica de a qualificação técnica limitar-se à demonstração da capacidade de realizar engenharia financeira, a qual seria o traço característico sobre o contrato, segundo as informações posteriormente prestadas, e uma avaliação técnica do gestor.

Vale dizer: o modelo proposto para a comprovação da qualificação técnica é outro, porque o desenho sugerido possui pressupostos diversos. **Eis o *distinguishing* fundamental.**

Diante do volume de informações trazidas pelo BNDES e os estudos que embasaram a modelagem contratual proposta, os contratos de concessão a serem celebrados são contratos de investimento, e não de desembolso. Por isso, torna-se relevante a experiência em uma engenharia financeira sofisticada, indispensável para o cumprimento das desafiadoras metas de universalização, conforme apontam os estudos que embasaram a modelagem, do que a experiência pretérita na prestação do serviço.

Ademais, segundo as novas informações trazidas, as quais envolvem juízo técnico, o setor de saneamento não demandaria conhecimentos de engenharia operacional com complexidade a ponto de exigir experiência prévia da licitante. **O imprescindível é, nessa toada, a engenharia financeira.**

Nada obstante, em linha com o já exposto, essa conclusão não torna a técnica da prestação do serviço irrelevante. Significa apenas que poderia ser garantida por outros mecanismos regulatórios mencionados acima. Inclusive, por meio da constituição de SPE com finalidade específica e pessoal qualificado para tanto. Como consignado, a cláusula 30.2.9 do contrato determina que caberá ao licitante vencedor indicar, por meio de declaração, o nome, dados pessoais, formação do(s) profissional(is) que será(ão) designado(s) como responsável(is) técnico(s) pela operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgoto, acompanhado da comprovação do vínculo entre o(s) profissional(is) e a SPE, de modo a confirmar a capacidade técnico-profissional prevista na cláusula 22.11.2.

A partir dessa previsão, dentre as outras destacadas anteriormente (como a fiscalização efetiva do cumprimento de metas e contratação de seguros), o edital demonstra preocupação com aspectos afetos à **segurança** da contratação e da **qualidade** na prestação dos serviços, ao passo em que reconhece que a qualificação em temas de engenharia financeira é fundamental. Diante desse cenário,

o gestor, em decisão pautada em juízo técnico e fundamentado, poderia validamente flexibilizar a demanda de experiência pretérita como requisito de qualificação técnica.

Ainda a qualificação técnica

Outras cláusulas da qualificação técnica merecem, ainda, breves comentários.

A cláusula 22.11.1.1 determina que se o licitante ofertar proposta para mais de um bloco deverá apresentar o atendimento da exigência do item 22.11.1 para cada um dos blocos. Veda-se a utilização do mesmo quantitativo para mais de um bloco. O mesmo se aplica caso a licitante esteja consorciada com outro grupo ou participando isoladamente, em bloco distinto.

A ideia é que o atestado que demonstra a captação de recursos previsto na cláusula 22.11.1 valha para cada bloco, não podendo o mesmo atestado ser utilizado em mais de um bloco. Apenas se o quantitativo for superior ao quantitativo mínimo requerido na habilitação do bloco é que o excedente poderá ser utilizado, conforme autoriza a cláusula 22.11.1.1.1.

A cláusula 22.11.1.2 admite o somatório dos quantitativos referentes a distintos empreendimentos, desde que, pelo menos, uma das captações seja correspondente a, no mínimo, 20% (vinte por cento) do valor estabelecido no item 22.11.1 para cada bloco, não sendo aceitos atestados menores do que R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

O **somatório dos quantitativos** para fins de atestação técnica tem sido admitido pelo Tribunal de Contas da União³⁹, a depender de cada hipótese concreta. De fato, saber se atestados distintos podem ser somados sem que isso resulte em prejuízo para a avaliação da capacidade técnica depende das especificidades de cada objeto. **Recomenda-se, portanto, seja justificado tecnicamente o cabimento do somatório dos quantitativos e em que medida a sua admissão resulta em benefício para a licitação e para a própria competição, sem que implique em comprometimento da segurança que se deseja obter na fase de habilitação**⁴⁰.

Admite-se, ainda, o somatório entre as licitantes no caso de consórcio, conforme previsto na cláusula 22.11.1.3. Note-se, entretanto, que a cláusula 22.11.1.3.2 prescreve que os casos em que a participação da licitante, ou de sua afiliada, for superior a 50% (cinquenta por cento) nas sociedades ou Consórcios responsáveis pelo empreendimento objeto da atestação, será considerado o valor total do atestado equivalente a 100% (cem por cento). **A parte final da cláusula apresenta redação confusa, não ficando claro o que se pretende efetivamente com a exigência. Sugere-se que seja justificado o objetivo, bem como aperfeiçoada a redação, a fim de que não parem dúvidas para os licitantes e também para a própria Comissão de Licitação.**

A cláusula 22.11.1.4 determina que os atestados devem informar o montante dos recursos captados e o empreendimento para o qual os recursos tenham sido direcionados. Cabe observar que a **cláusula 22.11.1** foi bastante genérica e admitiu a comprovação de captação para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor. **A referência ao setor de infraestrutura de modo genérico poderá causar alguma dúvida em relação aos atestados que serão apresentados, devendo ser avaliado se caberia alguma explicação do que se considera como infraestrutura (ex.: comunicações, energia, transportes, saneamento, portos, produção, distribuição ou refino de combustíveis).**

³⁹ O Tribunal de Contas da União vem admitindo “a comprovação de capacidade técnica seja feita mediante o somatório de atestados, sempre que não houver motivo para justificar a exigência de atestado único, em observância ao disposto no art. 30, §§ 1º, 3º e 5º, da Lei nº 8.666/93” (Acórdãos 1.231/2012, 1.237/2008, 2.150/2008 e 2.882/2008, do Plenário).

⁴⁰ Sobre o tema, um dos subscritores do presente opinamento já teve a oportunidade de aduzir: “Em alguns casos o somatório amplia a competição, e deve ser admitido. Mas, dependendo das características técnicas do objeto, o somatório não servirá para demonstrar a experiência e a capacidade do licitante, o que poderia colocar em risco a segurança da contratação. Assim, é no exame do caso concreto que se poderá averiguar a viabilidade, ou não, de admitir o somatório de quantitativos no edital. O fundamento é que, admitindo-se ou não, exista uma justificativa técnica no processo administrativo embasando a decisão”. AMARAL GARCIA, Flávio. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2018. p. 239.

A cláusula 22.1.2 – já comentada anteriormente – cuida da capacidade técnico-profissional, cabendo aos licitantes apresentarem atestado acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico – CAT, demonstrando experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários.

Segundo o artigo 30, § 1º, inciso I, da Lei nº 8.666/93, a **capacidade técnico-profissional** impõe a comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica **por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação**, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Sobre a cláusula 22.11.2 a Nota do BNDES esclarece:

Nos termos da legislação, a comprovação de capacidade técnica da licitante pode ser demonstrada, em regra, por meio de habilitação técnico-operacional e/ou de habilitação técnico-profissional. Assim, buscando conjugar (a) a ampliação da competição com (b) a maior segurança quanto à existência de experiência da licitante no setor de saneamento básico (nos termos recomendados pelo TCE-RJ), optou-se pela inclusão ao edital de um requisito de habilitação técnico-profissional, permitindo-se a caracterização dessa expertise por meio da comprovação de vínculo entre o licitante e um profissional que tenha anteriormente atuado na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários.

O item 22.11.2 do Edital apresenta a proposta desta habilitação técnico-profissional: 22.11. A qualificação técnica deverá ser comprovada mediante:

(...) 22.11.2. Atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico, que comprove que a LICITANTE ou sua AFILIADA possui, em seu quadro permanente, profissional de nível superior, que tenha experiência, no mínimo, na atuação em cargos executivos seniores equivalentes a (i) diretor operacional, ou (ii) superintendente operacional em sociedade empresária responsável pela operação de sistemas de distribuição de água e coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários, incluindo a prestação direta dos serviços para atendimento da população.

Note-se a cláusula 22.11.2 da minuta encaminhada para exame da Procuradoria Geral do Estado encontra redação diversa da que foi acima transcrita na Nota Técnica do BNDES, devendo prevalecer essa última. Explica-se: a experiência é exigida nos cargos de hierarquia mais elevada e relacionados ao gerenciamento da operação dos serviços, a saber, **diretor operacional** e **superintendente operacional**, fixando o edital elevados padrões de capacidade técnico-profissional.

No que se refere ao quadro permanente, a cláusulas 22.11.2.1 encontra-se alinhada com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁴¹, porquanto admite que o profissional esteja vinculado à licitante por relação de emprego, como administrador, por contrato de prestação de serviço ou por carta de intenção.

⁴¹ “O vínculo do profissional qualificado não precisa, portanto, ser necessariamente trabalhista ou societário. É suficiente a existência de um contrato de prestação de serviços, regido pela legislação civil comum” (TCU, Acórdão nº 1.842/2013-Plenário).

Note-se que a súmula nº 272 do Tribunal de Contas da União prescreve que “*no edital de licitação, é vedada a inclusão de exigências de habilitação e de quesitos de pontuação técnica para cujo atendimento os licitantes tenham de incorrer em custos que não sejam necessários anteriormente à celebração do contrato.*” Assim, parece possível compreender que a **carta de intenção** é um meio de exigir a qualificação técnico-profissional sem impor custos aos licitantes e, em última medida, fomentar a competitividade.

Lembre-se que a carta de intenções vem sendo exigida em licitações análogas⁴², o que reforça a premissa de que a *práxis* administrativa vem se consolidando pela sua aceitação.

Outro aspecto que merece esclarecimento é a ausência de delimitação da exigência às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, conforme determina o art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93. Não parece bastar a **qualificação subjetiva** da experiência do Diretor Operacional e do Superintendente Operacional, sendo necessário, para a segurança da contratação, evidenciar os requisitos que guardem **proporção** com o objeto e com o porte da licitação.

Em resumo, devem ser inseridos, também, os requisitos de qualificação objetiva, observado o disposto no art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/93 que é expresso quando exige experiência “por obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos”.

A comprovação da qualificação técnico-profissional, a teor do disposto na cláusula 22.11.2 do edital deverá ser viabilizada por meio de (i) atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado; (ii) acompanhados da CAT – Certidão de Acervo Técnico, que é documento comprobatório da aptidão do profissional em relação aos serviços executados e registrados em suas Anotações de Responsabilidade Técnica. Via de regra é exigência voltada a comprovação da capacidade técnico-profissional para obras e serviços de engenharia. **É preciso confirmar se os atestados que serão exigidos do Diretor Operacional e do Superintendente Operacional são experiências de obras e serviços de engenharia que podem justificar a emissão da CAT.**

A **cláusula 22.11.5** determina que, no caso de alterações societárias e nos casos de fusão, incorporação ou desmembramento, somente serão considerados os atestados em que, inequívoca e

⁴² **Concorrência Pública nº 01/2020**, cujo objeto é a concessão administrativa para a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário em 68 (sessenta e oito) municípios do Estado de Mato Grosso do Sul: “14.10. O atestado de que trata o item 14.9 somente será aceito se o profissional possuir vínculo com a Licitante nas seguintes modalidades: (...) 14.10.5. por **carta ou contrato de intenção**, com firma reconhecida, indicando que, em caso de êxito da Licitante na Licitação, o profissional assumirá obrigação de participar da prestação dos Serviços de Esgotamento Sanitário, conforme sua respectiva competência técnica, por uma das modalidades de vínculo descritas neste item.” (grifou-se).

Concessão administrativa para a ampliação, manutenção, operação do sistema de esgotamento sanitário e para a prestação de serviços de apoio à gestão comercial da CESAN no município de Cariacica, abrangendo, ainda, o tratamento de esgoto proveniente de bairros do município de Viana: “17.2.7 Comprovação da proponente individual ou da consorciada que comprovar a experiência indicada no item 15.4, de possuir, em seu quadro permanente profissional de nível superior, detentor de atestado de responsabilidade técnica, devidamente registrado(s) no CREA, que comprove ter o profissional executado serviços de saneamento básico com as características descritas no item 15.4.5.2, que possuam vínculo profissional nas seguintes modalidades: (...) d) Por **carta ou contrato de intenção**, com firma reconhecida, indicando que, em caso de êxito da LICITANTE na LICITAÇÃO, o profissional assumirá obrigação de prestar os serviços da Concessão, conforme sua respectiva competência técnica, por uma das modalidades de vínculo descritas nos subitens (i), (ii) e (v), deste item;” (grifou-se).

Concorrência internacional nº 01/2019 para a concessão da prestação dos serviços públicos de ampliação, operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do sistema rodoviário denominado lote piracicaba – panorama, modelada pela ARTESP: “13.38. A comprovação do vínculo ainda poderá se dar mediante **carta ou contrato de intenção** assinado entre a LICITANTE e o profissional qualificado, indicando que, em caso de a LICITANTE sagrar-se vencedora, assumirá a obrigação de participar da CONCESSÃO através de uma das formas de vínculo indicadas no item 13.37. No caso de subcontratação da atividade, a comprovação do vínculo, a ser apresentada por ocasião da assinatura do contrato, poderá se dar mediante carta ou contrato de intenção assinado entre a empresa subcontratada e o profissional qualificado, indicando que assumirá a obrigação de participar da CONCESSÃO através de uma das formas de vínculo indicadas no item 13.37, previamente ao início do investimento a que se refere a comprovação” (grifou-se).

documentalmente, se comprove a transferência definitiva do acervo técnico. **A exigência deve ser justificada já que, salvo melhor juízo, a capacidade técnico-profissional integra o acervo pessoal do responsável e não da pessoa jurídica. A princípio, essa cláusula faria sentido se a hipótese fosse de capacidade técnico-operacional.**

Regularidade Fiscal e Trabalhista

Os requisitos previstos na cláusula 22.12, a respeito da regularidade fiscal e trabalhista, foram elaborados em observância ao disposto no artigo 29 da Lei nº 8.666/93.

Em relação às cláusulas 22.12.3 e 22.12.4, recomenda-se explicitar qual a certidão que deve ser apresentada (ex: certidão perante as respectivas Dívidas Ativas, certidão específica de um tributo), a fim de garantir maior segurança jurídica para quem participa da licitação como para quem julga.

Na cláusula 22.12.7, que trata da certidão negativa de débitos trabalhistas – CNDT, **sugere-se que seja acrescido na parte final “nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT”**, adequando a redação ao disposto no inciso V do art. 29 da Lei nº 8.666/93.

Declarações

A cláusula 22.13 menciona os modelos de declaração que deverão ser apresentados pelos licitantes. **Sugere-se que a cláusula 22.12.1 seja destacada como item próprio da fase de habilitação**, adequando-se sistemicamente ao disposto no inciso V, do art. 27 da Lei nº 8.666/93, que trata da exigência do cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

Recomenda-se, ainda, seja avaliada a inclusão de modelo de declaração de pleno atendimento aos requisitos de habilitação, na exata medida em que se invertem as fases de habilitação e abertura de proposta comercial, conforme expressamente autoriza o inciso I do art. 18-A da Lei nº 8.987/95. Tal declaração revela maior comprometimento dos licitantes na verificação da documentação da habilitação.

2.4.4. Participação em consórcio

A disciplina dos consórcios está prevista no art. 278 da Lei 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) e consiste na possibilidade de diferentes sociedades celebrarem contrato para a execução de determinado empreendimento. No plano da contratação pública, o consórcio encontra-se disciplinado no artigo 33 da Lei nº 8.666/93 e no artigo 19 da Lei nº 8.987/95.

O primeiro ponto a destacar é que a participação ou vedação de consórcios nas licitações públicas é tema que não comporta uma solução generalista e que deve **obrigatoriamente ser objeto de motivação específica pelo gestor no processo administrativo. Tal motivação deverá ser apresentada à luz do objeto e das características de cada mercado**⁴³; afinal, a participação de consórcios tanto pode favorecer a concorrência como pode restringi-la. Na hipótese em exame, não obstante seja intuitivo que, pelo porte da licitação, a formação de consórcios seja promotora da concorrência, **recomenda-se a elaboração de justificativa específica**.

A cláusula 23.1 estabelece que cada consorciado deverá comprovar individualmente as suas condições de habilitação, salvo em relação às exigências de qualificação técnica, que poderão ser atendidas por qualquer das consorciadas. Entretanto, como dispõe a cláusula 22.11.1.3, também

⁴³ Nesse sentido foi a decisão proferida no Acórdão TCU nº 929/2017 que em plenário consignou a necessidade de apresentação das razões para admissão ou vedação à participação de consórcio, nos seguintes termos: “50. *Aquiesço à unidade técnica, também, quando considera que a ausência de análise e previsão sobre aceitação ou não de consórcios na licitação configura impropriedade que deve ser levada ao conhecimento da Caixa Econômica Federal. A jurisprudência dominante no TCU defende que, em nome da transparência administrativa e da motivação dos atos administrativos, sejam explicitadas as razões para a admissão ou vedação à participação de consórcio de empresas quando na contratação de objetos de maior vulto e complexidade*” (...). Na mesma linha, é a orientação da Procuradoria Geral do Estado por ocasião do Parecer nº 98/18 – FAG.

poderão ser admitidos os somatórios entre as licitantes consorciadas para a comprovação do subitem 22.11.1. Assim, poderão ser aceitos tanto a comprovação da qualificação técnica por apenas um dos integrantes do consórcio, como também o somatório das suas experiências.

Importante referir que a exigência dos documentos de habilitação está em linha de coerência com o disposto no artigo 33, inciso III, da Lei nº 8.666/93, com a apresentação dos documentos individualmente por parte de cada consorciado e admitindo, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciada. Não foi utilizada a faculdade de acrescer, na qualificação econômico-financeira, em 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, o que se explica pela circunstância das exigências econômicas-financeiras terem se restringido à certidão negativa de falência, recuperação judicial e extrajudicial.

A cláusula 23.2 explicita as condições para apresentação de instrumento de constituição de consórcio, estando alinhado com o disposto no artigo 33 da Lei nº 8.666/93 e art. 19 da Lei nº 8.987/95, com especial destaque para a declaração de responsabilidade solidária das consorciadas pelos atos praticados na licitação e pelo compromisso de constituírem Sociedade de Propósito Específico (SPE), conforme faculta o art. 20 da Lei nº 8.987/95.

Algumas **sugestões de acréscimos**, todavia, podem ser cogitadas.

O edital não estipulou um número mínimo ou máximo de participantes para constituição do Consórcio. Em princípio não há qualquer óbice quanto a isso, já que a regra é que o edital não invada a liberdade das sociedades de se associarem, sendo a restrição do número de componentes a exceção, que deverá estar amparada em motivação razoável⁴⁴. **Se, entretanto, a opção for por não limitar o número de consorciados, sugere-se a sua previsão em cláusula específica, deixando claro que não há limite mínimo ou máximo para a constituição do Consórcio.**

A cláusula 23.5 assevera que não será admitida a inclusão, a substituição, a retirada, a exclusão ou a alteração da participação de qualquer consorciada, desde a apresentação dos envelopes até a assinatura do CONTRATO. A *contrário sensu*, possível inferir que seria viável a alteração da composição ou constituição do CONSÓRCIO depois de assinado o contrato.

Sugere-se que essa possibilidade seja explicitada no edital, deixando claro que eventual modificação da composição societária após a assinatura do contrato dependerá de anuência prévia do Concedente, que avaliará se a alteração proposta não gera riscos para a execução do contrato.

Outro aspecto relevante a destacar é a **eventual constituição de consórcios formado apenas por licitantes estrangeiros**. O edital é omissivo sobre o tema. Lembre-se que a modalidade eleita é **concorrência internacional**.

Não parece razoável acolher a interpretação de que a participação de empresas estrangeiras por meio de consórcio tenha que, necessariamente, envolver uma empresa brasileira. Ora bem, se uma empresa estrangeira pode participar da licitação isoladamente, não haveria razão para restringir a formação de consórcios entre licitantes estrangeiros, exigindo, por via oblíqua, a participação de empresa brasileira. Assim, até como forma de fomentar a competição, **deve o edital admitir em cláusula específica o consórcio entre empresas estrangeiras**.

No caso de consórcio entre empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira, conforme preceitua a cláusula 23.4 e o próprio artigo 33, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

2.4.5. Participação de licitantes estrangeiras

⁴⁴ Cf. GARCIA, Flávio Amaral. Licitações e Contratos Administrativos: Casos e Polêmicas, 5ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2018. p. 184.

A disciplina constante do edital relativa à participação de empresas estrangeiras foi elaborada para ampliar e estimular a competição, não se vislumbrando a adoção de exigências que se apresentem restritivas, salvo aquelas condicionantes que decorrem de lei, como ocorre, por exemplo, com a liderança do consórcio quando constituído por empresa brasileira (§ 1º, do art. 33 da Lei nº 8.666/93) e a preferência às empresas brasileiras na hipótese de empate nas propostas comerciais (art. 3º, § 2º, da Lei nº 8.666/93, e art. 15, § 4º, da Lei nº 8.987/95).

A cláusula 24.2 estabelece que as licitantes estrangeiras poderão apresentar documentos de suas matrizes ou respectivas filiais que sejam equivalentes aos solicitados para habilitação de pessoas jurídicas brasileiras e que cumpram com os requisitos legais no país de constituição das licitantes. **Sugere-se apenas que seja feita referência explícita ao § 4º do art. 32 da Lei nº 8.666/93**, que exige autenticação pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativamente ou judicialmente (o que parece ter sido atendido na cláusula 24.1, a).

A cláusula 24.3, por sua vez, prescreve que em caso de inexistência de documentos equivalentes nos respectivos países de origem aptos ao atendimento das exigências previstas no edital, as licitantes estrangeiras deverão apresentar declaração assinalando tal circunstância.

Com vistas a ampliação da competição e na medida em que se trata de concorrência internacional, **sugere-se que a divulgação da licitação ocorra também no exterior, a fim de que potenciais empresas estrangeiras também possam ter conhecimento do certame e, eventualmente, acudir interesse em participar.**

2.5. Procedimento de análise e julgamento

2.5.1. Cronograma referencial da licitação

A cláusula 25 trata do cronograma referencial da licitação, sendo meramente indicativo dos eventos que se sucederão durante o desenvolvimento da licitação. Não há, por ora, nenhuma definição de datas, o que certamente será oportunamente preenchido quando definida a data do certame.

Como única observação, mencione-se os eventos 6 e 7, que fazem referência, respectivamente, ao termo final do prazo para **não-licitante** impugnar o edital e ao termo final do prazo para **licitante** impugnar o edital. A questão aqui é de terminologia. Será licitante aquele que, na data aprazada, participe efetivamente da licitação. Na fase de impugnação, não se sabe ainda quem é não-licitante e quem é licitante. **Sugere-se, portanto, adequação da nomenclatura utilizada.**

Reitere-se, ainda, a necessária justificativa acerca da garantia de proposta ser apartada em envelope próprio e aberta em momento anterior à proposta comercial e dos documentos de habilitação.

2.5.2. Sessão de abertura da licitação

A cláusula 26.1 estabelece que as licitantes deverão entregar, na sede da B3, o **Volume 1** (Garantia de proposta e documentos de credenciamento), o **Volume 2** (Proposta Comercial) e o **Volume 3** (Documentos de habilitação) para cada um dos blocos.

A cláusula 26.2 determina que na sessão de abertura serão rubricados pelos membros da Comissão de Licitação e pelos representantes das licitantes presente, ainda fechados, todos os invólucros dos volumes na seguinte sequência: Bloco 4, Bloco 1, Bloco 3 e Bloco 2. Caberá à Comissão de Licitação, segundo a cláusula 26.4, analisar a regularidade e efetividade das garantias de proposta apresentadas, **com apoio da B3**, decidindo a respeito da aptidão dos licitantes.

Não se vislumbra nenhum óbice jurídico a que a licitação se processe em ambiente disponibilizado pela B3 e com o seu apoio técnico. Várias licitações no setor de infraestrutura⁴⁵ tem utilizado a B3 para conduzir a sessão pública da licitação em conjunto com a Comissão de Licitação.

2.5.3. Abertura, exame e julgamento das propostas comerciais

A cláusula 27.1 determina, na data prevista, a abertura do Volume 2 (Proposta Comercial) das licitantes que tiveram as Garantias de propostas aceitas (Volume 1).

A cláusula 27.2 arrola algumas situações que acarretarão a desclassificação das propostas comerciais. **Sugere-se a inclusão, em cláusula específica, da necessária observância do princípio do formalismo moderado**, amplamente referido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal⁴⁶, do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷ e do próprio Tribunal de Contas da União⁴⁸.

A referência ao **princípio do formalismo moderado** tem por objetivo orientar a Comissão de Licitação a não ser excessivamente formalista, afastando, por exemplo, propostas em razão de simples rasuras ou mesmo ressalvas, conforme previsto nos itens 27.2.2 e 27.2.3.

Como visto anteriormente, o critério de julgamento será aquele que apresentar o maior valor de outorga fixo, a teor do disposto na cláusula 27.5. Classificadas as propostas comerciais e caso existam propostas com valor de até 20 % (vinte por cento), inclusive, menor ao valor proposto na proposta classificada em primeiro lugar, será processada etapa de lances viva-voz entre estas licitantes. **Trata-se de mais um mecanismo indutor de competição entre os licitantes.**

A introdução da fase de lances nas licitações para as concessões de serviços públicos encontra abrigo no artigo 18-A, I, da Lei 8.987/1995, não obstante a referida legislação não detalhe parâmetros e procedimentos da etapa de lances. Ao que tudo indica, o corte de 20% (vinte por cento) parece ter sido extraído do artigo 12, § 1º, II, da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas)⁴⁹, **o que deve ser devidamente esclarecido e justificado.**

⁴⁵ Como por exemplo: Concorrência internacional no 01/2017 para concessão onerosa da prestação do serviço público de transporte de passageiros da linha 15-prata da rede metroviária de São Paulo (cláusula 5.1); Concorrência internacional nº 01/2019 para a concessão da prestação dos serviços públicos de ampliação, operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do sistema rodoviário denominado lote piracicaba – panorama, modelada pela ARTESP (cláusula 9.4); EDITAL N.º 001/2019 para concessão administrativa voltada à execução de obras de infraestrutura em esgotamento sanitário, complementando a infraestrutura instalada e/ou as obras executadas pela CORSAN, em municípios incluídos na Região Metropolitana de Porto Alegre (cláusula 17.10) e Concorrência Pública nº 01/2020, cujo objeto é a concessão administrativa para a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário em 68 (sessenta e oito) municípios do Estado de Mato Grosso do Sul (cláusula 11.16).

⁴⁶ No julgamento do RMS 23.714-DF o STF assentou que: “Se a irregularidade praticada pela licitante vencedora, que não atendeu à formalidade prevista no edital licitatório, não lhe trouxe vantagem nem implicou prejuízo para os demais participantes, bem como se o vício apontado não interferiu no julgamento objetivo das propostas, não se vislumbrando ofensa aos demais princípios exigíveis na atuação da Administração Pública, correta é a adjudicação do objeto da licitação à licitante que ofereceu a proposta mais vantajosa, em prestígio do interesse público, escopo da atividade administrativa.” (STF, RMS 23.714-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 5.9.2000).

⁴⁷ V. STJ: RMS 12.517/RS, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/06/2002, DJ 23/09/2002, p. 224; RESP nº 512.179-PR, Rel. Min. Franciulli Netto, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2003; MS 12.896/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009.

⁴⁸ V. TCU. Acórdão 357/2015 - Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Julgamento: 04/03/2015. Na mesma linha de entendimento: TCU. Acórdão n.º 352/2010 - TC-029.610/2009-1, Rel. Min-Subst. Marcos Bemquerer Costa. Julgamento: 03.03.2010; TCU. Acórdão 2302/2012 - Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Julgamento: 29/08/2012 e TCU. Acórdão 1574/2015, TC 033.286/2014-0, Relator: Ministro Benjamin Zymler. Julgamento: 24.6.2015.

⁴⁹ Sobre o tema, veja-se o pertinente comentário de Lucas Navarro Prado e Maurício Portugal: “O inciso II visa a possibilitar a utilização de mecanismo que é amiúde utilizado em leilões de duas fases, para garantir a seriedade das propostas a serem realizadas na primeira fase do leilão. A previsão de uma segunda fase no leilão cria incentivo para que os preços ofertados na primeira não sejam os mais competitivos, de maneira que a competição restaria confinada à última fase do leilão. O mecanismo previsto no inciso II do § 1º do art. 12 tem por objetivo manter competitiva a primeira fase do leilão. Permite que se crie limiar para corte das piores propostas já na primeira fase. Tal limiar será definido pelo edital em um raio de até 20% da melhor proposta ofertada. Frise-se que o edital poderá, todavia, estabelecer raio menor de 20%, a depender das

Outro aspecto relevante refere-se à vedação aos lances intermediário, expressamente prevista na cláusula 27.7.1, a. **Lances intermediários** são, como regra, conceituados como sendo aqueles iguais ou inferiores ao maior já ofertado, mas superiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta,⁵⁰ conforme se extrai da redação do art. 17, §2o, I, da Lei no 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O escopo do instituto é permitir que os licitantes disputem determinada posição classificatória, na expectativa de eventuais inabilitações. **Sugere-se que conste na cláusula de definições o conceito do que se entende por lance intermediário na presente licitação, bem como a justificativa para a sua vedação na etapa de lances viva-voz.**

A cláusula 27.7.1 b prevê que deverá ser respeitado o valor mínimo de variação a ser definido pelo Diretor da Sessão, conforme decisão da Comissão de Licitação. Em nenhum momento, contudo, o edital faz menção ao Diretor da Sessão. **É preciso, se for o caso, que se explicite na cláusula de definições (cláusula 1) quem é o Diretor da Sessão, sendo necessário justificar a razão pela qual caberá a ele a relevantíssima missão de definir o valor mínimo de variação dos lances.**

A cláusula 27.7.2 fixou o tempo máximo entre os lances de 10 (dez) minutos, o que parece razoável para a formulação de novo preço.

A cláusula 27.10 admite que a licitante que ofertar o maior valor de outorga fixa ficará classificada em primeiro lugar e terá a prerrogativa de retirar sua proposta para os blocos subsequentes, se assim desejar. Tal previsão se coaduna com a cláusula 13.3, que expressa o entendimento de que as licitantes poderão concorrer a mais de um bloco do objeto da licitação, desde que apresentem os documentos exigidos para cada um dos blocos.

A cláusula 27.11 determina que, em caso de empate entre duas ou mais propostas comerciais, o critério de desempate será o atendimento às preferências estabelecidas nos incisos do § 2º, do art. 3º da Lei nº 8.666/93 e, mantendo-se o empate, por meio de sorteio, conforme preceitua o § 2º do art. 45 da Lei nº 8.666/93.

2.5.5. Abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação

Considerando o **sistema de pós habilitação**, serão examinados, de acordo com a cláusula 28.1, apenas os documentos de habilitação da licitante classificada em primeiro lugar. Na hipótese de descumprimento das exigências de habilitação da licitante classificada, a vencedora da concorrência será a licitante que, de acordo com a classificação, atenda as exigências, a teor do disposto na cláusula 28.3.

A cláusula 28.4 esclarece a possibilidade de aplicação do §3º do art. 48 da Lei nº 8.666/93, permitindo que todas as licitantes que forem inabilitadas ou desclassificadas apresentem novos documentos ou novas propostas no prazo de 08 (oito) dias úteis. A ideia aqui é o aproveitamento do certame, destacando que essa alternativa vale tanto para a fase de propostas comerciais como para a documentação de habilitação.

Questão que sempre desperta polêmica é saber se existe a possibilidade de conferir aos licitantes a chance de corrigir os vícios da documentação de habilitação ou de refazer a proposta comercial quando apenas um licitante estiver participando do certame. **Sugere-se que o edital explicita que é admissível a possibilidade de reapresentação quando apenas um licitante estiver participando, com o objetivo de reduzir ainda mais o risco de a licitação ser frustrada.**

características do mercado e do negócio a ir a leilão. É interessante notar que no Brasil existe experiência de aplicação de dispositivo dessa natureza nas licitações do setor de energia elétrica, realizadas pela ANEEL, nos quais o raio de corte era inicialmente de 10% da melhor proposta, e mais recentemente passou a ser de 5% da melhor proposta". PRADO, Lucas Navarro, e RIBEIRO, Mauricio Portugal. Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada – Fundamentos Econômico-Jurídicos. 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo. Malheiros Editores. 2007.

⁵⁰ Conforme se extrai da redação do art. 17, §2o, I, da Lei no 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratação)

2.5.4. Recursos

Quanto aos recursos, será adotada **fase recursal única**. Essa sistemática é compatível com a inversão de fases prevista no edital já que os licitantes não podem ser eliminados até a fase de habilitação, conforme o regime tradicional da Lei nº 8.666/1993.

Ressalte-se que será oportunizada a interposição de recurso em relação à todas as fases – sessão de abertura da licitação (cláusula 26); abertura, exame e julgamento das propostas comerciais (cláusula 27); abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação (cláusula 28), de maneira concentrada em uma única fase recursal.

Nos demais aspectos, considerando que a Lei nº 8.987/95 não disciplina a sistemática dos recursos, o edital faz referência ao artigo 109 da Lei nº 8.666/93.

Dois pontos, entretanto, merecem adequações.

A cláusula 29.6 determina que o recurso será dirigido à Comissão de Licitação, que poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir à autoridade competente. **Sucedede que não está claro no edital quem seria a autoridade competente para julgar o recurso, assim como carece o edital de cláusula específica tratando da homologação e adjudicação que, do mesmo modo, são atos que deverão ser praticados pela mesma autoridade competente que julgar os recursos. Sugere-se, portanto, a adequação do edital.**

Outro ponto que merece aperfeiçoamento diz respeito ao **efeito suspensivo do recurso administrativo**. O edital é silente, mas parece incidir na hipótese o regramento do § 2º do art. 109 da Lei nº 8.666/93, que atribui o efeito suspensivo quando o objeto do recurso for a inabilitação ou habilitação dos licitantes e julgamento das propostas comerciais. **Sugere-se, portanto, seja explicitado o efeito suspensivo do recurso administrativo em cláusula específica.**

2.6. Condições para formalização do contrato

2.6.1. Convocação para celebração do contrato

Os itens 30.1, 30.4 e 30.5, que versam sobre prazos para convocação e assinatura do CONTRATO, estão em consonância com o disposto no art. 64 da Lei no 8.666/93.

Assim, ao término do prazo de 60 (sessenta) dias da convocação, a licitante vencedora deverá apresentar ao Estado, **a teor da cláusula 30.2.1, os seguintes documentos relativos à constituição da Sociedade de Propósitos Específicos**: (i) certidão de registro empresarial competente; (ii) comprovante de inscrição perante o Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ/MF); (iii) estatuto social; (iv) acordo de acionistas ou documento similar, se houver; (v) na hipótese de licitante individual, a demonstração de ser a SPE uma subsidiária integral, na forma da Lei de Sociedade por Ações.

A **cláusula 30.2.2** descreve os elementos que devem integrar a estrutura acionária e de gestão da SPE contendo: (i) descrição dos tipos de ações; (ii) acionistas e suas respectivas participações por tipo de ação; (iii) indicação da composição acionária da SPE, conforme aplicável, e de suas controladoras, conforme definido na minuta do contrato; (iv) acordo de acionistas da SPE, quando aplicável; (v) identificação dos principais administradores, incluindo seus respectivos currículos; (vi) descritivo dos princípios de governança corporativa adotados na gestão da SPE; (vii) identificação das afiliadas, conforme definido na minuta do contrato.

Deve ser avaliado pelos responsáveis pela modelagem se valeria a pena cogitar da inclusão dos seguintes elementos: (i) descrição dos atos que deverão, necessariamente, ser objeto de prévia autorização do Poder Concedente; (ii) o exercício financeiro da concessionária coincidir com o ano civil; (iii) observância obrigatória do compromisso com princípios de governança

corporativa e com a adoção de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas; (iv) identificação das partes relacionadas.

O subitem 30.2.3 prevê os valores mínimos de subscrição e integralização do capital social da SPE para cada BLOCO, exigindo a sua comprovação. **Tais valores, entretanto, não estão motivados, razão pela qual recomenda-se a elaboração de justificativa que indique os fundamentos aplicados para a determinação de tais valores.**

Ainda no referido prazo de 60 (sessenta dias), deverá a licitante vencedora comprovar: **(i)** contratação da garantia de execução do contrato (cláusula 30.2.4); **(ii)** comprovação de recolhimento pela licitante vencedora do valor do ressarcimento devido ao BNDES (cláusula 30.2.5); **(iii)** comprovação de recolhimento, pela participante credenciada, representante da licitante vencedora, da remuneração devida à B3 (cláusula 30.2.6); **(iv)** comprovação de pagamento pela SPE do valor da outorga fixa, conforme estipulado na proposta comercial e observado o disposto no subitem 5.2 do edital.

O subitem 30.2.8 (que disciplina a escolha da Câmara Arbitral) está em consonância com o art. 10-A, § 1º, da Lei no 11.445/07, com redação pela Lei no 14.026/20⁵¹, com o art. 23-A da Lei 8.987/95⁵² e com o Decreto Estadual nº 46.245, de 19 de fevereiro de 2018, que regulamenta a adoção da arbitragem para dirimir os conflitos que envolvam o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades.

A opção do Estado do Rio de Janeiro foi no sentido de, promovendo a consensualidade, permitir que o contratado indique a instituição arbitral entre aquelas que foram previamente cadastradas pelo Estado do Rio de Janeiro. Constata-se que os órgãos arbitrais listados são precisamente aqueles já cadastrados junto à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, conforme o disposto no art. 14 do aludido Decreto⁵³ e na consulta ao próprio site da Procuradoria Geral do Estado⁵⁴.

A cláusula 30.2.9 determina, ainda, que caberá ao licitante vencedor indicar, por meio de declaração, o nome, dados pessoais, formação do(s) profissional(is) que será(ão) designado(s) como responsável(is) técnico(s) pela operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgoto, acompanhado da comprovação do vínculo entre o(s) profissional(is) e a SPE. **Trata-se aqui da confirmação da capacidade técnico-profissional prevista na cláusula 22.11.2.** Remete-se o leitor às anotações feitas acima sobre o ponto.

A cláusula 30.2.9.1 prevê que se o profissional for distinto daquele informado na fase de habilitação, deverá comprovar a experiência, por meio de atestados, que atendam a exigência da cláusula 22.11.2. **Entende-se que seria necessário justificar o motivo pelo qual a licitante vencedora substituiu o profissional.** Afinal, o normal e esperado é que o profissional responsável seja o mesmo que foi indicado na fase de habilitação.

Também a cláusula 30.2.9.2 admite a substituição do profissional durante a execução do contrato, **devendo ser acrescido à cláusula que essa substituição dependerá de prévia aprovação do Poder Concedente, que precisará, necessariamente, verificar a experiência do novo profissional indicado.**

⁵¹ Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) (...) § 1º Os contratos que envolvem a prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderão prever mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes do contrato ou a ele relacionadas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

⁵² Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996.

⁵³ Art. 14. O órgão arbitral institucional, nacional ou estrangeiro, deverá ser previamente cadastrado junto ao Estado do Rio de Janeiro e atender aos seguintes requisitos: (...)§ 1º - Caberá à Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro cadastrar os órgãos arbitrais institucionais, observados os requisitos previstos neste artigo

⁵⁴ Processo Nº E-14/0001.05871/2019 - CAESP; Processo Nº E-14/001.127822/2018 - CAM-CCBC; Processo Nº E-14-001.116116/2018 - CMBA; Processo Nº E-14/001.108954/2018 - FGV; Processo Nº E-14/001.100785/2018 - CAMARB.

A cláusula 30.2.10 admite que no caso da estrutura administrativa da SPE contemplar cargos distintos para direção das operações de sistemas de (i) distribuição de água; (ii) coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários, será permitido que as experiências a serem comprovadas se refiram apenas aos serviços efetivamente sob sua responsabilidade na SPE.

A destacar, ainda, a cláusula 30.6, que determina que o contrato será celebrado entre o Estado e a SPE, com a interveniência da Agência Reguladora.

2.6.2. Da concessionária

Os itens 31.1, 31.2 e 31.3 versam sobre a exigência de constituição de SPE, demonstrando que a opção foi pelo atendimento da faculdade prevista no art. 20 da Lei 8.987/95.

A cláusula 31.4 trata da forma como deverá ser exercido o controle efetivo da Concessionária, ou seja, pela sociedade ou grupo de sociedades vinculadas por acordo de votos que detiverem a titularidade de direitos de sócio que lhe assegure, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia e use efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia, conforme disposto no art. 116 da Lei n° 6.404/76.

A cláusula 31.5 prevê que a Concessionária assumirá a forma de sociedade anônima e deverá ter como único objeto a execução dos serviços e a exploração de fontes de receitas adicionais e atividades correlatas, de modo a viabilizar o seu cumprimento. A cláusula 31.6 prevê que o prazo de duração da empresa corresponde ao prazo previsto para o cumprimento de todas as obrigações previstas no contrato.

Tais estipulações estão alinhadas com a racionalidade de uma Sociedade de Propósitos Específicos, que deve ter por objeto e razão de existir a atividade que se prestou a executar.

2.6.3. Garantia de execução do contrato

A cláusula 17 disciplina acerca das garantias de execução do contrato de concessão em favor do Estado do Rio de Janeiro, com valores específicos para cada bloco. A cláusula encontra fundamento no artigo 56 da Lei n° 8.666/93.

Como se sabe, a teor do disposto no § 2° e § 3° do art. 56 da Lei n° 8.666/93, o percentual do valor de garantia não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, podendo, para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato. **Deve, portanto, ser justificado no processo administrativo o percentual de garantia que foi adotado, guardando coerência com a natureza e complexidade do objeto.**

A cláusula 32.2 apresenta as possibilidades de garantia de execução do contrato, remetendo às formas previstas no art. 56 da Lei no 8.666/93, a saber, (i) caução em dinheiro; (ii) caução em títulos da dívida pública; (iii) seguro-garantia; (iv) fiança bancária.

Importante referir que o tópico 32 do edital deve ser lido em conjunto com item 17 da minuta de contrato, que detalha questões atinentes à garantia de execução do contrato, tais como: valores das parcelas a serem pagas ao longo da sua execução, prazo de duração e renovação, índice de reajuste, hipóteses de utilização e casos de recomposição.

Verifica-se que a cláusula 17 da minuta de contrato é mais detalhada e completa quando disciplina a garantia da execução do contrato, não havendo nisso nenhum problema, porquanto a minuta de contrato é anexo do edital. **O que não pode ocorrer é a coexistência de cláusulas ou**

disciplinas contraditórias entre a minutas de edital e contrato, razão pela qual recomendasse seja feita uma apurada revisão nas minutas.

Nesta ordem de ideias, cabe apontar que a cláusula 32.2 do edital é equivalente à cláusula 17.6 do contrato, a cláusula 32.3 é equivalente à cláusula 17.8 do edital, a cláusula 32.4 é equivalente à cláusula 17.9 do contrato, a cláusula 32.5 é equivalente à cláusula 17.11 do contrato, a cláusula 32.6 é equivalente à cláusula 17.12 do contrato e a cláusula 32.8 é equivalente à cláusula 17.8. **Apenas a cláusula 32.7 apresenta redação distinta quando comparada com a cláusula 17.4, razão pela qual recomenda-se a uniformização da redação das cláusulas.**

2.6.4. Ressarcimento dos estudos vinculados à concessão

O tópico 33 é a materialização do disposto no art. 21 da Lei no 8.987/95⁵⁵. **Sugere-se que os valores a serem fixados no item 33.1 estejam justificados no processo administrativo, caso algum licitante venha a questionar como foram calculados os valores de ressarcimento para a realização dos estudos desenvolvidos pelo BNDES.**

2.7. Disposições finais

2.7.1. Comunicações

Não foram vislumbradas, em tese, observações nem óbices jurídicos quanto ao conteúdo deste tópico.

2.7.2 Contagem dos prazos

Não foram vislumbradas observações nem óbices jurídicos quanto ao conteúdo deste tópico, que está de acordo com o disposto no art. 110 da Lei no 8.666/93⁵⁶.

2.7.3 Disposições diversas

A cláusula 36.6 trata da eventual recusa da licitante vencedora em assinar o contrato e da possibilidade de convocação dos remanescentes em ordem de classificação. **Sugere-se que essa cláusula seja deslocada para o tópico 30, que trata da convocação para celebração do contrato.**

Sugere-se, ainda, a inclusão de cláusula que privilegie a competitividade, esclarecendo que “as normas disciplinadoras desta licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa, respeitada a igualdade de oportunidade entre as licitantes, desde que não comprometam o interesse público, a finalidade e a segurança da contratação.”

Expansão da área de concessão

O item 36.6 do Edital ainda prevê, de forma genérica, a possibilidade de extensão da área de concessão nos seguintes termos:

36.6. Durante a execução do CONTRATO a ÁREA DE CONCESSÃO poderá ser estendida, mediante a adesão de outros MUNICÍPIOS, conforme art. 8º-A

⁵⁵ Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

⁵⁶ Art. 110. Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário. Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.

da Lei n.º 11.445/2007, desde que haja viabilidade técnica, econômica e jurídica, observado o procedimento estabelecido no CONTRATO.

Admite-se aqui o ingresso de outros Municípios que, por ora, não aderiram ao projeto. A previsão é importante para resguardar futuras discussões acerca de violação do princípio da concorrência, encontrando fundamento no § 2º do artigo 6º, no artigo 18, inciso VII e no artigo 23, inciso V, da Lei n.º 8.987/95, que estabelecem expressamente a necessidade de previsão da expansão dos serviços.

Observe-se que alijar a possibilidade de outros Municípios ingressarem futuramente no contrato seria contrário ao atendimento do próprio interesse público na busca pela regionalização e escala na prestação dos serviços de saneamento. É praticamente certo que esse ingresso impactará o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e deverá ser objeto de processo específico de alteração do contrato, conforme prescreve a cláusula 33.2.2 da minuta de contrato⁵⁷.

Note-se, ainda, que a hipótese disciplinada na cláusula 36.6 é distinta daquela regulada na cláusula 36.7, que trata especificamente dos Municípios de Guapimirim e Niterói, Petrópolis, a concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 e de São João de Meriti, que vem sendo prestados por operadores privados em relações contratuais pré-existentes nas áreas urbanas da Região Metropolitana.

Conforme já registrado e consignado nos Pareceres n.º 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY (índice 9153202) e n.º 1A/2020 ARCY/PG-17, com a instituição da Região Metropolitana do Rio de Janeiro pela LCE n.º 184/2018, a titularidade dos serviços de saneamento básico nessas áreas que integram a região passa a ser da RMRJ. Logo os municípios metropolitanos não podem mais contratar o serviço individualmente; trata-se de incumbência da RMRJ.

Contudo, os Pareceres esclarecem que os contratos de concessão em curso celebrados antes do advento da LCE n.º 184/2018, entre municípios metropolitanos e concessionárias privadas, por serem atos jurídicos perfeitos, estão preservados até seu termo final ou outra causa extintiva, vedada a prorrogação a qualquer título, como regra. Assim, tais municípios⁵⁸, enquanto perdurarem tais contratos, ficam de fora das delegações dos serviços de saneamento básico promovidas pelo ERJ em nome da RMRJ.

Ato contínuo, perante o futuro encerramento dos contratos vigentes celebrados por municípios metropolitanos com outras delegatárias que não a CEDAE, foram especificadas **duas alternativas igualmente válidas**: (a) prever, desde logo, nas minutas de edital e demais negócios jurídicos coligados a serem celebrados no âmbito da gestão associada dos serviços a absorção desses municípios no decurso dos novos contratos metropolitanos; (b) a RMRJ licitar e conceder, posteriormente, de forma apartada, os serviços prestados nesses municípios.

O item 36.7. do Edital parece ter caminhado no sentido da opção (a), ao estabelecer que após o término das concessões dos serviços públicos de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário

⁵⁷ “33.2. O contrato poderá ser alterado, dentre outros motivos, para: (...) 33.2.2. incluir ou suprimir obras e serviços no objeto do CONTRATO, após decisão da REGIÃO METROPOLITANA ou dos MUNICÍPIOS, inclusive a partir da extensão da área de concessão do bloco para contemplar o atendimento de serviços de água e esgotamento sanitário **a municípios que oportunamente formalizem a respectiva gestão associada com o ESTADO para este fim**, desde que demonstre sua razoabilidade, proporcionalidade e economicidade, **sempre mantido o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO**, vedada a desnaturação de seu objeto.

⁵⁸ Os pareceres da PGE-RJ sobre o Projeto de Desestatização trataram do caso dos municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim que contrataram concessionárias privadas via licitação. Porém, as versões atuais das minutas a serem analisadas também excepcionaram do projeto outras concessões. É o caso da dos municípios de Macaé, Rio das Ostras e São João de Meriti e da Área de Planejamento n.º 5 (AP-5) do Município do Rio de Janeiro, cujos serviços foram concedidos a concessionárias privadas e do Município de Maricá, cujos serviços são prestados por empresa estatal do próprio município. A esses outros casos também se aplicam os entendimentos dos precedentes da PGE-RJ sobre os municípios de Niterói, Petrópolis e Guapimirim.

existentes em municípios da Região Metropolitana, será avaliada a inclusão dos referidos municípios no objeto do contrato de concessão. Veja-se:

36.7. As concessões dos serviços públicos de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário celebrados com operadores privados pré-existentes nas áreas urbanas da REGIÃO METROPOLITANA não serão prejudicadas, haja vista constituírem-se como ato jurídico perfeito.

36.7.1. Ao término de cada concessão, nos termos do item 36.7, o ESTADO, após manifestação prévia favorável da REGIÃO METROPOLITANA, poderá decidir pela inclusão dos referidos serviços públicos no objeto do CONTRATO DE CONCESSÃO, observado o procedimento estabelecido no CONTRATO.

36.7.2. As concessões dos serviços públicos de abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário celebrados com operadores privados pré-existentes nas áreas urbanas da REGIÃO METROPOLITANA serão incluídas, caso obedecidas as exigências do CONTRATO, nos seguintes BLOCOS:

a) As concessões plenas pré-existentes nos Municípios de Guapimirim e Niterói serão incluídas no BLOCO 1;

b) A concessão plena pré-existente no Município de Petrópolis será incluída no BLOCO 2;

c) A concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 será incluída no BLOCO 3; e

d) A concessão pré-existente do esgotamento sanitário de São João de Meriti será incluída no Bloco 4.23.3. A inabilitação ou desclassificação, conforme o caso, de qualquer consorciada acarretará, automaticamente, a inabilitação ou desclassificação do CONSÓRCIO e de cada uma das consorciadas, **ainda que também participantes como licitantes individuais.**

O edital segue a regulamentação da expansão da área de concessão no item 36.8. Confira:

36.8 A inclusão do(s) serviço(s) mencionados no subitens 36.6 e 36.7 no objeto do CONTRATO, terá como condições suspensivas (i) a ciência da CONCESSIONÁRIA a respeito da referida inclusão mediante notificação a ser efetuada pelo ESTADO; (ii) o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, caso demonstrado o desequilíbrio; e (iii) a definição de INDICADORES DE DESEMPENHO E METAS DE ATENDIMENTO em sinergia com o CONTRATO.

36.8.1 A inclusão de novo serviço deverá garantir ao MUNICÍPIO que teve seu serviço incluído, assim como à REGIÃO METROPOLITANA, em caso de serviços incluídos no âmbito desta, o mesmo percentual de OUTORGA VARIÁVEL já definida neste EDITAL para os demais MUNICÍPIOS e para a REGIÃO METROPOLITANA.

36.8.2 Caso o reequilíbrio econômico-financeiro previsto no subitem 36.8 demonstre que a inclusão do serviço gerou resultado positivo para a CONCESSIONÁRIA, este resultado será repassado ao ESTADO, aos MUNICÍPIOS e à REGIÃO METROPOLITANA a título de OUTORGA FIXA.

36.8.2.1. O pagamento da OUTORGA FIXA de que trata o subitem 36.8.2 deverá ser compartilhado entre ESTADO, MUNICÍPIOS e REGIÃO METROPOLITANA na mesma proporção definida pelo subitem 5.4.

Essa regulamentação parece seguir a sugestão formulada no Parecer nº 1A/2020 ARCY/PG-17, no sentido de que os municípios que já possuem contratos de concessão com sociedades empresárias em curso só podem se vincular ao presente complexo contratual por ocasião da extinção dos contratos de concessão municipais vigentes. Na oportunidade, bem como no Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17, recomendou-se a inclusão nominal de cada município que se encontra nessa situação, de modo a ser possível calcular os investimentos necessários com as novas inclusões – tanto a absorção futura deles às concessões, quanto a não absorção pode impactar o valor a ser apresentado pelos licitantes no momento das propostas.

Seguindo essa orientação, as minutas de Convênio de Cooperação elencaram todos os municípios metropolitanos que, inicialmente, ficarão de fora dos contratos metropolitanos e previram que, ao término dos contratos municipais em curso, a área será incorporada, conforme o contrato de gerenciamento. O Edital também trouxe, no item 36.7.2. essa previsão.

O ideal seria que avaliação pelo ingresso dos futuros Municípios **fosse objeto de decisão expressa e específica do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana antes da realização da licitação**, tudo com vistas a aumentar a segurança jurídica e permitir que os licitantes possam orientar as suas propostas com menor assimetria informacional. Note-se que a cláusula 36.7.1 posterga essa decisão para o momento de término dos contratos atuais dos referidos Municípios com os operadores privados, o que, insista-se, pode influenciar no valor de outorga a ser proposto pelos licitantes.

De modo a serem incorporadas balizas firmes para a formulação da proposta pela licitante, em complementação, recomenda-se seja incluída no Edital a previsão de término dessas concessões que estão em curso (ou seja, a partir de que momento a concessionária deverá acrescer esse local à prestação de seus serviços). Também se considera válida a inclusão, no anexo IV do Edital, que trata da divisão da área de concessão em blocos, menção aos potenciais municípios que integrarão esses blocos após o término das concessões vigentes, bem como a previsão da data estimada.

Ainda, nota-se que o item 36.7.1. estabelece que o Estado “poderá decidir pela inclusão dos referidos públicos” após “manifestação prévia favorável da Região Metropolitana”. Ocorre que o Estado, na qualidade de mandatário (conforme visto no Tópico II.1), não poderá ir de encontro à decisão de seu mandante (i.e., o titular do serviço).

Assim, **sugere-se que a minuta do dispositivo seja adaptada para que fique evidente que o Estado deverá seguir a decisão da Região Metropolitana. Além disso, em consonância com a recomendação formulada no Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY, é pertinente incluir a necessidade de ratificação de todos os titulares dos serviços.**

Diante disso, sugere-se a seguinte redação (*inclusões propostas em destaque*):

36.7.1. Ao término de cada concessão, nos termos do item 36.7, o ESTADO, após manifestação prévia favorável da REGIÃO METROPOLITANA e dos demais titulares do serviço, promoverá a inclusão dos referidos serviços públicos no objeto do CONTRATO DE CONCESSÃO, observado o procedimento estabelecido no CONTRATO.

Além disso, apesar da previsão genérica do item 36.6, destaca-se que a regulamentação tal como posta no Edital parece abarcar a possibilidade de extensão da área de concessão apenas aos municípios

metropolitanos, excluindo eventuais municípios que não fazem parte da Região Metropolitana, mas que, após o término dos seus respectivos contratos de concessão, poderiam ter o interesse de aderir aos presentes instrumentos. Diante disso, é válida análise do tema pelo setor técnico e, se for o caso, alterar a redação da minuta.

3. Análise dos anexos II (Modelo de cartas e declarações), III (Modelo de proposta Comercial) e IV (Área de concessão) do Edital de Concorrência Internacional do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto

A seguir, serão analisados aspectos relativos aos anexos II, III e IV do Edital.

3.1. Anexo II: Modelo de cartas e declarações

O anexo II do Edital cuida dos modelos de cartas e declarações. A parte “D” destina-se a apresentar quatro modelos de cartas de apresentação de garantia de proposta, subdivididos da seguinte forma:

1. Carta de apresentação da garantia de proposta na modalidade caução em dinheiro;
2. Carta de apresentação da garantia de proposta da licitante na modalidade caução em títulos da dívida pública;
3. Carta de apresentação de garantia de proposta da licitante na modalidade fiança bancária;
4. Carta de apresentação de garantia de proposta da licitante na modalidade seguro garantia.

Os dois primeiros modelos indicados (caução em dinheiro e caução em títulos da vida pública) consistem na apresentação de garantia que não depende da intervenção de terceiros. Em outras palavras, cabe ao próprio licitante apresentar o comprovante de depósito por ele realizado, bem como dos documentos representativos da transferência dos títulos públicos em garantia para o Estado do Rio de Janeiro que também foi por ele realizada.

Quanto ao segundo modelo, cabe realizar pequena ressalva. Mais uma vez, com o fim de evitar qualquer dúvida acerca da natureza jurídica que o Estado assume nesse Edital (tópico II.1.1.), **é recomendável que, após a menção da transferência dos títulos para o Estado, seja acrescido “na qualidade de representante dos titulares dos serviços”.**

O terceiro (garantia de proposta na modalidade fiança bancária) e o quarto (garantia de proposta na modalidade seguro garantia) modelos, por outro lado, envolvem apresentação de garantias que incluem assunção de obrigações por terceiros.

O terceiro modelo, a ser usado em caso de apresentação de garantia por meio de carta de fiança bancária, envolve a assunção de obrigações pelo Banco fiador. Ocorre que os contratos, via de regra, à luz do princípio da relatividade, apenas vinculam as partes contratantes. Assim, como regra, não é cogente a obrigação que duas pessoas pactuam acerca de terceiro estranho ao acordo firmado. **Nesse sentido, para fins de segurança jurídica de que as obrigações ali descritas sejam eficazes e vinculem o Banco fiador, é pertinente que este modelo também preveja a sua assinatura.**

A título exemplificativo, os modelos de carta de fiança bancária da Prefeitura de São Paulo⁵⁹ e do Estado do Ceará⁶⁰ reservam espaço de assinatura da instituição financeira. De igual modo, os

⁵⁹

Disponível

em:

https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/minuta_carta_de_fianca_garantia_execucao_contratual_1256766594.pdf. Acesso em 18.10.2020.

⁶⁰ Disponível em: https://www.esporte.ce.gov.br/wp-content/uploads/sites/18/2018/12/Anexo-11_Garantia-deexecu%C3%A7%C3%A3o-contratual.pdf. Acesso em 18.10.2020.

modelos de carta de fiança bancária anexos ao edital de concorrência internacional para a concessão das linhas 8 e 9 do metrô de São Paulo também indicam a necessidade de assinatura da instituição financeira⁶¹.

Paralelamente, **o mesmo raciocínio deve ser aplicado ao quarto modelo, que se refere à modalidade seguro garantia**. Nesse caso, a seguradora também assume compromissos e, portanto, deve fazer parte do negócio jurídico. Para ilustrar, os modelos de carta de seguro-garantia da ANATEL⁶² e da ANP⁶³ indicam a necessidade de assinatura da seguradora.

3.2. Anexo III: Modelo de proposta comercial

Em relação ao modelo de proposta comercial (anexo III), apenas destaca-se questão já realizada no tópico II.2 deste Parecer. É preciso compatibilizar a previsão do item 3.1 deste anexo com o previsto no Edital. Enquanto o Edital não apresenta o valor a ser pago para a AGERNERSA pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização do contrato, a proposta comercial apresenta tal valor. **Assim, é preciso que o Edital também regulamente esse ponto, apresentando previsão do pagamento da taxa devida à agência reguladora.**

Em seguida, mesma observação é realizada quanto aos itens 3.2 e 3.3. Apesar de a proposta comercial apresentar o valor da outorga variável, o edital não apresenta tal valor, sendo necessário, portanto, adaptação da minuta editalícia. Além disso, destaca-se que o valor indicado no item 3.2 em números é 3% e o valor por extenso está um por cento. Seguindo as regras previstas no item 21.5, havendo divergência entre os valores numéricos e seus respectivos extensos, deve prevalecer o número por extenso. Todavia, é preciso que o setor técnico verifique e ajuste tal ponto.

3.3. Anexo IV: Área de concessão

O anexo IV, destinado a indicar as áreas da concessão, apresenta quadros com os Municípios integrantes de cada bloco. Além disso, informa que “no ANEXO IV ao CONTRATO – CADERNO DE ENCARGOS constam mapas com a divisão exata entre as fronteiras dos BLOCOS, no município do Rio de Janeiro e em outras localidades em que a CEDAE será a responsável pelo fornecimento de água tratada para as CONCESSIONÁRIAS”. Diante disso, eventual análise quanto à divisão dos blocos será realizada junto à análise do Contrato.

4. Esclarecimentos adicionais acerca da legislação aplicável

Esse capítulo se destinará a analisar a minuta do edital em relação aos aspectos obrigatórios exigidos pela legislação aplicável, focando em apresentar outras exigências legais que não foram atendidas.

4.1. Lei nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões – LGC)

O **artigo 5º** da LGC prevê que “*o poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto,*

⁶¹ Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=29764>. Acesso em 18.10.2020.

⁶² Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documentoVersionado.asp?numeroPublicacao=316115&documentoPath=316115.pdf&Pub=&URL=/Portal/verificaDocumentos/documento.asp>. Acesso em 18.10.2020.

⁶³ Disponível em: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round7/arquivos_r7/edital/ANEXOS_A/ANEXO_VII.doc. Acesso em 18.10.2020.

área e prazo”. Apesar de o preâmbulo consignar outras formalidades prévias ao procedimento licitatório, tais como as audiências e consultas públicas, deixou de fazer menção a essa publicação. **Assim, recomenda-se seja incluída no preâmbulo, bem como elaborada e publicada, previamente ao edital, a justificativa referida no artigo 5º.**

Nos termos do **artigo 16**, essa mesma publicação prevista no artigo 5º deve justificar a inviabilidade técnica ou econômica que torna a outorga de concessão em caráter de exclusividade. Nesse caso, apesar de a concessão se dar em caráter de exclusividade, parece não haver publicação da justificativa. Assim, sugere-se seja apresentada a justificativa pelo setor técnico, bem como seja mencionada no preâmbulo.

Ainda, o item 5. do Edital prevê o critério de julgamento, seguindo o **artigo 15**, inciso II, Lei nº 8.987/95. No parágrafo terceiro deste mesmo artigo, a legislação prevê que “*o poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação*”. Apesar de a previsão ser legal e, portanto, cogente a esse procedimento licitatório, recomenda-se seja incluída no Edital, apenas para evidenciar essa possibilidade de recusa da proposta.

Em seguida, também realizando a mesma ressalva de que a previsão já está em lei e, portanto, é dispensável ao Edital, sugere-se a inclusão do **artigo 17** no Edital, por também estabelecer hipóteses em que a proposta será desclassificada. Além disso, o **artigo 18** estabelece itens que devem preferencialmente do Edital. Veja-se:

Art. 18. O **edital de licitação** será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e **conterá, especialmente:**

I - o objeto, metas e prazo da concessão;

II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;

III - os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato;

IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas;

V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal;

VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados;

VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta;

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa;

XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio;

XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto

básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;

XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

Alguns desses itens não foram localizados na minuta do Edital. **Nada obstante, constam do contrato de concessão.** É o caso do prazo de vigência (cláusula 7 do contrato), das metas (anexo III do Contrato – Indicadores de desempenho e metas de atendimento), da previsão de receitas alternativas (cláusulas 27.11, 27.13, 27.15.2 e 34.9.12), do reajuste das tarifas (cláusula 28 do contrato) e da previsão quanto a desapropriações e servidões administrativas (cláusula 22 do contrato).

Considerando que o contrato é parte integrante do Edital (Anexo I), tem-se por atendidos esses pontos. Apesar de ser recomendável que o Edital preveja textualmente as especificações deste artigo 18 no seu documento principal, exigência nesse sentido configuraria formalismo excessivo e geraria repetição de itens que já estão no contrato. Há outras cláusulas, porém, que não constam do edital ou do contrato e, por isso, é recomendável que sejam incluídas.

Apesar da previsão do item 21.1. do Edital, bem como da previsão de visita técnica constante no item 15, o Edital parece não estabelecer o “*prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas*”, de modo a respeitar o inciso IV.

O Edital estabelece a possibilidade de expansão da área de concessão no item 36.6. e 36.7. Todavia, não segue a recomendação do inciso VII de especificar “*os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço*”. Por isso, disposição nesse sentido deve ser incluída no Edital.

Em relação ao inciso XIII, apesar de o Edital trazer a indicação de líder do consórcio no item 23.2.4., não indica as condições de liderança da empresa responsável.

Os incisos XV e XVI parecem não se aplicar a esse caso concreto.

Dando continuidade à análise dos demais artigos previstos nessa Lei, o **artigo 19** trata das hipóteses em que é permitida a participação de empresas em consórcio. Recomenda-se a inclusão no item 23 do Edital de previsões análogas aos parágrafos primeiro e segundo desse dispositivo, apenas com a finalidade de não deixar dúvidas quanto à necessidade de constituição e registro do consórcio, tampouco quanto ao regime de responsabilidade.

Por fim, também é interessante incluir no Edital previsão análoga ao **artigo 22**, especialmente para esclarecer a forma como o direito de obter certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões poderá ser exercido.

4.2. Lei Estadual nº 4.556/2005

A Lei Estadual nº 4.556/2005, na medida em que disciplina acerca das competências da AGENERSA, entidade estadual responsável pela regulação do serviço, é aplicável ao presente caso, sendo, portanto, irrelevante, para esse fim, o fato de o Estado não ser o Poder Concedente.

Partindo-se dessa premissa, o Edital não apresenta o valor a ser pago para a AGENERSA pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização do contrato, nos termos do que prevê o artigo 19. Apesar da lacuna no Edital, a proposta comercial (Anexo III) contém essa previsão no item 3.1. Diante desse cenário, apesar de a legislação prever o pagamento da taxa, mas sem determinar a inclusão obrigatória no edital, **é recomendável que seja incluído item no Edital regulamentando o tema, até para compatibilizar e contextualizar a previsão da proposta comercial.**

5. Sugestões quanto a aspectos formais e de edição

Sugere-se uma revisão formal, geral.

6. Encerramento.

Ante o exposto, conclui-se que, modo geral, as minutas do edital de concorrência internacional do projeto de desestatização de águas e esgoto e respectivos anexos, objeto de análise deste parecer, são viáveis juridicamente. Todavia, é preciso fazer ajustes, **conforme indicados ao longo deste parecer e na sua fundamentação**. Os mais importantes (dentre os quais há também recomendações, a serem avaliadas pelo gestor consoante sua conveniência e oportunidade) são sumariados abaixo:

1. Preâmbulo e disposições iniciais:

1.4 Quanto à qualificação do Estado:

- 1.1.1. Conforme o entendimento firmado pelo STF na ADI nº 1.842/RJ, a competência para prestação de serviços públicos de saneamento básico nunca será exclusiva do Estado. Segundo o STF, tal competência é, em princípio, atribuída pela Constituição Federal aos Municípios, mas pode, por aglutinação, pertencer a uma região metropolitana, caso essa seja criada, eventualmente, por lei complementar estadual, na forma do art. 25, §3º da CRFB.
- 1.1.2. Com o advento da LCE nº 184/2018, a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro assumiu a titularidade dos serviços de saneamento básico. Os Municípios não metropolitanos, por sua vez, continuam com a titularidade desses serviços.
- 1.1.3. Na modelagem jurídica proposta pelo projeto de desestatização dos serviços de saneamento básico, haveria delegação ao ERJ, pelos titulares dos serviços, das funções administrativas de organização e promoção da licitação dos serviços de saneamento básico e da celebração, em nome dos titulares, dos contratos de delegação dos serviços e outros coligados, com o objetivo de contornar custos de transação.
- 1.1.4. No Parecer nº 09/2019 ARCY/PGE-17 se concluiu pela viabilidade jurídica em abstrato desse modelo, sugerindo, no entanto, que os próprios titulares figurem como signatários dos contratos, e não o ERJ, que teria seu papel limitado a de um mandatário sem poderes de representação, responsável apenas pela organização e promoção da licitação dos serviços. Nesse sentido, até para que se deixe clara a titularidade dos envolvidos, entendeu-se dever figurar como poder concedente na minuta de edital de licitação e nos contratos de concessão a Região Metropolitana, bem como cada um dos Municípios que não integram a região.
- 1.1.5. Assim, o Estado exerce o papel de mero representante dos titulares do serviço, organizando e gerenciando a prestação do serviço.
- 1.1.6. A fim de evitar questionamentos jurídicos quanto à usurpação de competências exclusivas do poder concedente dos serviços e manter a segurança jurídica quando da aplicação do edital, recomendou-se, **em primeiro lugar, fazer constar uma cláusula geral que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indicam, apenas, como regra, como mero representante dos titulares dos serviços, em linha com os instrumentos de gestão associada**. Isto é: o Estado é um *delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual*, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.
- 1.1.7. Não obstante, de modo a que se confira maior segurança jurídica, **recomenda-se que algumas cláusulas mais sensíveis do edital, ao mencionarem o Estado, acrescentem**

ressalva do seu papel de representante dos titulares dos serviços. O objetivo é incrementar a segurança jurídica.

- 1.1.8. Quanto ao ponto, foram sugeridas alterações no parágrafo inicial do preâmbulo; e nos itens 1.2.7, 1.2.21, 1.2.39, 1.2.41, 1.2.46, 1.2.52, 5.4, 5.5, 16.1, 20.11, 20.15, 30.2, 30.6, 32.2, 32.4, 32.6.
 - 1.1.9. Como alternativa, ainda foi sugerida a inserção de uma cláusula que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indicam, apenas, como regra, como mero representante dos titulares dos serviços. Isto é: o Estado é um delegatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.
 - 1.1.10. Na hipótese de algum item do edital se referir ao Estado, na qualidade de representante dos titulares do serviço, sem fazer ressalva nesse sentido e sem ter sido mencionado no presente parecer, recomenda-se sua alteração, a incluir, após a menção ao Estado, o seguinte: *“na qualidade de representante dos titulares dos serviços”*.
- 2.4 **Disposições sobre pagamento da outorga fixa e variável:**
- 1.2.1. As receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços.
 - 1.2.2. O edital define e incidem sobre a receita tarifária que irá constituir o seu pagamento. Recomendou-se que o edital traga um regramento mínimo da outorga variável, a fim de estabelecer seus possíveis percentuais e critérios de repartição, a serem previstos nas minutas de convênio de cooperação e aprovados necessariamente por ato deliberativo do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana. Havendo a inserção de disciplina relativa à outorga variável, foi recomendada revisão da redação do subitem 36.8.1 a fim de evitar incompatibilidades.
 - 1.2.3. Quanto à outorga fixa, ressaltou-se a ausência de previsão na minuta de edital quanto ao percentual de pagamento a ser efetuado ao Estado do Rio de Janeiro mencionado nos convênios de cooperação. Também se sugeriu a alteração da redação do subitem 5.4.1, para compatibilizá-la com o texto dos instrumentos de gestão associada que tratam da matéria.
 - 1.2.4. Além disso, questionou-se o critério adotado pela minuta de edital para repartir o percentual de 15% entre os Municípios e o percentual que excede os valores mínimos de outorga fixa, previsto no subitem 5.4.1: é parâmetro genérico, que não determina de fato como se dará a repartição; não há definição sobre qual ente decidirá sobre essa repartição; o uso de dados do IBGE do ano de 2018 pode ser considerado inadequado, ante o prazo da duração da concessão, o momento de recebimento dos valores da outorga e a existência de dados de referência já disponibilizados em 2020.
 - 1.2.5. Recomendou-se compatibilizar a disciplina da outorga fixa dentro do próprio edital. Primeiro, é necessário um alinhamento entre os itens 5.4, 5.4.1 e 5.4.2. Além disso, sugeriu-se alterar a redação do item 5.4 a fim de compatibilizar com os itens 1.2.45, 1.2.62 e 5.8.
 - 1.2.6. Considerando a definição de outorga fixa trazida pelo item 1.2.46., a previsão de um valor mínimo a ser ofertado no item 5.2., e a possibilidade de compartilhamento do seu excedente prevista no item 5.5., entendeu-se não ficar claro se os percentuais previstos nos subitens 5.4.1. e 5.4.2., a serem repassados aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, incidem apenas sobre o valor mínimo de outorga fixa recebido ou se refere ao valor total da outorga fixa recebida. Recomendou-se alteração da redação desses itens para esclarecer qual a interpretação correta.
 - 1.2.7. Recomendou-se acrescentar previsão no edital quanto à repartição das outorgas fixa e variável na hipótese de inclusão de novos municípios metropolitanos no decurso dos contratos de concessão, porque os titulares dos serviços precisam concordar com o critério de repartição desses valores. Também seria possível acrescentar no edital

previsão de que cabe aos Conselhos de Titulares deliberarem posteriormente a respeito da repartição dos 50%. O importante é que a decisão final passe pela aprovação dos titulares dos serviços, isto é, a Região Metropolitana e os Municípios não metropolitanos integrantes do bloco de prestação regionalizada.

- 1.2.8. Conforme se extrai do Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e do Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, as receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços (*i.e.* RMRJ e municípios não metropolitanos). Assim, para repassá-las para terceiros (*e.g.* ERJ, municípios metropolitanos, municípios de fora do projeto), são necessárias: (*i*) celebração de acordo com os titulares; e (*ii*) motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica. A verificação de atendimento do requisito (*ii*) escapa à análise jurídica, de modo que deve ser providenciada pelo gestor público.
- 1.2.9. Recomenda-se que o subitem 1.2.46., assim como os itens 5.4. e 5.5., deixem claro que o Estado, ao receber os valores de outorga pela exploração da concessão, atua como representante dos titulares dos serviços, nos termos do edital, e dos convênios de cooperação, consoante, ainda, justificativa econômica.
- 1.4. No item 1.2.4 consta a definição de área de concessão. A definição restringe a concessão à área urbana. O ponto merece atenção do gestor, pois pode-se avaliar a necessidade futura de inclusão de áreas rurais. Isso pode gerar um contencioso futuro com a concessionária, que pode não desejar cobrir tais áreas, a despeito do eventual interesse público. Além disso, há áreas que podem, eventualmente, no futuro, se tornar urbanas, criando-se dúvida para saber se elas passam a integrar a concessão. Para fins de organização do edital, sugere-se que o item 2.4., que determina os negócios jurídicos coligados à concessão, seja deslocado à cláusula que traz as definições do edital.

2. **Procedimento licitatório:**

- 2.1. Recomendou-se alterar a redação do item 9.2. do edital, que estabelece prerrogativas da Comissão de licitação. Sugeriu-se, especificamente, estabelecer: os meios de alteração de datas e pautas de sessões; o prazo de antecedência para ocorrência de mudanças; os prazos de resposta dos licitantes.
- 2.2. Recomendou-se alterar a redação do item 11.3 do edital, inserindo remissão ao item 34.3 do edital, de modo a evidenciar a necessidade de assinatura eletrônica por meio de certificado digital no padrão da ICP-Brasil.

3. **Condições gerais:**

- 3.1. Sugeriu-se alterar a redação do item 13.3, que aponta a possibilidade de as licitantes concorrerem a mais de um bloco objeto da licitação, fazendo remissão aos itens 22.11.1.1 e 22.11.1.2, que tratam da qualificação técnica dos licitantes que ofertem proposta para mais de um bloco.

4. **Garantia da proposta, proposta comercial e documentos de habilitação**

4.1. Regras gerais de apresentação da documentação e garantia da proposta

- 4.1.1. Recomendou-se a inclusão da vedação de documentos com conteúdo manuscrito no item 19.3, que indica não serem permitidas emendas, rasuras, entrelinhas ou ressalvas. Isso porque documentos com conteúdo manuscrito são considerados rasurados, ressalvados documentos oficiais e públicos que sejam apresentados dessa forma, conforme o subitem 19.5.1.
- 4.1.2. Em um exame de ponderação entre a segurança jurídica, a competitividade e a vantajosidade, recomendou-se a reformulação do item 19.7, privilegiando as diligências a serem realizadas pela Comissão de licitação, à luz do artigo 43, §3º, Lei nº 8.666/93, em detrimento do formalismo excessivo.

4.2. Proposta comercial

- 4.2.1. A cláusula 21 do edital trata da proposta comercial. O item 21.1 dispõe que caberá a cada licitante realizar, por sua conta e risco, investigações, levantamentos e estudos, bem como desenvolver projetos para permitir a apresentação de sua proposta comercial. Nesse

sentido, os dados, estudos, materiais e informações do Estado são meramente informativos e não vinculantes aos licitantes, tendo como único objetivo permitir a compreensão do objeto da concessão pelos licitantes.

- 4.2.2. Algumas licitações no setor de infraestrutura exigem que a proposta comercial venha acompanhada de declarações de instituições financeiras ou mesmo auditorias independentes que atestem a viabilidade econômico-financeira da proposta comercial do licitante. Recomendou-se seja avaliado, na presente hipótese, se o objeto da concessão e o perfil da licitação justificaria a inclusão de previsão semelhante.
- 4.2.3. Recomendou-se que a proposta comercial leve em consideração todas as obrigações e riscos alocados à concessionária, por força das disposições do contrato e seus anexos, na forma prevista na cláusula 21.8.1. Sugeriu-se a inclusão do vocábulo “edital” na referida cláusula.
- 4.2.4. Com o fim de evitar dúvidas futuras, recomendou-se inserir, no item 21.8 do edital, dispositivo que preveja que a proposta deve incluir também qualquer custo atinente ao cumprimento de legislação federal, estadual ou municipal que impacte direta ou indiretamente na prestação do serviço.
- 4.2.5. Apontou-se ainda, para a necessidade de inclusão da previsão do artigo 18, XII, da Lei nº 8.987/95, que exige como item obrigatório do edital de licitação *“a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa”*.
- 4.3. Documentos de habilitação
 - 4.3.1. A Lei nº 8.987/95 não é descritiva dos documentos que deverão ser exigidos na fase de habilitação, sendo usual nas licitações de concessões de serviços públicos a aplicação dos critérios previstos na Lei nº 8.666/93, que trata especificamente dos aspectos substanciais da fase de habilitação nos artigos 27/31.
 - 4.3.2. A circunstância de serem aplicáveis às regras de habilitação da Lei nº 8.666/93, contudo, não transporta para as licitações das concessões de serviços públicos a racionalidade das licitações de obras públicas ou prestação de serviços, por duas razões. Primeira: como a fase de habilitação é instrumental e não um fim em si mesma, as exigências devem estar conectadas às estritas finalidades do objeto, conforme determina o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, existindo uma inegável margem de discricionariedade para o gestor avaliar e sopesar o tipo e o nível de intensidade da exigência habilitatória. Segunda: como a Lei nº 8.987/95 não estabeleceu, aprioristicamente, esses critérios, faz referência à necessidade de o edital prever tais exigências, conforme o mencionado inciso V do artigo 18. Revela, assim, um maior grau de flexibilidade para que o gestor possa precisar os documentos que, de fato, se impõem como indispensáveis para o cumprimento do objeto.
 - 4.3.3. Habilitação jurídica
 - 4.3.3.1. No item 22.5, relacionado à habilitação jurídica, recomendou-se mencionar o artigo 28 da lei nº 8.666/93, de modo a ratificar a importância de respeitar os critérios ali expostos.
 - 4.3.3.2. Além das habituais exigências previstas no item 22.5 e que são similares às demais licitações públicas, os itens 22.6, 22.7 e 22.8 exigem requisitos adicionais quando o licitante for, respectivamente, instituição financeira, entidade aberta ou fechada de previdência complementar ou fundo de investimento. Ressaltou-se a previsão da cláusula 22.9, que dispõe que, no caso de consórcio, a licitante deverá apresentar instrumento de constituição de consórcio ou de compromisso de constituição de sociedade de propósito específico, subscrito pelas consorciadas, na forma do item 23.2 do edital.
 - 4.3.4. Qualificação econômico-financeira
 - 4.3.4.1. Quanto à qualificação econômico-financeira, as exigências previstas no edital se circunscrevem a duas: (i) certidão negativa de falência, recuperação judicial e extrajudicial, prevista expressamente no artigo 31, inciso II, da Lei nº 8.666/93 e na

cláusula 22.10; (ii) garantia de proposta, prevista expressamente no artigo 31, inciso III da Lei nº 8.666/93.

4.3.4.2.A cláusula 22.10.4 dispõe que a licitante, e no caso de consórcio, cada um dos seus membros, proporcionalmente à sua participação no Consórcio, deverá declarar que dispõe ou tem capacidade de obter recursos financeiros suficientes, como financiamento, para cumprir as obrigações de aporte de recursos próprios e terceiros necessários à consecução do objeto da concessão. Em face dessa cláusula, deve ser justificado se uma simples declaração do licitante é suficiente para assegurar a sua capacidade na obtenção de recursos financeiros suficientes ou se, eventualmente, não seria necessário exigir documento com maior grau de comprometimento do licitante ou mesmo de terceiros;

4.3.4.3.O inciso 37, inciso XXI, da Constituição Federal, determina que nas licitações somente podem ser exigências de qualificação técnica e econômica que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, existindo evidente proporcionalidade entre a complexidade do objeto e as exigências da fase de habilitação.

4.3.5. Qualificação técnica

4.3.5.1.Quanto à qualificação técnica, ressaltou-se o artigo 11-B da Lei nº 14.026/20, que prevê metas de universalização para o serviço de saneamento básico. Para garantir metas tão arrojadas de universalização dos serviços de saneamento, entendeu-se por indispensável o aporte de vultosos investimentos privados, estimados em montantes superiores a 30 bilhões de reais (trinta bilhões de reais). Assim, comprovar experiência em captação de recursos no setor da infraestrutura se apresenta como requisito indispensável para participar da licitação.

4.3.5.2.Tendo em vista essa elevada necessidade de captação de recursos, foi escolhido um modelo de qualificação técnica centrado (i) na comprovação da captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor (cláusula 22.11.1 acima referida); (ii) na comprovação de requisitos de capacidade técnico-profissional, com a apresentação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico, que comprove que a licitante ou sua afiliada possui, em seu quadro permanente, profissional de nível superior, que tenha experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários (cláusula 22.11.2).

4.3.5.3.As exigências de qualificação técnica do edital apresentam dupla função: (i) atrair licitantes capazes de honrar com os investimentos a serem realizados; (ii) garantir o conhecimento de operação similar. Os argumentos técnicos e jurídicos que embasam essa opção estão desenvolvidas nas duas Notas Técnicas apresentadas e que foram ratificadas pelo agente político.

4.3.5.4.Entendeu-se, com base nos fundamentos apresentados nas Nota Técnicas e nos esclarecimentos prestados na resposta formulada ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (8028699,8029391,8939316,8132928), ser juridicamente viável o modelo de qualificação técnica do referido edital, condicionando, no entanto, ao necessário reforço da instrução processual.

4.3.5.5.Três foram os argumentos que embasaram o entendimento pela juridicidade das exigências de qualificação técnica do edital: (i) a concretização do princípio da competitividade, sendo a premissa a de que a exigência de experiência prévia na prestação dos serviços de saneamento implicaria em aguda restrição da competição; (ii) a compreensão de que essas exigências são mesmo afetas à qualificação técnica, encontrando abrigo na capacidade técnico operacional e não à qualificação econômico-financeira; e (iii) a premissa de que o edital não se descurou dos aspectos afetos à segurança na contratação e à qualidade na prestação dos serviços.

4.3.5.6.A modelagem prevista nos itens 22.11.1 e 22.11.2 permite, a um só tempo, o incremento da competição porquanto: (i) as empresas que atuam no setor de saneamento podem participar isoladamente; (ii) os licitantes com perfil de investidor podem participar

- isoladamente; (iii) podem se formar os mais variados consórcios, inclusive entre empresas do setor de saneamento e licitantes com perfil de investidor.
- 4.3.5.7. A teor do disposto no artigo 30 da Lei nº 8.666/93, a qualificação técnica pode se dividir em capacidade técnica operacional e a capacidade técnica profissional. Enquanto a primeira busca perquirir a experiência dos potenciais licitantes para demonstrarem que possuem aptidão para executar o objeto, a segunda mira verificar a experiência individual do profissional que ficará com o encargo de ser o responsável técnico do projeto. O edital cumpre ambas as exigências: a capacidade técnico operacional encontra fundamento na cláusula 22.11.1 enquanto a capacidade técnico-profissional está expressamente prevista na cláusula 22.1.2.
- 4.3.5.8. Poder-se-ia entender que a comprovação da capacidade técnica operacional deveria estar vinculada à experiência da pessoa jurídica que já tenha prestado serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Em sendo o contrato de concessão de serviço público licitado um contrato de investimento – que viabiliza a concretização de interesses coletivos por meio de recursos privados aportados pelo operador econômico – pode ser necessário ou mesmo mais relevante para o atendimento do interesse público a efetiva comprovação de experiência técnica centrada na captação de recursos.
- 4.3.5.9. Sendo um contrato de investimento, não se ocupou a qualificação técnica apenas na experiência pretérita na prestação do serviço, mas na experiência própria a uma engenharia financeira complexa, sofisticada e, mais importante, indispensável para o cumprimento das desafiantes metas de universalização, conforme os estudos que embasaram a modelagem. Deverão os licitantes, por conseguinte, demonstrar que ostentam experiência pretérita em angariar recursos em volume suficiente para atender as metas de universalização previstas no contrato.
- 4.3.5.10. Ressaltou-se que a exigência de experiência pretérita em captação de recursos está prevista na qualificação técnica e não na qualificação econômico-financeira por duas razões. A primeira razão é: se a capacidade operacional é a demonstração de experiência dos potenciais licitantes de que possuem aptidão para executar o objeto e se o objeto em um contrato de investimento tem como parcela de maior relevância a indispensável captação de recursos no mercado, a cláusula 22.11.1 está topograficamente bem localizada e sistemicamente bem enquadrada no item da qualificação técnica. A segunda razão é: a demonstração da experiência na qualificação econômico-financeira exige a demonstração de documentos expressamente elencados no artigo 31 da Lei nº 8.666/93, estando vinculada a uma preocupação de que o licitante (enquanto pessoa jurídica apta a contrair direitos e obrigações), ostente musculatura econômico-financeira para suportar os futuros encargos. Essa preocupação não é fundamento para a exigência constante no item 22.11.1.
- 4.3.5.11. A exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura, prevista na cláusula 22.11.1, é externa à pessoa jurídica e distinta dos aspectos econômico-financeiros de índole estritamente subjetiva e internos da sociedade empresária. Aqui não se espera que o licitante comprove a sua qualificação econômica-financeira *interna corporis*, mas uma expertise em engenharia financeira que é externa, exterior a sua própria contabilidade.
- 4.3.5.12. A vinculação da exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura é, portanto, indispensável para o cumprimento das obrigações contratuais a serem assumidas, em estrita consonância com o disposto na parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal quando expressa que nas licitações públicas *“somente serão permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”* e com o próprio entendimento da Procuradoria Geral do Estado, na parte inicial do Enunciado 39.
- 4.3.5.13. Se de um lado apresenta-se como de fundamental importância o incremento da competitividade, de outro inegável que deve o Poder Concedente zelar para a prestação

de um serviço público adequado, conforme determina expressamente o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95. É por isso que se exige do licitante – mesmo daquele que ostente perfil de investidor – a demonstração de que possui em seu quadro permanente profissional de nível superior que tenha experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários. Tem-se aqui a capacidade técnico-profissional.

- 4.3.5.14. O edital acaba por exigir uma dupla experiência a fim de assegurar a execução do objeto e a prestação de um serviço público adequado: **(i)** experiência na captação de recursos no mercado; **(ii)** experiência reconhecida de profissional com a operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários.
- 4.3.5.15. Os mecanismos mais efetivos para assegurar a prestação de um serviço público não estão propriamente no edital, mas no contrato de concessão. No entanto, assinalou-se, brevemente, como sendo esses mecanismos: (i) a obrigatoriedade de o licitante vencedor se constituir em Sociedade de Propósito Específico (SPE), cuja finalidade será prestar os serviços públicos objeto da presente concessão, a teor do disposto nos subitens 1.2.58 e 30.2.1, 30.2.2 e 30.2.3 do edital de licitação; (ii) a obrigatoriedade do concessionário em cumprir os indicadores de desempenho e as metas de atendimento, previstas no Anexo III do contrato de concessão, com riscos, inclusive de perda de remuneração caso não sejam cumpridas; (iii) a previsão de sancionamento da concessionária em razão de eventuais inadimplementos, nas cláusulas 37 e 42 do contrato de concessão; e (iv) a previsão de ampla cobertura por contratos de seguro, na cláusula 18 do contrato de concessão.
- 4.3.5.16. A cláusula 22.11.1.2 admite o somatório dos quantitativos referentes a distintos empreendimentos, desde que, pelo menos, uma das captações seja correspondente a, no mínimo, 20% (vinte por cento) do valor estabelecido no item 22.11.1 para cada bloco, não sendo aceitos atestados menores do que R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais). O somatório dos quantitativos para fins de atestação técnica tem sido admitido pelo Tribunal de Contas da União, a depender de cada hipótese concreta. Entendeu-se que, de fato, saber se distintos atestados podem ser somados sem que isso resulte em prejuízo para a avaliação da capacidade técnica depende das especificidades de cada objeto. Recomendou-se, assim, seja justificado tecnicamente o cabimento do somatório dos quantitativos e em que medida a sua admissão resulta em benefício para a licitação e para a própria competição, sem que implique em comprometimento da segurança que se deseja obter na fase de habilitação.
- 4.3.5.17. O edital admite o somatório entre as licitantes no caso de consórcio, conforme previsto na cláusula 22.11.1.3. A cláusula 22.11.1.3.2 prescreve que, nos casos em que a participação da licitante, ou de sua afiliada, for superior a 50% (cinquenta por cento) nas sociedades ou Consórcios responsáveis pelo empreendimento objeto da atestação, será considerado o valor total do atestado equivalente a 100% (cem por cento). A parte final da cláusula apresenta redação confusa, não ficando claro o que se pretende efetivamente com a exigência. Sugeriu-se que seja justificado o objetivo, bem como aperfeiçoada a redação, a fim de que não parem dúvidas para os licitantes e também para a própria Comissão de Licitação.
- 4.3.5.18. A cláusula 22.11.1 foi bastante genérica e admitiu a comprovação de captação para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor. A referência ao setor de infraestrutura de modo genérico poderá causar alguma dúvida em relação aos atestados que serão apresentados. Assim, recomendou-se inserir alguma explicação do que se considera como infraestrutura (ex: comunicações, energia, transportes, saneamento, portos, produção, distribuição ou refino de combustíveis...).
- 4.3.5.19. Note-se a cláusula 22.11.2 da minuta encaminhada para exame da Procuradoria Geral do Estado encontra redação diversa da que foi acima transcrita na Nota Técnica do BNDES, devendo prevalecer essa última redação proposta pelo BNDES. Explica-se: a experiência é exigida nos cargos de hierarquia mais elevada e relacionados ao

- gerenciamento da operação dos serviços, a saber, diretor operacional e superintendente operacional, tendo o edital fixado padrões elevados de capacidade técnico-profissional.
- 4.3.5.20. A fim de exigir experiência compatível com o objeto e com o porte da licitação, recomenda-se a inserção de requisitos de qualificação objetiva na capacidade técnico-profissional, exigindo experiência no objeto com características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos, a teor do disposto no art. 30, 1º, I, da Lei nº 8.666/93;
- 4.3.5.21. É preciso confirmar se os atestados que serão exigidos do Diretor Operacional e do Superintendente Operacional são experiências de obras e serviços de engenharia que contemplem a emissão da Certidão de Acervo Técnico.
- 4.3.5.22. A cláusula 22.11.5 determina que, no caso de alterações societárias e nos casos de fusão, incorporação ou desmembramento, somente serão considerados os atestados em que, inequívoca e documentalmente, se comprove a transferência definitiva do acervo técnico. Entendeu-se que essa exigência deve ser justificada já que, salvo melhor juízo, a capacidade técnico-profissional integra o acervo pessoal do responsável e não da pessoa jurídica. A princípio, essa cláusula faria sentido se a hipótese fosse de capacidade técnico-operacional.
- 4.3.6. Regularidade fiscal e trabalhista
- 4.3.6.1. Quanto à regularidade fiscal e trabalhista, em relação às cláusulas 22.12.3 e 22.12.4, recomendou-se explicitar qual a certidão que deve ser apresentada (ex: certidão perante as respectivas Dívidas Ativas, certidão específica de um tributo), a fim de garantir maior segurança jurídica para quem participa da licitação como para quem julga.
- 4.3.6.2. Na cláusula 22.12.7, que trata da certidão negativa de débitos trabalhistas – CNDT, sugeriu-se seja acrescido na parte final “*nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT*”, adequando a redação ao disposto no inciso V, do art. 29 da Lei nº 8.666/93.
- 4.4. Quanto às declarações, sugeriu-se que a cláusula 22.12.1 seja destacada como item próprio da fase de habilitação, adequando-se sistemicamente ao disposto no inciso V, do art. 27 da Lei nº 8.666/93, que trata da exigência do cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.
- 4.5. Recomendou-se a avaliação da inclusão de modelo de declaração de pleno atendimento aos requisitos de habilitação, na exata medida em que se invertem as fases de habilitação e abertura de proposta comercial, conforme expressamente autoriza o inciso I, do art. 18-A da Lei nº 8.987/95. Tal declaração revela maior comprometimento dos licitantes na verificação da documentação da habilitação.
- 4.6. Participação em consórcio
- 4.6.1. O item 23 do edital trata da participação de consórcios na licitação. A participação ou vedação de consórcios nas licitações públicas é tema que não comporta uma solução generalista e que deve obrigatoriamente ser objeto de motivação específica pelo gestor no processo administrativo. Tal motivação deverá ser apresentada à luz do objeto e das características de cada mercado. Na hipótese em exame, não obstante seja intuitivo que, pelo porte da licitação, a formação de consórcios seja promovedora da concorrência, recomendou-se a elaboração de justificativa específica.
- 4.6.2. O edital não estipulou um número mínimo ou máximo de participantes para constituição do consórcio. Em princípio não há qualquer óbice quanto a isso, já que a regra é que o edital não invada a liberdade das sociedades de se associarem. Se, entretanto, a opção for por não limitar o número de consorciados, sugeriu-se a sua previsão em cláusula específica, deixando claro que não há limite mínimo ou máximo para a constituição do Consórcio.
- 4.6.3. A cláusula 23.5 assevera que não será admitida a inclusão, a substituição, a retirada, a exclusão ou a alteração da participação de qualquer consorciada, desde a apresentação

dos envelopes até a assinatura do contrato. A *contrario sensu*, possível inferir que seria viável a alteração da composição ou constituição do consórcio depois de assinado o contrato. Sugeriu-se que essa possibilidade seja explicitada no edital, deixando claro que eventual modificação da composição societária após a assinatura do contrato dependerá de anuência prévia do Concedente, que avaliará se a alteração proposta não gera riscos para a execução do contrato.

4.6.4. Quanto à eventual constituição de consórcios apenas por licitantes estrangeiros, apesar de se tratar de licitação na modalidade de concorrência internacional, o edital é omissivo sobre o tema. Entendeu-se não ser razoável acolher a interpretação de que a participação de empresas estrangeiras por meio de consórcio tenha que, necessariamente, envolver uma empresa brasileira. Se uma empresa estrangeira pode participar da licitação isoladamente, não haveria razão para restringir a formação de consórcios entre licitantes estrangeiros, exigindo, por via oblíqua, a participação de empresa brasileira. Assim, até como forma de fomentar a competição, recomendou-se a inclusão no edital de cláusula específica admitindo o consórcio entre empresas estrangeiras.

4.7. Participação de licitantes estrangeiras

4.7.1. Quanto à participação de licitantes estrangeiras na licitação, a cláusula 24.2 estabeleceu que as licitantes estrangeiras poderão apresentar documentos de suas matrizes ou respectivas filiais que sejam equivalentes aos solicitados para habilitação de pessoas jurídicas brasileiras e que cumpram com os requisitos legais no país de constituição das licitantes. Sugeriu-se que seja feita referência explícita ao § 4º do art. 32 da Lei nº 8.666/93, que exige que autenticação pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativamente ou judicialmente (o que parece ter sido atendido na cláusula 24.1, a).

4.7.2. Com vistas à ampliação da competição e na medida em que se trata de concorrência internacional, sugeriu-se que a divulgação da licitação ocorra também no exterior, a fim de que potenciais empresas estrangeiras também possam ter conhecimento do certame e, eventualmente, acudir interesse em participar.

5. **Procedimento de análise e julgamento:**

5.1. Cronograma referencial da licitação

5.1.1. A cláusula 25 do edital trata do cronograma referencial da licitação, sendo meramente indicativo dos eventos que se sucederão durante o desenvolvimento da licitação. Ressaltou-se os eventos 6 e 7, que fazem referência, respectivamente, ao termo final do prazo para não licitante impugnar o edital e ao termo final do prazo para licitante impugnar o edital. Será licitante aquele que, na data aprazada, participe efetivamente da licitação. Na fase de impugnação, não se sabe ainda quem é não-licitante e quem é licitante. Desse modo, sugeriu-se adequação da nomenclatura utilizada.

5.2. Abertura, exame e julgamento das propostas comerciais

5.2.1. O item 27.2. arrola algumas situações que acarretarão a desclassificação das propostas comerciais. Sugeriu-se a inclusão, em cláusula específica, da necessária observância do princípio do formalismo moderado, amplamente referido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça do próprio Tribunal de Contas da União, com o objetivo de orientar a Comissão de Licitação a não ser excessivamente formalista, afastando, por exemplo, propostas em razão de simples rasuras ou mesmo ressalvas, conforme previsto nos itens 27.2.2 e 27.2.3.

5.2.2. Segundo o item 27.5, o critério de julgamento será aquele que apresentar o maior valor de outorga fixo. Classificadas as propostas comerciais e caso existam propostas com valor de até 20 % (vinte por cento), inclusive, menor ao valor proposto na proposta classificada em primeiro lugar, será processada etapa de lances viva-voz entre estas licitantes. A introdução da fase de lances nas licitações para as concessões de serviços públicos encontra abrigo no artigo 18-A, I da Lei 8.987/1995, não obstante a referida legislação

não detalhe parâmetros e procedimentos da etapa de lances. Ao que tudo indica, o corte de 20% (vinte por cento) parece ter sido extraído do artigo 12, § 1º, II, da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público- Privadas). Sugeriu-se o devido esclarecimento e justificativa desse valor de corte.

5.2.3. Sugeriu-se constar na cláusula de definições o conceito do que se entende por lance intermediário na presente licitação, bem como a justificativa para a sua vedação na etapa de lances viva-voz, conforme subitem 27.7.1.a.

5.2.4. Sugeriu-se constar na cláusula de definições quem é o diretor da sessão, justificando a razão pela qual caberá a ele a relevantíssima missão de definir o valor mínimo de variação dos lances, conforme subitem 27.7.1.b.

5.3. Abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação

5.3.1. Quanto à abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação, sugeriu-se que o edital explicita que é admissível a possibilidade de reapresentação da documentação quando apenas um licitante estiver participando, com o objetivo de reduzir ainda mais o risco de a licitação ser frustrada.

5.4. Recursos

5.4.1. Quanto aos recursos, a cláusula 29.6 determina que o recurso será dirigido à Comissão de Licitação, que poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 05 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir à autoridade competente. Sucede que não está claro no edital quem seria a autoridade competente para julgar o recurso, assim como carece o edital de cláusula específica tratando da homologação e adjudicação que, do mesmo modo, são atos que deverão ser praticados pela mesma autoridade competente que julgar os recursos. Sugeriu-se, portanto, a adequação do edital.

5.4.2. O edital também é silente quanto ao efeito suspensivo do recurso administrativo. Parece incidir na hipótese o regramento do § 2º do art. 109 da Lei nº 8.666/93, que atribui o efeito suspensivo quando o objeto do recurso for a inabilitação ou habilitação dos licitantes e julgamento das propostas comerciais. Sugeriu-se seja explicitado o efeito suspensivo do recurso administrativo em cláusula específica.

6. Condições para formalização do contrato:

6.1. Convocação para celebração do contrato

6.1.1. Os itens 30.1, 30.4 e 30.5, que versam sobre prazos para convocação e assinatura do CONTRATO, estão em consonância com o disposto no art. 64 da Lei no 8.666/93. O subitem 30.2.2, por sua vez, descreve os elementos que devem integrar a estrutura acionária e de gestão da SPE. Sugeriu-se a avaliação dos responsáveis pela modelagem quanto à inclusão dos seguintes elementos: (i) descrição dos atos que deverão, necessariamente, ser objeto de prévia autorização do Poder Concedente; (ii) o exercício financeiro da concessionária coincidir com o ano civil; (iii) observância obrigatória do compromisso com princípios de governança corporativa e com a adoção de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas; (iv) identificação das partes relacionadas.

6.1.2. O subitem 30.2.3 prevê os valores mínimos de subscrição e integralização do capital social da SPE para cada BLOCO, exigindo a sua comprovação. Tais valores, entretanto, não estão motivados, razão pela qual recomendou-se a elaboração de justificativa que indique os fundamentos aplicados para a determinação de tais valores.

6.1.3. A cláusula 30.2.9 determina que caberá ao licitante vencedor indicar, por meio de declaração, o nome, dados pessoais, formação do(s) profissional(is) que será(ão) designado(s) como responsável(is) técnico(s) pela operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgoto, acompanhado da comprovação do vínculo entre o(s) profissional(is) e a SPE. O subitem 30.2.9.1 prevê que se o profissional for distinto daquele informado na fase de habilitação, deverá comprovar a experiência, por meio de atestados, que atendam a exigência da cláusula 22.11.2. Entendeu-se que seria necessário justificar o motivo pelo qual a licitante vencedora substituiu o

profissional. Afinal, o normal e esperado é que o profissional responsável seja o mesmo que foi indicado na fase de habilitação.

6.1.4. O subitem 30.2.9.2 admite a substituição do profissional durante a execução do contrato. Sugeriu-se acrescer a previsão que essa substituição dependerá de prévia aprovação do Poder Concedente, que precisará, necessariamente, verificar a experiência do novo profissional indicado.

6.2. Garantia de execução do contrato

6.2.1. A cláusula 17 do edital disciplina as garantias de execução do contrato de concessão. A teor do disposto no § 2º e § 3º do art. 56 da Lei nº 8.666/3, o percentual do valor de garantia não excederá a 5% (cinco por cento) do valor do contrato, podendo, para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, ser elevado para até 10% (dez por cento) do valor do contrato. Recomendou-se ser justificado no processo administrativo o percentual de garantia que foi adotado, guardando coerência com a natureza e complexidade do objeto.

6.2.2. O item 32.2. apresenta as possibilidades de garantia de execução do contrato, remetendo as formas previstas no art. 56 da Lei nº 8.666/93. Esse item deve ser lido em conjunto com item 17 da minuta de contrato de concessão, que detalha questões atinentes à garantia de execução do contrato, tais como: valores das parcelas a serem pagas ao longo da sua execução, prazo de duração e renovação, índice de reajuste, hipóteses de utilização e casos de recomposição. Sugeriu-se a realização de apurada revisão das minutas, a fim de evitar a coexistência de cláusulas ou disciplinas contraditórias entre a minuta de edital e de contrato quanto à matéria.

6.2.3. O item 32.7. da minuta de edital apresenta redação distinta quando comparada com o item 17.4 do contrato, razão pela qual recomenda-se a uniformização da redação das cláusulas.

6.3. Ressarcimento dos estudos vinculados à concessão

6.3.1. A cláusula 33 do edital é a materialização do disposto no art. 21 da Lei no 8.987/95. Sugeriu-se que os valores a serem fixados no item 33.1 estejam justificados no processo administrativo, caso algum licitante venha a questionar como foram calculados os valores de ressarcimento para a realização dos estudos desenvolvidos pelo BNDES.

7. **Disposições finais:**

7.1. O item 36.6. trata da eventual recusa da licitante vencedora em assinar o contrato e da possibilidade de convocação dos remanescentes em ordem de classificação. Sugeriu-se que essa cláusula seja deslocada para o tópico 30, que trata da convocação para celebração do contrato. Sugeriu-se, ainda, a inclusão de cláusula que privilegie a competitividade, esclarecendo que “as normas disciplinadoras desta licitação serão interpretadas em favor da ampliação da disputa, respeitada a igualdade de oportunidade entre as licitantes, desde que não comprometam o interesse público, a finalidade e a segurança da contratação.”

7.2. Expansão da área de concessão

7.2.1. De modo a serem incorporadas balizas firmes para a formulação da proposta pela licitante, em complementação, recomendou-se fosse incluído no Edital a previsão de término das concessões que estão em curso (ou seja, a partir de que momento a concessionária deverá acrescer esse local à prestação de seus serviços). Também se considerou válida a inclusão, no anexo IV do Edital, que trata da divisão da área de concessão em blocos, menção aos potenciais municípios que integrarão esses blocos após o término das concessões vigentes, bem como a previsão da data estimada.

7.2.2. Sugeriu-se, ainda, que o subitem 36.7.1 seja alterado para evidenciar que o Estado deverá seguir a decisão da Região Metropolitana quanto à inclusão de novos Municípios. Além disso, em consonância com a recomendação formulada no Parecer nº 05/2020 – PGE/PG-17/ARCY, se entendeu pertinente incluir a necessidade de ratificação de todos os titulares dos serviços.

- 7.2.3. Recomenda-se que avaliação pelo ingresso dos futuros Municípios seja objeto de decisão expressa e específica do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana antes da realização da licitação, tudo com vistas a aumentar a segurança jurídica e permitir que os licitantes possam orientar as suas propostas com menor assimetria informacional. Note-se que a cláusula 36.7.1 posterga essa decisão para o momento de término dos contratos atuais dos referidos Municípios com os operadores privados, o que, insista-se, pode influenciar decisivamente no valor de outorga a ser proposto pelos licitantes.
8. **Análise dos anexos II (Modelo de cartas e declarações), III (Modelo de proposta Comercial) e IV (Área de concessão) do Edital de Concorrência Internacional do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto**
- 8.1. Anexo II: Modelo de cartas e declarações
- 8.1.1. Quanto ao modelo de carta de apresentação da garantia de proposta da licitante na modalidade caução em títulos da dívida pública, a fim de evitar qualquer dúvida acerca da natureza jurídica que o Estado assume no edital, recomendou-se que, após a menção da transferência dos títulos para o Estado, seja acrescida a expressão “na qualidade de representante dos titulares dos serviços”.
- 8.1.2. Quanto ao modelo de carta de apresentação da garantia da proposta na modalidade fiança bancária e ao modelo de carta de apresentação da garantia da proposta na modalidade seguro garantia, que envolvem a assunção de obrigações por terceiros, em razão do princípio da relatividade dos contratos, sugeriu-se a inclusão de espaço de assinatura do banco fiador e da seguradora em cada um desses modelos, respectivamente.
- 8.2. Anexo III: Modelo de proposta comercial:
- 8.2.1. Recomenda-se a compatibilização dos itens 3.1, 3.2 e 3.3 do Anexo III com o previsto no edital, de modo a passar a regulamentar o valor a ser pago para a AGERNSA pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização do contrato, e o valor da outorga variável.
- 8.2.2. A mesma observação é realizada quanto aos itens 3.2 e 3.3. Apesar de a proposta comercial apresentar o valor da outorga variável, o edital não apresenta tal valor, sendo necessário, portanto, adaptação da minuta editalícia. Além disso, destaca-se que o valor indicado no item 3.2 em números é 3% e o valor por extenso está um por cento. Seguindo as regras previstas no item 21.5, havendo divergência entre os valores numéricos e seus respectivos extensos, deve prevalecer o número por extenso. Todavia, é preciso que o setor técnico verifique e ajuste tal ponto.
9. **Esclarecimentos adicionais acerca legislação aplicável:**
- 9.1. Lei nº 8.987/95:
- 9.1.1. Recomendou-se a inclusão: no preâmbulo, da exigência de publicação de ato justificando a conveniência da outorga de concessão, exigida no art. 5º desta lei, na forma do art. 16 da lei; no item 5 do edital do disposto no art. 15, §3º, para evidenciar a possibilidade de recusa da proposta; do art. 17 no edital, estabelecendo hipóteses em que a proposta será desclassificada.
- 9.1.2. Recomendou-se a inclusão: no preâmbulo, da exigência de publicação de ato justificando a conveniência da outorga de concessão, exigida no art. 5º desta lei, na forma do art. 16 da lei; no item 5 do edital do disposto no art. 15, §3º, para evidenciar a possibilidade de recusa da proposta; do art. 17 no edital, estabelecendo hipóteses em que a proposta será desclassificada.
- 9.1.3. Sugeriu-se a inclusão no edital de previsão análoga ao artigo 22, especialmente para esclarecer a forma como o direito de obter certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões poderá ser exercido.
- 9.1.4. Lei Estadual nº 4.556/2005: Recomendou-se inserir item regulamentando o valor a ser pago para a AGENERSA pelo exercício das atividades de regulação e fiscalização do contrato, nos termos do que prevê o artigo 19 da lei.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 19 de novembro de 2020.

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador do Estado

Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17)

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador do Estado

P.A n° SEI-120207/000707/2020

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

Na qualidade de membros integrantes do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE n° 4.610/2020¹, encaminhamos o Parecer Conjunto 01/2020 ARCY/FAG, de lavra dos i. Procuradores do Estado André Rodrigues Cyrino e Flávio Amaral Garcia, por meio do qual analisada sob o ângulo estritamente jurídico, na forma do art. 38, p.u. da Lei n° 8.666/93, e a partir de consulta formulada pelo Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais Marcelo Lopes, minuta de Edital de Concorrência Internacional para a Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

Destaca-se que o citado Parecer Conjunto foi submetido à análise e, portanto, amplamente debatido pelo citado Grupo de Trabalho, que ao longo de seguidas reuniões, por intermédio dos seus Procuradores integrantes – que subscrevem a presente manifestação – permitiram ajustes pontuais e, ao final, aprovaram o trabalho conjunto que, por seu brilhantismo, certamente integrará os anais desta Procuradoria-Geral do Estado.

É assim que não se pode deixar de registrar que as conclusões do Parecer Conjunto 01/2020 – ARCY/FAG foram integralmente chanceladas pelo Grupo de Trabalho, de modo que, para evitar reproduções desnecessárias do profundo opinamento formalizado, faz-se especial referência aos itens didaticamente listados nas páginas 82 à 96, que veiculam não apenas as premissas jurídicas utilizadas pelos nobres pareceristas, mas também os aspectos mais relevantes do pronunciamento e recomendações para as instâncias técnicas diretamente responsáveis pela modelagem do projeto.

De todo modo, também a partir dos debates realizados em reuniões do Grupo de Trabalho, houve especial consenso quanto a necessidade de se destacar, ainda que de forma objetiva, quatro pontos sensíveis do Parecer Conjunto 01/2020 – ARCY/FAG.

Em primeiro lugar, as dificuldades naturalmente existentes quanto à posição do Estado do Rio de Janeiro no empreendimento.

Com efeito, na linha do entendimento firmado pelo STF na ADI n° 1.842/RJ, a competência para prestação de serviços públicos de saneamento básico nunca será exclusiva do Estado. Na verdade, segundo o STF, tal competência é, em princípio, atribuída pela Constituição Federal aos Municípios, mas pode, por aglutinação, pertencer a uma região metropolitana, caso essa seja criada, eventualmente, por lei complementar estadual, na forma do art. 25, §3° da CRFB.

Neste sentido, com o advento da LCE n° 184/2018, a Região Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro assumiu a titularidade dos serviços de saneamento básico. Os Municípios não metropolitanos, por sua vez, continuam com a titularidade desses serviços.

Na modelagem jurídica proposta pelo projeto de desestatização dos serviços de saneamento básico, haveria transferência ao ERJ, pelos titulares dos serviços, das funções administrativas de organização e promoção da licitação dos serviços de saneamento básico e da celebração, em nome dos titulares, dos contratos de delegação dos serviços e outros coligados, com o objetivo de minimizar custos de transação.

Assim, é importante reforçar, nesta oportunidade, que o Estado exerce o papel de mero representante dos titulares do serviço, organizando e gerenciando a prestação do serviço.

Não é por outro fundamento que os ilustres pareceristas, de modo a evitar questionamentos jurídicos quanto à usurpação de competências exclusivas do poder concedente dos serviços e também manter a segurança jurídica quando da aplicação do edital, recomendam fazer constar uma cláusula

¹ Grupo de Trabalho instituído com a finalidade de dar suporte jurídico e acompanhamento do projeto de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário.

geral que estabeleça que o edital e demais documentos do projeto, sempre que mencionarem o Estado do Rio de Janeiro, o indicam, salvo pontual ressalva expressa em sentido contrário, apenas como mero representante dos titulares dos serviços, em linha com os instrumentos de gestão associada.

Em outros termos: o instrumento convocatório deve deixar claro que o Estado é um mandatário das funções administrativas de organização e promoção dessa licitação, bem como da função de gestão contratual, o que deve ser destacado desde o preâmbulo e como cláusula geral.

Ainda assim, para que se confira maior segurança jurídica ao projeto, também foi especialmente recomendado que algumas cláusulas mais sensíveis do edital², ao mencionarem o Estado, acrescentem ressalva do seu papel de representante dos titulares dos serviços.

No mais, na hipótese de algum item do edital se referir ao Estado, na qualidade de

representante dos titulares do serviço, sem fazer ressalva nesse sentido e sem ter sido mencionado no presente parecer, o pronunciamento recomenda sua alteração, a incluir, após a menção ao Estado, o seguinte: “na qualidade de representante dos titulares dos serviços”.

Insista-se: a todo momento o objetivo foi o de incrementar a segurança jurídica do empreendimento, de modo que reforçamos a especial atenção que deve ser conferida pelos órgãos técnicos às recomendações formalizadas no Parecer Conjunto.

Para finalizar o primeiro aspecto relevante a ser enfrentado na presente manifestação, acrescenta-se uma única recomendação, com vistas a minimizar questionamentos jurídicos futuros, fruto dos debates realizados nas reuniões do Grupo de Trabalho: **que os órgãos técnicos responsáveis pela modelagem avaliem, como reforço de segurança jurídica, a inclusão do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana, como interveniente do futuro contrato a ser celebrado.**

Em segundo lugar, aspectos ligados às disposições relacionadas a outorgas fixa e variável, que possuem vinculação com os argumentos veiculados quanto à posição do Estado no empreendimento.

O pronunciamento em análise chama atenção para o Parecer nº 09/2019 ARCY/PG-17 e o Parecer nº 07/2019 JVSM/PG-17, segundo os quais as receitas decorrentes das outorgas fixa e variável dos serviços de saneamento básico a serem concedidos pertencem aos titulares dos serviços (i.e. RMRJ e municípios não metropolitanos). Não é por outro motivo que se alerta que, para repassá-las para terceiros (e.g. ERJ, municípios metropolitanos, municípios de fora do projeto), são necessárias: (i) celebração de acordo com os titulares; e (ii) motivação técnica que demonstre a existência de uma causa econômica (cuja verificação escapa à análise jurídica e, portanto, deve ser providenciada pelo gestor público).

Especificamente quanto ao item (i), o Parecer Conjunto, de forma coerente com o que foi exposto quanto ao posicionamento do Estado no empreendimento, alerta para a necessidade de que o instrumento convocatório deixe claro que o Estado, ao receber os valores de outorga pela exploração da concessão, atua como representante dos titulares dos serviços³.

Em acréscimo, o Parecer Conjunto joga luz na importância de que o edital traga um regramento mínimo da outorga variável, a fim de estabelecer seus possíveis percentuais e critérios de repartição, a serem previstos nas minutas de convênio de cooperação e aprovados necessariamente por ato deliberativo do Conselho Deliberativo da Região Metropolitana. No presente aspecto, para que não sejam veiculadas repetições desnecessárias, nos reportamos a todas as considerações jurídicas tecidas pelos brilhantes pareceristas.

² Quanto ao ponto, foram sugeridas alterações no parágrafo inicial do preâmbulo; e nos itens 1.2.7, 1.2.21, 1.2.39, 1.2.41, 1.2.46, 1.2.52, 5.4, 5.5, 16.1, 20.11, 20.15, 30.2, 30.6, 32.2, 32.4, 32.6

³ Ou seja: o subitem 1.2.46., assim como os itens 5.4. e 5.5., devem ser claros quanto ao fato de que o Estado assume a posição de representante dos titulares dos serviços, nos termos do edital, e dos convênios de cooperação, consoante, ainda, justificativa econômica.

No tocante à outorga fixa, o pronunciamento faz referência ao Parecer nº 05/2020 ARCY/PG-17⁴, de modo a destacar que embora as minutas de convênio de cooperação da RMRJ e dos municípios do interior tenham adotado os mesmos critérios e percentuais de repartição (v. item 4.2.7. da minuta de Convênio de Cooperação da RMRJ e o item 4.2.6. da minuta de Convênio de Cooperação dos municípios do interior preveem que o ERJ), ainda falta ser efetuada a compatibilização da previsão da minuta de edital com a previsão dos instrumentos de gestão associada.

Relativamente aos critérios de repartição das outorgas, o Parecer Conjunto questiona o critério adotado pela minuta de edital para dividir o percentual de 15% entre os Municípios e o percentual que excede os valores mínimos de outorga fixa, previsto no subitem 5.4.1. Segundo os pareceristas: (i) trata-se de parâmetro genérico, que não determina de fato como se dará a repartição; (ii) não há definição sobre qual ente decidirá sobre essa repartição; e (iii) o uso de dados do IBGE do ano de 2018 pode ser considerado inadequado, ante o prazo da duração da concessão, o momento de recebimento dos valores da outorga e a existência de dados de referência já disponibilizados em 2020.

Os pareceristas também recomendaram compatibilizar a disciplina da outorga fixa dentro do próprio edital, com as alterações necessárias, as quais, para efeitos de didática e objetividade, remete-se ao Parecer Conjunto.

Ademais, no exatos termos do Parecer Conjunto, considerando a definição de outorga fixa trazida pelo item 1.2.46., a previsão de um valor mínimo a ser ofertado no item 5.2., e a possibilidade de compartilhamento do seu excedente prevista no item 5.5., há o alerta no sentido de não ficar claro se os percentuais previstos nos subitens 5.4.1. e 5.4.2., a serem repassados aos Municípios e ao Fundo de Desenvolvimento da Região Metropolitana, incidem apenas sobre o valor mínimo de outorga fixa recebido ou se refere ao valor total da outorga fixa recebida. É assim que recomendou-se expressamente alteração da redação desses itens para esclarecer qual a interpretação correta.

Por fim, mas não menos importante, no Parecer Conjunto recomendou-se acrescentar previsão no edital quanto à repartição das outorgas fixa e variável na hipótese de inclusão de novos municípios metropolitanos no decurso dos contratos de concessão. Segundo os nobres pareceristas, também seria possível acrescentar no edital previsão de que cabe aos Conselhos de Titulares deliberarem posteriormente a respeito da repartição dos 50%.

Ou seja: o importante é que a decisão final passe pela aprovação da Região Metropolitana e dos Municípios não metropolitanos integrantes do bloco de prestação regionalizada.

Em terceiro lugar, ainda na esteira de deliberação do Grupo de Trabalho, importante chamar a atenção para a definição de “área de concessão”.

É que o item 1.2.4, ao restringir a concessão à área urbana, merece alerta a eventual necessidade de futura inclusão de áreas rurais, de modo a evitar contencioso com a concessionária, que pode não desejar cobrir tais áreas, a despeito do eventual interesse público. Não bastasse, o Parecer Conjunto faz importante destaque no sentido que há áreas que podem, no futuro, se tornar urbanas, criando-se indesejável insegurança jurídica.

Por fim, e em quarto lugar, deve ser objeto de especial destaque o ponto relacionado à qualificação técnica dos licitantes, que assume, nos exatos termos do Parecer Conjunto, modelagem que escapa de esquemas tradicionais, uma vez que centrada: (i) na comprovação da captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor (cláusula 22.11.1 acima referida); e (ii) na demonstração de requisitos de capacidade técnico-profissional, com a apresentação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico, que comprove que a licitante ou sua afiliada possui, em seu quadro permanente,

⁴ Nos termos do Parecer: *Uma alternativa é todas as minutas celebradas entre cada titular e o ERJ adotarem a mesma redação quanto à repartição outorga fixa, com os mesmos critérios, os quais deveriam, então, ser replicados para as minutas de edital e de contratos de concessão.*

profissional de nível superior, que tenha experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários (cláusula 22.11.2).

De plano, consideradas as fundamentadas Notas Técnicas fornecidas pelo BNDES, os pareceristas concluem pela viabilidade jurídica da modelagem proposta, utilizando, para tanto, de três linhas de argumentos: (i) a concretização do princípio da competitividade, sendo a premissa a de que a exigência de experiência prévia na prestação dos serviços de saneamento implicaria em aguda restrição da competição; (ii) a compreensão de que essas exigências são mesmo afetadas à qualificação técnica, encontrando abrigo na capacidade técnico operacional e não à qualificação econômico-financeira; e (iii) a premissa de que o edital não se descuroou dos aspectos afetados à segurança na contratação e à qualidade na prestação dos serviços.

Note-se, quanto à capacidade técnico-operacional, que o Parecer Conjunto reconhece que embora uma primeira análise pudesse induzir ao entendimento de que deveria estar vinculada à experiência da pessoa jurídica que já tenha prestado serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em sendo o contrato de concessão de serviço público licitado um contrato de investimento – que viabiliza a concretização de interesses coletivos por meio de recursos privados aportados pelo operador econômico – pode ser necessário ou mesmo mais relevante para o atendimento do interesse público a efetiva comprovação de experiência técnica centrada na captação de recursos.

Em termos ainda mais objetivos: estando diante de um contrato de investimento, não se ocupou a qualificação técnica apenas na experiência pretérita na prestação do serviço, mas na experiência própria a uma engenharia financeira complexa e indispensável para o cumprimento das desafiadoras metas de universalização, conforme os estudos que embasaram a modelagem.

No mais, o Parecer Conjunto demonstra a validade da opção pela captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor⁵ como requisito de qualificação técnica e não de qualificação econômico-financeira, e isso com base em dois argumentos centrais: (i) se a capacidade operacional é a demonstração de experiência dos potenciais licitantes de que possuem aptidão para executar o objeto e se o objeto em um contrato de investimento tem como parcela de maior relevância a indispensável captação de recursos no mercado, a cláusula 22.11.1 está topograficamente bem localizada e sistemicamente bem enquadrada no item da qualificação técnica; e (ii) a demonstração da experiência na qualificação econômico-financeira exige a demonstração de documentos expressamente elencados no artigo 31 da Lei nº 8.666/93, estando vinculada a uma preocupação de que o licitante (enquanto pessoa jurídica apta a contrair direitos e obrigações), ostente musculatura econômico-financeira para suportar os futuros encargos, o que não é fundamento para a exigência constante no item 22.11.1. do instrumento convocatório.

Em suma: segundo os nobres pareceristas – em conclusão com a qual manifestamos integral adesão – a vinculação da exigência de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura é indispensável para o cumprimento das obrigações contratuais a serem assumidas, em estrita consonância com o disposto na parte final do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal quando expressa que nas licitações públicas “somente serão permitidas as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações” e com o próprio entendimento da Procuradoria Geral do Estado, na parte inicial do Enunciado 39⁶.

⁵ Parecer Conjunto, no entanto, destaca que referência ao setor de infraestrutura de modo genérico (cláusula 22.11.1) poderá causar alguma dúvida em relação aos atestados que serão apresentados. Assim, recomendou-se inserir alguma explicação do que se considera como infraestrutura (ex: comunicações, energia, transportes, saneamento, portos, produção, distribuição ou refino de combustíveis...).

⁶ 1. As exigências de qualificação técnica têm por objetivo verificar, pela análise de sua experiência pretérita, se o licitante possui condições técnicas para executar a contento o objeto do certame, evitando que o Poder Público contrate com pessoas desqualificadas. 2. Tais exigências: (i) devem ser formuladas à luz do disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, limitando-se àquelas que sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações contratuais, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pelo art. 30 da Lei n. 8.666/93; (ii) devem ser compatíveis com a complexidade do objeto licitado; (iii) exigem prévia motivação técnica quanto à sua necessidade, suficiência e pertinência dos parâmetros fixados, para não restringir a competitividade e assegurar a plena concorrência entre os participantes. 3. A

No tocante à qualificação técnico-profissional o edital validamente exige do licitante – mesmo daquele que ostente perfil de investidor – a demonstração de que possui em seu quadro permanente profissional de nível superior que tenha experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários, atendendo à insuperável premissa de que deve o Poder Concedente zelar para a prestação de um serviço público adequado, conforme determina expressamente o § 1º do art. 6º da Lei nº 8.987/95.

De todo modo, o Parecer Conjunto não deixa de registrar que a importância da inserção de requisitos de qualificação objetiva na capacidade técnico-profissional, exigindo experiência no objeto com características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos, a teor do disposto no art. 30, 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

Reitere-se que comprovação da qualificação técnico-profissional, na forma da cláusula 22.11.2 do edital deverá ser viabilizada por meio de (i) atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado; (ii) acompanhados da CAT – Certidão de Acervo Técnico, que é documento comprobatório da aptidão do profissional em relação aos serviços executados e registrados em suas Anotações de Responsabilidade Técnica. Trata-se, no entanto, de exigência voltada a comprovação da capacidade técnico-profissional para obras e serviços de engenharia, de modo que o Parecer Conjunto registra ser necessário confirmar se os atestados que serão exigidos do Diretor Operacional e do Superintendente Operacional são experiências de obras e serviços de engenharia que podem justificar a emissão da CAT.

É assim que, objetivamente, o edital veicula uma dupla experiência a fim de assegurar a execução do objeto e a prestação de um serviço público adequado: (i) experiência na captação de recursos no mercado; e (ii) experiência reconhecida de profissional com a operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários.

Feitos os apontamentos acima, o Grupo de Trabalho atesta o brilhantismo do Parecer Conjunto nº 01/2020 – ARCY/FAG, no que reitera todas as demais conclusões e recomendações formalizadas no referido pronunciamento.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 18 de novembro de 2020.

RAFAEL ROLIM DE MINTO
Subprocurador-Geral do Estado

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK
Procurador do Estado

THIAGO CARDOSO ARAÚJO
Procurador do Estado

RAFAEL LIMA DAUDT D'OLIVEIRA
Procurador do Estado

qualificação técnica inclui tanto a capacidade técnico-operacional, que é relacionada à sociedade empresária, quanto a capacidade técnico-profissional, concernente a sua equipe técnica e/ou responsável técnico.

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO
Procuradora do Estado

VISTO

P.A n° SEI-120207/000707/2020

Visto. Aprovo o bem lançado Parecer Conjunto 01/2020 – ARCY/FAG, de lavra dos i. Procuradores do Estado André Rodrigues Cyrino e Flávio Amaral Garcia, devidamente apreciado pelo Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE n° 4.610/2020, por meio do qual analisada sob o ângulo estritamente jurídico, na forma do art. 38, p.u. da Lei n° 8.666/93, e a partir de consulta formulada pelo Exmo. Secretário de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais Marcelo Lopes, a minuta Edital de Concorrência Internacional para a Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro.

Reitero aqui o brilhantismo do Parecer Conjunto em análise, que, de forma profunda e didática, realizou minuciosa análise da minuta de instrumento convocatório, vinculado a relevantíssimo projeto para a universalização do serviço de saneamento no Estado do Rio de Janeiro.

É assim que, sem prejuízo de todas as demais considerações veiculadas no Parecer Conjunto (com as quais manifesto a minha integral concordância), reforço os quatro pontos desenvolvidos na manifestação de encaminhamento do Grupo de Trabalho instituído com a finalidade de dar suporte jurídico e acompanhamento do projeto de desestatização dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário, notadamente:

- (i) aspectos sensíveis ligados à posição do Estado do Rio de Janeiro no projeto, considerado o decidido pelo Supremo Tribunal Federal ADI n° 1.842/RJ;
- (ii) aspectos ligados às outorgas fixa e variável, que possuem vinculação com os argumentos veiculados quanto à posição do Estado no empreendimento;
- (iii) a necessidade de especial atenção quanto à restrição da concessão à área urbana, em razão de eventual necessidade de futura inclusão de áreas rurais, de modo a evitar criação de litigiosidade com o concessionário e, por consequência, trazer insegurança jurídica à execução do contrato.
- (iv) especial destaque conferido à qualificação técnica dos licitantes, que assume modelagem que escapa de esquemas tradicionais, uma vez que centrada: (a) na comprovação da captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura em qualquer setor; e (b) na demonstração de requisitos de capacidade técnico-profissional, com a apresentação de atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado acompanhado da respectiva CAT – Certidão de Acervo Técnico, que comprove que a licitante ou sua afiliada possui, em seu quadro permanente, profissional de nível superior, que tenha experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários.

À Secretaria de Desenvolvimento Econômico, Energia e Relações Internacionais, em prosseguimento.

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO