

Saneamento Básico. BNDES. Projeto de Desestatização dos Serviços de Água e Esgoto do Rio de Janeiro. Leitura conjunta necessária com o Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG. Considerações. Licitação deserta do Bloco 3. Exame da viabilidade jurídica de minuta de Edital de Concorrência Internacional do Bloco 3. Concessão da Prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares de Municípios do Estado do Rio de Janeiro. Observância dos requisitos formais e dos precedentes da PGE-RJ. Semelhança à consulta realizada anteriormente em relação à minuta do Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020.

1. Relatório e consulta

A presente consulta tem por objeto exame de minuta de edital de concorrência internacional para fins de concessão de serviços públicos de saneamento básico. Trata-se de desdobramento de licitação pretérita que foi parcialmente deserta. Refere-se à Concorrência Internacional nº. 01/2020, que visou implementar o projeto de desestatização do serviço de saneamento básico a partir da divisão dos Municípios interessados em quatro blocos. Referida concorrência teve seu edital analisado pelos subscritores do presente parecer (v. Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG) ao qual, desde já, remetemos como primeiro passo para a compreensão dos nossos posicionamentos.

Esta nova consulta se faz necessária porque o leilão dos blocos 1, 2 e 4 foi exitoso, garantindo outorga que somou R\$ 22,7 bilhões e um ágio médio de 133%.¹ O leilão referente ao Bloco 3, porém, não teve o mesmo destino, ocorrendo hipótese de licitação deserta.

Diante disso, para tentar tornar a oferta relativa a esse Bloco 3 mais atrativa aos investidores privados, e dar continuidade ao projeto de desestatização do serviço público de saneamento básico, foi celebrado novo contrato com o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES (Contrato nº 38/21 - SEI 21548218).

Nesse contexto, foram elaboradas as minutas do Edital (“Edital do Bloco 3”) e Anexos, inclusive a minuta do correspondente Contrato de Concessão (“Contrato do Bloco 3”), ora encaminhadas a essa especializada pela Secretaria de Estado da Casa Civil para análise.

Especificamente, refere-se aos seguintes documentos:

1. Edital de concorrência internacional e Anexos abaixo especificados (SEI 22458400):

- Modelo de cartas e declarações – Anexo II;
- Modelo de proposta comercial – Anexo III;
- Área da concessão – Anexo IV.

2. Contrato de concessão e Anexos abaixo especificados (SEI 22457999):

- Caderno de encargos – Anexo IV;
- Disposições para contratação de verificador e certificador independentes – Anexo V;
- Contrato de interdependência – Anexo VI;
- Estrutura tarifária e serviços complementares – Anexo VII;
- Disposições para a contratação de garantias – Anexo VIII;

¹ <https://www.ppi.gov.br/leilaoecedae>. Acesso em 01/10/2021.

- Conselho de Titulares – Anexo IX;
- Regramento do sistema de fornecimento de água – Anexo X;
- Contrato de constituição de conta vinculada – Anexo XI;
- Comitê de Monitoramento – Anexo XII;
- Diretrizes para elaboração dos fluxos de caixa para fins de reequilíbrio econômico-financeiro – Anexo XIII.

O trabalho foi distribuído pela Chefia da Procuradoria Administrativa da seguinte forma: (i) os subscritores do presente parecer ficaram encarregados do exame da **minuta do edital** e dos anexos II, III e IV; (ii) 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.

Este parecer, voltado ao referido edital, será dividido em três partes. A primeira consiste em aduzir esclarecimentos gerais sobre a consulta (Tópico II). A segunda cuidará da análise das cláusulas constantes da minuta do Edital, com ênfase naquelas que sofreram alterações em relação ao Edital do leilão da Concorrência Internacional nº. 01/2020 (Tópico III). A terceira examinará os Anexos (Tópico IV).

2. **Esclarecimentos e recomendações iniciais gerais**

Considerando que a primeira licitação realizada em relação ao Bloco 3 foi deserta, natural que o presente arranjo (que inclui novo Edital e novo Contrato de Concessão) contenha alguns aspectos distintivos, notadamente para tornar o negócio mais atrativo aos investidores privados e para ampliar a competitividade.

Nada obstante, existem elementos gerais inerentes a qualquer Contrato de Concessão e Edital de Licitação, bem como aspectos específicos relacionados a esse projeto de desestatização, que já foram examinados no bojo do Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG (SEI-120207/000707/2020 – 10604908), cujo objeto foi a minuta do Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020².

Assim, o **primeiro esclarecimento** a ser feito consiste na reiteração de todos os apontamentos, sugestões e recomendações realizados naquela oportunidade. Por esse motivo, opinaremos apenas sobre as cláusulas que sofreram alterações em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/20.

São, nesta toada, integralmente aplicáveis a esta consulta todas as considerações preliminares e a contextualização dos aspectos jurídicos do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto realizadas no âmbito do Parecer nº 05/ARCY/PG-17/2020 (SEI-140001/058793/2020 - 9153202).

O **segundo 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.

O **terceiro esclarecimento** diz respeito à necessidade de robustecer a instrução processual. O processo administrativo, até o presente momento, está instruído primordialmente com notas técnicas relacionadas à contratação do BNDES. Refere-se: à Nota Técnica AGOV/DENOR nº 07/2021 de 29 de junho de 2021 e à Nota Técnica AGOV/DENOR nº 09/2021 de 13 de julho de 2021.

É verdade que foi juntada Nota Explicativa da Secretaria de Estado da Casa Civil tratando da precificação do Projeto de Concessão dos serviços de saneamento do Bloco 3 (SEI 20132598). Todavia, além de não estar assinada (o que se recomenda), isso não basta.

Assim, **a primeira recomendação relevante** é que o presente processo administrativo seja instruído com as justificativas técnicas e econômicas acerca da integralidade do modelo adotado. É

² <http://www.concessaosaneamento.rj.gov.br/documentos/grupo1/EDITAL.pdf>, acesso em 29/09/2021.

preciso que as eventuais alterações em relação à licitação anterior sejam devidamente justificadas, bem como finalizada a modelagem econômico-financeira.

Note-se, por exemplo, que a minuta do Edital do Bloco 3 ora **examinada não apresentou qualquer valor à título de outorga fixa mínima, garantia de proposta, garantia da execução, entre outros**. De fato, a ausência desses valores parece estar relacionada ao fato de que a modelagem econômico-financeira do projeto ainda não foi concluída, como se observa no e-mail de encaminhamento das minutas, redigido pelo BNDES (SEI 22458537). De todo modo, indispensável alertar quanto à necessidade de motivação das decisões. O iter decisório deve ser objeto de motivação como mecanismo de concretização da indispensável transparência do leilão a ser realizado.

Outro aspecto relevante é que **precisam ser apresentadas justificativas para as decisões relacionadas a posterior inclusão de novos Municípios no escopo do Bloco 3**. A licitação deserta acarreta a reavaliação de mecanismos de incentivos e de cumprimento de metas contratuais. Por outro lado, a inclusão de novos Municípios pode trazer uma complexidade adicional ao projeto, a qual deve se refletir na modelagem do Edital e do Contrato. **Tudo isso precisa ser objeto de justificativas no processo administrativo**.

Lembre-se que por ocasião do Parecer conjunto nº 01/2021-AHPSWM/FAG, concluiu-se pela necessidade de realização de nova consulta pública e audiência pública para a licitação do Bloco 3. E uma de suas principais premissas foi, justamente, a adesão de novos Municípios e a caracterização de licitação deserta. Isso reforça a necessidade de que as Notas Técnicas apresentem considerações sobre os impactos destes eventos sobre a nova modelagem econômico-financeira³.

Mais um indício da necessidade de robustecer a instrução processual está presente no próprio e-mail de encaminhamento das minutas pelo BNDES que indica **pendências** a serem resolvidas em certas previsões contratuais (SEI 22458537). Conforme consta do e-mail:

“1. Nestas minutas, ainda está sendo considerado apenas o abastecimento de água de Rio das Ostras no escopo da concessão, pois pende uma conclusão sobre a forma de incorporação do esgotamento sanitário do município; (...)

3. Ainda pende um aprofundamento das regras de gestão comercial da AP-5. Fizemos uma primeira reunião com a CEDAE sobre o assunto, mas aguardamos as informações que eles ficaram de nos fornecer sobre este tema;”

Ainda no âmbito das justificativas, o Edital aponta como aplicável a Lei nº. 8.666/1993. É certo que, com o advento da nova Lei de Licitações (Lei nº. 14.133/2021) o gestor pode optar, segundo os artigos 191 e 193, entre os dois estatutos. Faz sentido, de fato, a manutenção do regime sob a égide da Lei nº 8.666/93, porquanto os outros blocos foram licitados de acordo com aquelas regras. Confere-se, inclusive, maior segurança jurídica, quanto à regulação *ex post* dos contratos. Ademais, a própria posição adotada pelo Estado do Rio de Janeiro tem sido mais cautelosa em relação à aplicabilidade imediata da Lei nº 14.133/21⁴.

³ O Parecer conjunto nº 01/2021-AHPSWM/FAG concluiu da seguinte forma: “ainda que seja o mesmo projeto, o fato de novos Municípios aderirem ao Bloco 03 já seria razão mais do que suficiente para a realização de nova consulta pública e audiência pública. Também o fato de a licitação ter sido deserta para o Bloco 03, reforça a premissa de novo espaço de participação popular, permitindo que a sociedade, usuários, associações e os próprios operadores econômicos possam apresentar sugestões, apontamentos e críticas que, eventualmente, permitirão a compreensão para as razões do insucesso do Bloco 03;”

⁴ Sobre a questão da aplicação da Lei nº 14.133/21, o artigo 2º do Decreto Estadual nº 47.680 de 12 de julho de 2021 dispõe que serão aplicadas, na realização de procedimentos licitatórios e efetivação de contratos administrativos, a disciplina da Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002 e da Lei nº 12.462/2011, até a edição de norma estadual que discipline a implantação gradual das disposições da Lei nº 14.133/2021, não sendo recomendável, ao menos por ora, a aplicação imediata da Lei nº 14.133/2021. Esse entendimento coincide com os Vistos aos Pareceres nº 21/21-GUB e nº 13/2021-

O **quarto esclarecimento** leva em consideração o estágio em que o leilão se encontra. A minuta de Edital encaminhada não levou em conta as considerações das audiências públicas de 13/10/2021 e 15/10/2021 (SEI 22687042). As audiências públicas possuem papel relevante de legitimação democrática, concretizando o princípio da publicidade, especialmente em processos de desestatização de serviços públicos, como é o caso do Bloco 3. Assim, é bem provável que a minuta ora em exame ainda será objeto de modificações que porventura decorram dos processos de consulta e audiência pública.

O **quinto esclarecimento** é que várias alterações decorreram de ajustes em razão do Bloco 03 estar sendo licitado isoladamente. Faz sentido, portanto, a exclusão ou modificação de cláusulas que correlacionavam os blocos, como por exemplo as cláusulas 1.2.4, 1.2.9, 1.2.18, 1.2.47, 1.2.56, 4.1, 5.1, 6.1, 13.2.1, 13.2.2, 15.1, 15.3, 19.9, 20.1, 21.2, 21.3, 21.4, 22.11.1, 22.11.1.1, 23.12.10, 25.11, 26.11, 26.12, 26.6, 27.1.1, 27.19, 28.1, 28.3, 28.3.2, 28.4, 28.5, 28.8, 29.10, 30.2.3, 30.2.6, 30.2.9.1, 30.2.19, 32.1, 33.1.1, 33.2.1, 36.6.1.

O **sexto esclarecimento** é que o presente parecer não examinará as condições do contrato firmado entre o BNDES e o Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de dar continuidade à estruturação e licitação do projeto de concessão do Bloco 3. A análise da contratação foi objeto do Parecer nº 17/2021-GAV (SEI 20715495), que concluiu pela possibilidade jurídica, com fundamento no art. 25, caput, da Lei nº 8.666/1993.

Feitos os esclarecimentos, passa-se ao exame das cláusulas, com enfoque nas alterações que foram promovidas em relação ao edital anterior.

3. Análise da juridicidade da minuta do Edital de Concorrência Internacional do Projeto de Desestatização de Águas e Esgoto relacionada ao Bloco 3

3.1. Preâmbulo e disposições iniciais

3.1.1. Qualificação do Estado

O Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, com fundamento na ADI nº 1.842/RJ e nos Pareceres de nºs 09/2019 ARCY/PG-17, 1A/2020 ARCY/PG-17 e nº 03/2020 – PGE/PG-17/ARCY, aprofundou a questão da titularidade do serviço de saneamento e o papel do Estado do Rio de Janeiro no projeto de concessão. Em síntese: o Estado não é titular do serviço, mas sim a Região Metropolitana e os Municípios não metropolitanos.

A despeito do alerta aprofundado pelo Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, inclusive, com sugestões de redação de diversas cláusulas, o BNDES parece ter seguido a linha de uma definição geral de “Estado” como representante do titular dos serviços públicos, seja na própria qualificação presente no contrato⁵, seja na cláusula 1.2.31⁶.

Apesar da qualificação do Estado do Rio de Janeiro e o termo definido no item 1.2.31 do Edital contemplarem as observações sobre a posição do Estado como representante dos titulares dos serviços delegados, mantemos as sugestões de redação já destacadas no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

AHWM exarados por um dos subscritores do presente parecer e com artigo doutrinário elaborado em conjunto com o Procurador do Estado Rodrigo Zambão (<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dois-aspectos-importantes-da-lei-14-133-21-regulamentacao-e-conivencia-de-sistemas-23042021>, acesso em 07/10/2021). Considerando que o projeto diz respeito à Região Metropolitana (não ao Estado do Rio de Janeiro), sequer seria aplicável o Decreto Estadual nº. 47.680/2021.

⁵ “O ESTADO DO RIO DE JANEIRO, na qualidade de delegatário das funções administrativas de organização e promoção desta licitação, bem como da função de gestão contratual, com fundamento no artigo 175 da Constituição da República, (...)”

⁶ 1.2.31. 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;

Com o objetivo de evitar repetições desnecessárias, foram destacadas possíveis alterações nos itens 1.2.52 e 5.5 que na minuta atual correspondem aos itens 1.2.49 e 5.4 e nos itens 20.11, 20.15, 32.4 e 32.6 que mantiveram a numeração em ambas as minutas. Reitera-se que tais sugestões buscam sempre **incrementar a segurança jurídica do projeto.**

3.1.2. Disposições referentes ao pagamento da outorga fixa e variável

Seguindo na linha do exame das alterações trazidas no Edital do Bloco 3, não houve alteração nesse ponto na minuta sob análise e o Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020, de modo que remetemos às observações do Parecer conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

3.1.3. Área da concessão e as concessões pré-existentes

No que diz respeito à área de concessão, o termo foi definido no Edital do Bloco 3 no item 1.2.4, nos seguintes termos:

1.2.4. **ÁREA DE CONCESSÃO:** área urbana das sedes municipais e respectivos distritos urbanos, delimitada conforme o ANEXO IV e instrumentos de GESTÃO ASSOCIADA, onde os SERVIÇOS serão prestados pela CONCESSIONÁRIA, nos termos do CONTRATO. A área urbana a ser considerada é aquela delimitada nos Planos Diretores de cada município e, na ausência deste plano, no definido pela legislação municipal ou, por último, pelo IBGE, **excluídas as áreas rurais;**

Como é possível notar, a redação do item 1.2.4 passou a excluir expressamente da área de concessão as áreas rurais. Como destacado no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG⁷, a ausência de previsão clara poderia autorizar o gestor sobre a possível inclusão de áreas rurais na concessão. **Entretanto, a nova redação ainda não esclarece se áreas que, no futuro, se tornem urbanas passarão a integrar a concessão.**

Além da exclusão expressa das áreas rurais, a área da concessão no Bloco 3 sofreu importante alteração que merece ser comentada. O primeiro ponto diz respeito à **inclusão de treze novos Municípios no objeto da concessão**, são eles, Bom Jardim, Bom Jesus de Itabapoana, Carapebus, Carmo, Itaperuna, Macacu, Natividade, Rio das Ostras, São Fidélis, São José de Ubá, Seropédica, Trajano de Moraes, Vassouras, segundo consta do Anexo IV. Como já mencionado, os impactos de tais inclusões precisam ser devidamente justificadas pelo setor técnico.

Somados aos novos Municípios, os Municípios de Itaguaí, Paracambi, Pinheiral, Rio Claro, Seropédica e alguns bairros do Município do Rio de Janeiro compõem a área atual da concessão do Bloco 3. Esses bairros do Município do Rio de Janeiro integram a denominada Área de Planejamento 5 (“AP-5”), que já constava do edital anterior, mas que merece alguns apontamentos em face da modelagem ora apresentada.

⁷ “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 tornarem urbanas, criando-se dúvida para saber se elas passam a integrar a concessão.**”

Primeiro: a AP-5 teve os serviços de esgotamento sanitário concedidos pelo Município do Rio de Janeiro à concessionária Zona Oeste S/A, em janeiro de 2012⁸, pelo período de 30 anos. Temos, portanto, uma concessão em curso no Bloco 3, o que pode gerar questionamentos sobre a viabilidade jurídica da manutenção dessa concessão pré-existente e a convivência entre essa concessão e o presente leilão.

Por ocasião da Concorrência Internacional nº 01/2020, havia, igualmente, concessões pré-existentes dos Municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, sobre as quais um dos subscritores do presente opinamento manifestou-se de forma detida no Parecer nº 01-A/2020-ARCY. Pela semelhança da situação concreta analisada, os fundamentos e conclusões são inteiramente aplicáveis ao presente caso. Da mesma forma que as concessões de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, o contrato de concessão da AP-5, firmado em 2012, é anterior à instituição da Região Metropolitana, que se deu com a Lei Complementar Estadual nº 184 de 2018, época em que os Municípios atuavam como titulares do serviço. Desse modo, assim como tais concessões, o contrato da AP-5 deve ser preservado enquanto ato jurídico perfeito, na forma do art. 6º, § 1º, da LINDB, protegido pelo artigo 5º, XXXVI, da CRFB, que constitui cláusula pétrea⁹.

Ou seja, é lícita a manutenção do contrato de concessão em curso celebrado pelo Município do Rio de Janeiro até o advento do respectivo termo final ou de outra causa extintiva, na forma proposta na modelagem do Edital. Na mesma linha, também não se vislumbra óbice jurídico para a posterior absorção do serviço de esgotamento sanitário da AP-5. Entretanto, recomenda-se, para fins de segurança jurídica, que o item 1 do Edital (que trata das definições) explicitie as áreas de concessão pré-existentes e quais serviços serão imediatamente assumidos nessas áreas, evitando futuras discussões acerca do equilíbrio econômico-financeiro.

Reforçando a necessidade de esclarecer os termos do Edital em relação aos serviços efetivamente contidos na AP-5, observamos que a minuta do contrato de concessão estabelece obrigações e direitos para o Estado (cláusula 23.2.22¹⁰) e para a Concessionária (cláusula 24.1.11¹¹) voltados a facilitar a futura integração da AP-5. Além disso, prevê-se o reajuste coordenado com o reajuste da AP-5 (cláusula 27).

Como se pode notar as interações com a concessão pré-existente na AP-5 afetam a esfera jurídica da licitante vencedora desde o momento da assinatura do contrato e, por isso, precisam estar bem definidas. Daí a necessidade de deixar mais clara a redação com a definição da área de concessão – ou de se fazerem remissões que explicitem isso.

A inclusão futura do Município de Rio das Ostras também merece destaque. Com efeito, a cláusula 32.4 da minuta do contrato prevê a possibilidade de expansão da área da concessão para contemplar, além da AP-5, e área contemplada na Parceria Público-Privada de esgotamento sanitário

⁸ http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105676/00.CONTRATODECONCESSAON001_2012.pdf, Acesso em 14/10/2021.

⁹ Nesse sentido o Parecer nº 1-A/2020-ARCY assim apontou: “Parece-me que os contratos de concessão em curso celebrados pelos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim devem ser mantidos até o advento de seus respectivos termos finais ou de outra causa extintiva. A razão para isso é simples: trata-se de atos jurídicos perfeitos protegidos pelo artigo 5º, XXXVI, da CRFB, que constitui cláusula pétrea. O ato jurídico perfeito é o ato consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou (cf: art. 6, § 1º, da LINDB). Entende-se por ato consumado aquele que já começou a produzir os seus efeitos antes do advento de alteração normativa ou jurisprudencial. No caso em exame, os contratos de concessão celebrados pelos municípios de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, têm-se atos consumados, porque celebrados antes do advento da LC 184/2018, a qual repassou o poder concedente que, até então, era dos municípios para a Região Metropolitana.”

¹⁰ 23.2.22. Envidar os melhores os esforços voltados a facilitar a interação entre a CONCESSIONÁRIA e a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5, em caso de eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial daquela área.

¹¹ 24.1.11. Interagir com a operadora dos serviços de esgotamento sanitário da AP-5 com vistas a eventuais aprimoramentos dos ajustes e acordos relativos à gestão comercial.

de Rio das Ostras¹². O Município de Rio das Ostras também teve o serviço de esgotamento sanitário concedido no passado, com a especificidade do contrato se enquadrar como parceria público privada, regida pela Lei nº 11.079/04. O Município encontra-se, portanto, na mesma situação da AP-5 e, por isso, devem ser aplicadas, todas as recomendações acima expostas.

Ainda sobre Rio das Ostras, anote-se que a municipalidade expressamente afirmou que “*não possui planos de prorrogar o contrato de concessão administrativa (PPP)*”, conforme o Ofício nº 446/2021-GAB (Processo nº 150001/006709/2021 – SEI 22549702). Essa manifestação é importante para o leilão do Bloco 3 porque Rio das Ostras não faz parte da Região Metropolitana e aderiu voluntariamente ao presente projeto de prestação regionalizada de serviços de saneamento. A manifestação serve para vincular expectativas, sem prejuízo de se buscar compromisso formal junto ao Município de Rio das Ostras no sentido de que não promoverá a prorrogação do contrato de concessão administrativa em vigor.

No item III.3 detalharemos algumas aparentes inconsistências presentes na redação do Anexo IV que trata da Área da Concessão.

3.1.4. Outros aspectos

Para fins de organização e coerência do Edital do Bloco 3, sugere-se que seja acrescido como subitem da cláusula 1 a definição do termo “*adjudicatária*”. O termo foi reproduzido em diversas cláusulas do Edital do Bloco 3, vide os itens 30.1, 30.2, 30.5, 30.7, 31.1, 31.2, 31.3 e 31.5, sem que tenha havido prévia definição do termo no instrumento.

3.2. 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, já que a grande maioria das sugestões veiculadas no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY-FAG foram acatadas.

Desse modo, reitera-se as recomendações presentes no referido opinamento, em especial, a única que parece não ter sido reproduzida, referente ao item 9.2.1, no que diz respeito à definição do prazo de resposta das licitantes para esclarecimento sobre os documentos por elas apresentados.

3.3. Condições gerais

O capítulo III do Edital faz referência a condições gerais. Diante dos itens apresentados, que geralmente correspondem ao padrão das concorrências, observamos que houve uma alteração na redação do item 13.2. O item passou a listar como participantes admitidos na licitação, as seguintes entidades:

¹² 32.4. As PARTES desde já reconhecem a possibilidade de expansão da ÁREA DA CONCESSÃO para contemplar a concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 e a Parceria Público-Privada do esgotamento sanitário de Rio das Ostras, com a extensão dos respectivos SERVIÇOS objeto deste CONTRATO à área adicionada, a partir do encerramento do referido contrato de concessão.

13.2. Para efeitos deste EDITAL, também terão sua participação admitida na presente LICITAÇÃO **as entidades fechadas ou abertas de previdência complementar, as instituições financeiras, fundos de investimentos e as empresas com atividade de investidoras financeiras.**

O item 13.2 do Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020 já previa tais entidades como potenciais participantes, acrescentando apenas os *trusts* e fundos de *private equity* e os Fundos de Investimento em Participação (FIP)¹³.

Apesar dessa alteração na redação no item 13.2 do Edital do Bloco 3, esses potenciais licitantes já tinham sua participação prevista nas cláusulas 22.6, 22.7 e 22.8, que dispõem sobre os requisitos de habilitação jurídica das licitantes, a qual trazia expressa menção a instituição financeira, entidade aberta e fechada de previdência complementar e fundo de investimento, respectivamente. Portanto, tudo indica que a alteração do item 13.2 se deu por mera adequação de redação, premissa essa a ser ratificada em motivação específica.

3.4. 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.

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

O Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020 já havia sido publicado com todas as alterações sugeridas no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

Dessa forma, especificamente quanto às cláusulas 20.11 e 20.15, reiteram-se todas as observações já expostas naquela ocasião.

3.4.2. Proposta Comercial

A cláusula sofreu especial alteração nos **itens 21.8.5 e 21.8.6**. Como já referido anteriormente (**Tópico II.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 8.987/1995, e na própria cláusula 21.3 do edital. Essa outorga fixa terá seu pagamento dividido em três parcelas, na forma da cláusula 5.3 do Edital.

O item 21.8.5, que não possui previsão no Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020, foi incluído para passar a prever (i) uma data base para atualização da outorga fixa, caso a oferta se dê no valor mínimo; (ii) índice de atualização seguindo o IPCA; e (iii) fixou o termo final para incidência da correção proposta até a data de homologação do certame.

¹³ 13.2. Para efeitos deste EDITAL, também terão sua participação admitida na presente LICITAÇÃO: a) as fundações ou fundos cujo objeto, segundo regulamento próprio e a correspondente legislação aplicável, permita-lhes desempenhar as atividades previstas no CONTRATO; b) as entidades de previdência complementar; c) os Fundos de Investimento em Participações (FIP); e d) os trusts e fundos de private equity constituídos em conformidade com a lei de sua regência, observados os termos de seus atos constitutivos e organizacionais e segundo a lei de sua jurisdição.

A alteração pretende manter as condições financeiras da proposta comercial até o momento da homologação do certame. Sem embargo, podemos destacar **três possíveis inconsistências** que precisam ser sanadas. Veja-se a redação da cláusula 21.8.5 do Edital do Bloco 3 para melhor compreensão:

21.8.5. O valor mínimo da OUTORGA FIXA previsto no item 6.1 terá como data base [o] e será atualizado pelo IPCA até a data da homologação do certame para fins de pagamento da primeira parcela da OUTORGA FIXA não havendo impacto no valor da PROPOSTA COMERCIAL do LICITANTE, caso seja ofertado ágio sobre o valor mínimo da OUTORGA FIXA.

A **primeira aparente inconsistência** diz respeito à abrangência da cláusula 21.8.5. A leitura da cláusula leva a crer que apenas a primeira parcela da outorga fixa sofrerá correção monetária, já que a cláusula nada diz sobre a atualização monetária da segunda e terceira parcelas da outorga fixa, na forma prevista no item 5.3 do Edital¹⁴. Dessa forma, sugere-se que a redação do item 21.8.5 seja alterada para esclarecer sobre a atualização monetária das demais parcelas de outorga fixa.

A **segunda aparente inconsistência** tem relação com o termo final da correção monetária - que, segundo a redação do item 21.8.5, é a data de homologação do certame - e o pagamento da primeira parcela da outorga fixa. Adotando uma interpretação sistemática do Edital do Bloco 3, as datas de homologação do certame e de pagamento da primeira parcela da outorga fixa não coincidem.

O pagamento da primeira parcela da outorga fixa ocorrerá como condição para a assinatura do contrato, nos termos da cláusula 5.3 do Edital do Bloco 3. Seguindo na leitura do Edital, o cronograma de referência da licitação (cláusula 25.11) estabelece que essa comprovação do atendimento das condições do Edital pela licitante vencedora ocorrerá em até 60 dias da homologação do resultado da licitação. Ou seja, haverá um lapso de até 60 dias entre a homologação do resultado da licitação e a comprovação do cumprimento das condições de assinatura do contrato. Durante esse período, a redação da minuta do Edital do Bloco 3 leva a crer que não incidirá correção monetária.

A **terceira aparente inconsistência** está relacionada à parte final do item 21.8.5. O item apresenta redação confusa, pois parece condicionar a correção monetária apenas ao caso de a proposta comercial não apresentar ágio em relação à outorga fixa. Em outras palavras, a cláusula prevê correção monetária somente para os casos em que seja oferecido valor mínimo para a outorga fixa. Não se vislumbra motivo para que se faça essa diferenciação entre a proposta comercial com ou sem ágio. A correção monetária não representa qualquer acréscimo econômico na proposta, mas mera atualização do dinheiro no tempo.

Quanto à cláusula 21.8.6, o item foi acrescentado para disciplinar a hipótese de proposta comercial sem ágio sobre o valor mínimo da outorga fixa. A cláusula impõe que, se não houver ágio ou se o ágio for menor do que o índice de correção monetária proposto no item 21.8.5, o licitante vencedor deve se comprometer a pagar a outorga fixa no valor atualizado pelo IPCA, até a data da homologação do certame. Vejamos:

21.8.6. Caso não seja oferecido ágio sobre o valor mínimo da OUTORGA FIXA ou se o ágio for menor do que o valor da atualização monetária de que

¹⁴ 5.3. O pagamento do valor da OUTORGA FIXA será promovido diretamente ao ESTADO, representante dos titulares do serviço, e está dividido em 3 (três) parcelas. A primeira parcela, no valor de 65% (sessenta e cinco por cento) da OUTORGA FIXA, será paga como condição para assinatura do CONTRATO. A segunda parcela, no valor de 15% (quinze por cento) da OUTORGA FIXA, será paga até 2 (dois) dias úteis após a emissão do TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA. E, 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, contado a partir da emissão TERMO DE TRANSFERÊNCIA DO SISTEMA.

trata o item 21.8.5, o LICITANTE vencedor se compromete a pagar a OUTORGA FIXA no valor atualizado pelo IPCA até a data da homologação do certame.

A redação dos itens 21.8.5 e 21.8.6 precisa ser compatibilizada no sentido de que a correção monetária incida sobre o valor completo da outorga fixa. O item 21.8.5 leva a crer que a correção incidirá apenas sobre a primeira parcela e o item 21.8.6 tampouco esclarece o ponto. Outro alerta necessário diz respeito ao termo final da correção monetária, que, segundo as cláusulas, deve ocorrer com a homologação do certame. Entretanto, esse evento ocorrerá até 60 dias antes da assinatura do contrato, o que, na prática, pode representar um valor de outorga fixa mínima abaixo do previsto no Edital.

No mais, reiteram-se as sugestões presentes no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, em especial, o único ponto que não foi acatado, o qual propõe 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 licitante¹⁵.

3.4.3. Documentos de habilitação

3.4.3.1. Habilitação jurídica e qualificação econômico-financeira

A recomendação exposta no Parecer Conjunto nº 01-2020/ARCY-FAG sobre a inclusão da referência ao art. 28 da Lei 8.666/96 na cláusula 22.5 foi observada e, com isso, não se vislumbram maiores acréscimos a minuta do Edital do Bloco 3.

Quanto as exigências de qualificação econômico-financeira, não houve alterações significativas em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº. 01/2020. Portanto, reiteram-se as observações presentes no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY-FAG e o alerta sobre a necessidade de esclarecimentos da cláusula 22.10.4.

Outro ponto que merece esclarecimento diz respeito à circunstância de não terem sido exigidos outros documentos previstos no artigo 31 da Lei nº 8.666/1993, 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. Frise-se que não se está a exigir que tais documentos sejam incluídos, mas apenas que a sua não previsão seja objeto de motivação específica.

Quanto ao ponto, reiteramos o terceiro esclarecimento do presente opinamento, no sentido de que a dispensa de outros documentos para fins de qualificação técnica demanda justificativa específica.

¹⁵ 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)

3.4.3.2. Qualificação Técnica

Quanto à qualificação técnica, foi mantido o modelo do edital de Concorrência Internacional nº 01/2020 – FAG-ARCY, centrado na (i) comprovação de captação de recursos para empreendimentos de infraestrutura; e (ii) demonstração de requisitos de capacidade técnico-profissional, de modo que também reiteramos todos os esclarecimentos e observações trazidos pelo Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

Diante da reprodução dos mecanismos de atração de licitantes capazes de cumprir as ousadas metas de universalização previstas artigo 11-B da Lei nº 14.026/20¹⁶ e da farta análise de tais mecanismos no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, vamos nos ater aos pontos que representaram novidades em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020.

O item 22.11.1 sofreu alteração da sua redação, ao subtrair a previsão de que os contratos aptos a comprovar a qualificação técnica tenham sido *devidamente celebrados*. Faz-se necessário o esclarecimento, já que a redação original admitia duas formas de comprovação (i) por atestado; (ii) por contrato. Deve ser esclarecido se o objetivo foi destacar a possibilidade do meio de prova do contrato conforme consta na cláusula 22.11.1.7.

Também foi excluída a referência aos exemplos no setor de infraestrutura. Merece justificativa a alteração em relação ao edital anterior. Note-se, ainda, que não consta o valor mínimo de captação de recursos, o que decorre, a princípio, ainda da indefinição dos aspectos econômicas. Cabe o alerta para a necessidade de definição do valor mínimo de captação de recursos.

A cláusula 22.11.1.2 admite o somatório dos quantitativos referentes a distintos empreendimentos e teve sua redação alterada para admitir expressamente o somatório do quantitativo também para as licitantes individuais ou organizadas em consórcio. A cláusula passou por adequações de redação para indicar que a comprovação do quantitativo será (i) proporcional ao percentual de participação da licitante na sociedade ao consórcio responsável pela **execução** do empreendimento objeto da atestação; (ii) do valor integral do atestado, no caso em que a participação da licitante seja superior a 50% (cinquenta por cento) nas sociedades ou consórcios responsáveis pela execução do empreendimento objeto da atestação.

A cláusula 22.11.1.3 foi alterada para prever regramento adicional em relação à comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes consorciados. Manteve-se a possibilidade de somatório de atestados entre as consorciadas, no entanto, foram acrescentadas duas disposições para a qualificação técnica das licitantes consorciadas. A cláusula 22.11.1.3 (i) dispõe que, caso a consorciada detenha no mínimo 30% de participação no consórcio, poderá se valer integralmente da atestação que faz jus; e o item (ii) determina que caso a consorciada detenha menos de 30% (trinta por cento) de participação no consórcio, poderá se valer da sua atestação proporcionalmente a sua participação no consórcio.

A redação da cláusula indica que as disposições da cláusula 22.11.1.2 devem ser cumuladas com os requisitos da cláusula 22.11.1.3 **para as licitantes consorciadas**. É possível cogitar que a alteração possua relação com o aumento da competitividade e atração de licitantes, tendo em vista a licitação deserta do Bloco 3. Inobstante a isso, essa inovação do edital (alterações das cláusulas 22.11.1.2 e 22.11.1.3) também depende de **justificativa técnica** do BNDES.

A cláusula 22.11.1.7, também incluída em relação ao edital original, disciplina que os atestados previstos no item 22.11.1 poderão ser complementados pela licitante, a seu critério, por meio da apresentação de contratos de financiamento ou outros documentos que esclareçam ou reforcem elementos da experiência objeto da atestação. A cláusula 22.11.1 do edital original admitia expressamente a comprovação por meio de contratos de financiamento. Deve ser esclarecido se o

¹⁶ Art. 11-B. Os contratos de prestação dos 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 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

objetivo foi destacar o meio de prova por contrato de financiamento em cláusula própria, talvez para destacar e privilegiar a competitividade.

Entretanto, sugere-se que a cláusula seja adequada para prever algumas formalidades para os documentos apresentados, como a efetiva celebração do contrato, autenticação ou reconhecimento de firma para que se incremente a segurança dos documentos apresentados. A partir dessa adequação da cláusula, em princípio, não se vislumbra óbice jurídico para a disposição.

A cláusula 22.11.2 cuida da capacidade técnico-profissional, a qual deixou de exigir que a licitante possua profissional em seu quadro permanente, bastando a comprovação do vínculo profissional com a licitante. Na forma do item 22.11.2.2, esse vínculo deve ser comprovado por atestados que demonstrem o vínculo com a licitante, seja pela existência de relação de emprego, contrato de prestação de serviço ou carta de intenções, seja pela condição de administrador.

Como já referido no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, essa disposição encontra-se alinhada com a jurisprudência do Tribunal de Contas da União¹⁷ e com a Súmula nº 272 do Tribunal de Contas da União¹⁸. Dessa forma, não se vislumbra óbice jurídico à alteração.

Entretanto, a cláusula suprimiu a exigência de que o atestado emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado seja acompanhado da respectiva Certidão de Acervo Técnico (CAT). A exigência de CAT foi objeto de apontamentos no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, no qual destacamos que a necessidade de confirmar se a CAT seria documento apto a atestar a experiência profissional exigida no Edital.

Talvez a razão da supressão da exigência da CAT seja a natureza da experiência dos profissionais, que devem ter ocupado cargo de *diretor operacional ou superintendente operacional, em sociedade empresária responsável pela operação de sistemas de produção e distribuição de água e coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários, incluindo a prestação direta dos serviços para atendimento da população*. De todo modo, considerando que se trata de alteração importante em relação ao edital anterior, deve a supressão da Certidão de Acervo Técnico (CAT) ser objeto de justificativa.

O item 22.11.2.1 foi acrescido ao Edital para detalhar a qualificação profissional por meio de experiência vinculada ao objeto da licitação. O item determina que a comprovação da qualificação profissional se dá por atestado emitido em nome do profissional que tenha exercido (a) cargo executivo responsável pela operação de produção e distribuição de água, cumulado com (b) atestado emitido em nome do profissional que tenha exercido cargo executivo responsável pela coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários. Ao que tudo indica, parece ser um detalhamento mais preciso da capacidade técnico-profissional. De todo modo, trata-se de alteração importante em relação ao edital anterior, a merecer justificativa específica.

No ponto da qualificação técnica, especificamente quanto às cláusulas 22.11.1.2¹⁹, 22.11.2²⁰, 22.11.5²¹, reiteram-se todas as observações já expostas no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

¹⁷ “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).

¹⁸ Súmula 272 do TCU: “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.”

¹⁹ A recomendação presente no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG foi no sentido de haja justificativa técnica quanto ao cabimento do somatório dos quantitativos, bem como em relação aos benefícios trazidos pela sua admissão na licitação e para a competição, sem prejuízo à segurança na fase de habilitação.

²⁰ O Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG destacou a necessidade de observância do disposto no art. 30, § 1º, I, da Lei nº 8.666/1993 no sentido de esclarecer se os requisitos de qualificação objetiva também foram observados.

²¹ O Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG apontou a necessidade de esclarecimento quanto à comprovação de transferência de acervo técnico em caso de alterações societárias, tendo em vista que, salvo melhor juízo, a capacidade técnico-profissional integra o acervo pessoal do responsável e não da pessoa jurídica.

3.4.3.3. Regularidade Fiscal e Trabalhista

Os requisitos previstos na cláusula 22.11, a respeito da regularidade fiscal e trabalhista, foram elaborados em observância ao disposto no artigo 29 da Lei nº 8.666/1993.

Reitera-se a recomendação presente no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG em relação às cláusulas 22.11.6 e 22.11.7, para que se explicita 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.

3.4.3.4. Declarações

A cláusula 22.12 apresentou alterações que representaram mera adequação de redação. O item passou a descrever, nos exatos termos, o teor da declaração que consta no Anexo II-E, Declaração nº 02 (Ciência e Aceitação dos Termos do Edital e Ausência de Impedimento para Participar na Concorrência Internacional) e, por isso, reitera-se a recomendação do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG para que seja avaliada a inclusão de modelo de declaração de pleno atendimento aos requisitos de habilitação.

3.4.4. Participação em consórcio

Quanto à participação em consórcio, foram poucas as alterações promovidas pelo Edital do Bloco 03 sobre o tema. A cláusula 23.11 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. A inovação aqui reside na inclusão da expressão “*independentemente do percentual de participação no CONSÓRCIO.*”

O acréscimo se mostra salutar, já que o artigo 33, III, Lei nº. 8.666/1993 não exige, em momento algum, que a apresentação dos documentos de qualificação técnica seja realizada por consorciada que detenha percentuais pré-determinados de participação no consórcio. Entendemos que a instituição de tal exigência, sem justificativa adequada, poderia implicar em indevida restrição à competitividade no certame. O acréscimo ao edital reforça nosso posicionamento.

A cláusula 23.12 explicita as condições para apresentação de instrumento de constituição de consórcio, estando alinhado com o disposto no artigo 33 da Lei nº 8.666/1993 e artigos 19 e 20 da Lei nº 8.987/1995. Não houve significativa alteração do edital quanto ao ponto. Ressalve-se, todavia, a pontual alteração da cláusula 23.12.10, a qual impõe que a Sociedade de Propósito Específico (SPE) constituída para executar o projeto deve ter sede **exclusiva** no Município do Rio de Janeiro.

Novamente, não se vislumbram óbices jurídicos a tal modificação, sendo inclusive recomendável que a SPE tenha sede no Município, de modo a favorecer a verificação de regularidade de seu *status* societário perante a Junta Comercial.

Ainda, a cláusula 23.15 reproduz integralmente a vedação à inclusão, substituição, retirada, exclusão ou alteração da participação de qualquer consorciada, desde a data de entrega dos volumes até a assinatura do contrato. *A contrario sensu*, possível inferir que seria viável a alteração da composição ou constituição do consórcio após a assinatura do contrato.

Conforme destacamos no Parecer Conjunto nº 01/2020 – ARCY-FAG, 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.

Por fim, a cláusula 23.16 determina que não será admitida restrição ao número de consorciadas, incorporando textualmente a recomendação sugerida no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

Naquela oportunidade, consignamos que não se justifica a interpretação de que a participação de empresas estrangeiras por meio de consórcio tenha que, necessariamente, envolver uma empresa brasileira. A despeito disso, o edital do Bloco 03 foi omissivo quanto ao ponto, de modo que reiteramos a recomendação de que o edital deve admitir em cláusula específica o consórcio entre empresas estrangeiras.

3.4.5. Participação de licitantes estrangeiras

Não houve alterações substanciais quanto à participação de licitantes estrangeiras no edital de concorrência internacional do Bloco 03.

Apenas houve pontual modificação da cláusula 24.12, que trata da apresentação dos documentos de habilitação pelas matrizes ou respectivas filiais de licitantes estrangeiras. Em linha com a nossa recomendação no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, o referido item incluiu referência explícita ao § 4º do art. 32 da Lei nº 8.666/1993, 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.

Reiteramos, por fim, nossa recomendação pretérita de 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.

3.5. Procedimento de análise e julgamento

3.5.1. Cronograma referencial da licitação

Não foram promovidas modificações substanciais nos eventos que integram o cronograma referencial da licitação. Quanto ao ponto, reiteramos nossa recomendação trazida pelo Parecer Conjunto nº 01/2020 – ARCY-FAG, de que, nos eventos 9 e 10, referentes ao termo final para julgamento de impugnações para licitante e não-licitante, haja a adequação da nomenclatura utilizada.

Também se vislumbram pontuais supressões na referência aos eventos 13 e 14, a fim de adequar o objeto do edital, que apenas abrange a concorrência internacional do Bloco 03, com uma única licitante vencedora. Trata-se de mera modificação gramatical, diante da licitação deserta referente ao Bloco 03.

Reitera-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.

3.5.2. Sessão de abertura da licitação

A cláusula 26 não apresentou alteração substancial no Edital do Bloco 3, houve apenas adequações da redação para o novo objeto da concorrência internacional. Por isso, nos atemos a reiterar as observações do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

3.5.3. Abertura, exame e julgamento das propostas comerciais

Não houve alterações significativas quanto ao ponto, de modo que notamos apenas a readequação da cláusula 27.20 e supressão de duas cláusulas oriundas do edital pretérito, a fim de o instrumento abranja apenas o Bloco 03.

A cláusula 27.11 elenca as hipóteses de desclassificação das propostas comerciais. Quanto ao ponto, reiteramos integralmente nossa recomendação de que haja expressa referência ao princípio do formalismo moderado, trazida pelo Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG.

Inclusive, a omissão acerca do referido princípio na fase de julgamento das propostas também não se justificaria, à luz da interpretação sistemática do edital do Bloco 03. É que, como se verá, a cláusula 28.8 trouxe expressa previsão do princípio em relação à fase de habilitação. Ora, se o princípio se aplica para a fase de habilitação, não há razão para não o estender à fase de julgamento, que lhe precede. A inclusão traria maior segurança jurídica, já que, independentemente da previsão expressa, sua aplicação pode ser extraída do princípio da eficiência.

No mais, as demais cláusulas que fazem referência ao procedimento de julgamento das propostas comerciais foram praticamente reproduzidas na íntegra.

Registre-se pontual alteração de redação da cláusula 27.13, a qual indicou explicitamente a competência da Comissão da Licitação para recebimento das propostas, sobretudo quando existir apenas uma licitante classificada. **Não vislumbramos efeitos jurídicos quanto a alteração, que parece ser mera adequação redacional.**

A cláusula 27.15 manteve como critério de julgamento o maior valor de outorga fixo, admitindo inclusive etapas de lance viva-voz entre estas licitantes, caso existam propostas com valor de até 20% (vinte por cento) menor do que o da proposta classificada em primeiro lugar, em linha com o artigo 18-A, I, da Lei 8.987/1995 e artigo 12, § 1º, II, da Lei nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas). Reitere-se, quanto ao ponto, nossa recomendação de que tal percentual seja devidamente esclarecido e justificado.

A cláusula 27.16.4 reproduziu as mesmas condições para a oferta de lances em viva-voz, bem como a vedação à oferta de lances intermediários. Não houve, contudo, definição do conceito de “lances intermediários” pelo certame, que pode ser extraída do art. 17, §2º, I, da Lei no 12.462/2011. Reiteramos nossa sugestão de 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 seu turno, a cláusula 27.18, que trata da possibilidade de oferta de lances orais e ratificação dos lances finais, sofreu substanciais acréscimos.

Diante da orientação sanitária de isolamento social durante o período de pandemia global, consideramos salutar a referência à possibilidade de oferta de lances de forma eletrônica, no primeiro dia útil subsequente ao da realização da sessão pública do leilão. A fim de promover o registro e controle social dos lances ofertados, o edital caminha bem ao exigir que a participante credenciada assine a ata emitida pela Comissão de Licitação, de modo a formalizar os lances ofertados via correio eletrônico.

3.5.4. Abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação

Não se vislumbram alterações significativas quanto à etapa de habilitação do certame, cujas cláusulas 28 e seguintes reproduziram o **sistema de pós habilitação**. Apontamos apenas mera

adequação redacional das cláusulas 28.1, 28.3, 28.3.2, 28.4 e 28.5 e supressão da cláusula 28.7, a fim de que o instrumento abranja apenas o Bloco 03.

Em linha com as nossas recomendações no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, o edital sob exame incorporou explícita referência ao princípio do formalismo moderado, na cláusula 28.8, a qual é salutar para a correção de vícios formais e procedimentais, propiciando eficiência ao certame.

No mesmo tom, a cláusula 28.7 incorpora a orientação de que, em caso de apenas uma licitante participar do certame, seja admitida a correção de vícios de documentação de habilitação, o que evita o risco de licitação frustrada.

3.5.5. Recursos

Não vislumbramos alterações substanciais da sistemática recursal do certame, o qual mantém a adoção da **fase recursal única**.

Consideramos salutar a inclusão expressa da autoridade competente para julgamento do recurso, constante da cláusula 29.6.1 do edital, em linha com a orientação que exaramos no Parecer Conjunto nº 01-2020/ARCY-FAG. Quanto ao ponto, vale reiterar a sugestão de que seja incluída expressa previsão à autoridade competente para adjudicação e homologação do certame, a qual segue omissa no edital.

Também reiteramos integralmente a sugestão de que seja previsto expressamente o efeito suspensivo do recurso administrativo, em linha com o §2º do art. 109 da Lei nº 8.666/1993. O edital é silente quanto ao ponto, o que não afasta a incidência do dispositivo, conforme já tivemos a oportunidade de demonstrar no Parecer Conjunto nº 0-20/ARCY-FAG.

3.6. Condições para formalização do contrato

Nesse ponto, reiteramos a observação geral acerca da necessidade de inclusão do termo “*adjudicatária*” nas definições do Edital, bem como que seja realizado esclarecimento acerca da relevância da mudança do termo “*licitante vencedora*” por “*adjudicatária*”.

3.6.1. 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 8.666/1993.

A cláusula 30.2.2 descreve os elementos que devem integrar a estrutura acionária e de gestão da SPE. Reiteramos a observação realizada no âmbito do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, no sentido de que 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) a observância obrigatória do compromisso com princípios de governança corporativa e com a adoção de contabilidade e demonstrações financeiras padronizadas; (iv) a identificação das partes relacionadas.

O subitem 30.2.3 irá prever os valores mínimos de subscrição e integralização do capital social da SPE, exigindo a sua comprovação. Nesse ponto, apenas reiteramos o esclarecimento já realizado quanto à necessidade de motivação do valor que for determinado.

A cláusula 30.2.8, que trata das Câmaras Arbitrais possíveis de escolha para eventual procedimento de arbitragem do Contrato parece ter suprimido duas possibilidades (em relação à minuta que havia sido submetida para análise no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG). A minuta anterior indicava a possibilidade de cinco câmaras: i. CAESP; ii. CAM-CCBC; iii. CBMA; iv. Câmara da FGV de Mediação e Arbitragem; e v. CAMARB.

A minuta atual, ao revés, indica três possibilidades: i. Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem – CBMA; ii. Câmara da FGV de Mediação e Arbitragem; iii. Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial-Brasil – CAMARB. É preciso que seja justificado o motivo pelo qual foram suprimidas as duas câmaras (CAESP e CAM-CCBC).

A cláusula 30.2.9.1, seguindo a alteração realizada na Cláusula 22.11.2, que abandonou a exigência da CAT (Certidão de Acervo Técnico) para demonstração da experiência na operação de sistema de distribuição de água e de coleta domiciliar e tratamento de esgotos sanitários, também dispensou a necessidade de apresentação da CAT para a celebração do contrato, bastando que se demonstre que a SPE possui vínculo com profissional de nível superior, que tenha experiência, no mínimo, na atuação em cargos executivos seniores, nos termos apontados na cláusula.

Foi suprimida a previsão de eventual substituição do profissional indicado na fase de habilitação, como constava da minuta que foi submetida à análise à época do Edital de Concorrência Internacional nº. 01/2020. É certo que, conforme indicado no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, o esperado é que o profissional responsável seja o mesmo indicado na fase de habilitação. Assim, recomenda-se seja esclarecido se a supressão da referida cláusula indica a impossibilidade de substituição independentemente de justificação. E, caso seja essa a opção, quais as consequências de eventual impossibilidade do profissional originariamente indicado na fase de habilitação.

Também parece ter sido suprimida a antiga cláusula 30.2.9.2, que admitia a substituição do profissional durante a execução do contrato. Assim como mencionado quanto à cláusula anterior, é preciso que sejam aferidas as consequências acerca de eventual impossibilidade de continuidade do profissional indicado. Além disso, caso seja mantida a possibilidade de substituição, mantemos a recomendação de que essa dependerá de prévia aprovação do Poder Concedente, que precisará, necessariamente, verificar a experiência do novo profissional indicado.

A cláusula 30.2.9 também sofreu outras alterações, de modo a esclarecer que o vínculo do profissional à SPE pode ter diferentes formatos: relação de emprego, administrador, prestador de serviços ou carta de intenção, com apresentação das respectivas provas (cláusulas 30.2.9.3, 30.2.9.4 e 30.2.9.4.1). Apesar de mantida a possibilidade de vínculo por carta de intenção, foram suprimidas as condições previstas na cláusula 30.2.14.2, o que deve ser justificado.

3.6.2. Da concessionária

Conforme já indicado no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, as estipulações desse tópico estão alinhadas com a racionalidade de uma Sociedade de Propósito Específico, que deve ter por objeto e razão de existir a atividade que se prestou a executar.

3.6.3. Garantia de execução do contrato

A cláusula 32.2 não parece apresentar inovações em relação à minuta já analisada por essa especializada, motivo pelo qual reiteram-se as observações feitas naquela oportunidade. Cabe ressaltar apenas a necessidade de justificativa do eventual valor apresentado no item 32.1. Além disso, a alteração realizada na cláusula 32.7 não parece ter modificado substancialmente seu conteúdo, mas apenas parece ter sido realizada para uniformizar a redação em relação à cláusula 17.4 do Contrato.

3.6.4. Ressarcimento dos estudos vinculados à concessão

tópico 33 é a materialização do disposto no art. 21 da Lei no 8.987/1995²² e sofreu alteração em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020. Naquele Edital, foram previstas duas parcelas de pagamento: (i) R\$ 1.800.000,00 correspondente aos estudos relacionados à concessão; e (ii) R\$ 7.703.807,31, a título de ressarcimento. No Edital do Bloco 3, que ora se examina, a sistemática de ressarcimento e remuneração proposta pelo BNDES envolve três parcelas: remuneração fixa²³, remuneração variável²⁴ e ressarcimento de custos com terceiros²⁵ (Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e Nota AGOV/DENOR nº 09/2021 – SEI 20132598).

Essa diferença na estrutura de remuneração encontra-se justificada na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e na Nota AGOV/DENOR (SEI 20132598) nos seguintes termos:

“As principais mudanças introduzidas fazem parte do reposicionamento estratégico do BNDES na atividade de prestação de serviços, expandindo sua atuação para novos setores, ampliando e equilibrando sua carteira de projetos. Para tanto, é essencial que a precificação dos serviços do BNDES torne a atividade de estruturação de projetos sustentável, sob a ótica de portfólio.

Portanto, a precificação que vigorava em 2017, e praticada no Contrato com o Estado do RJ CEDAE nº 17.2.0389.1, refletia um posicionamento do BNDES no mercado de estruturação de projetos ainda limitado quando comparado ao presente período. Por isso, **ainda não havia parâmetros consolidados para estimar tempo e recursos a serem dedicados nas atividades de estruturação de projetos. Adicionalmente, a estrutura de prestação de serviços da instituição era proporcionalmente limitada quando comparada às demais atividades-fim, além de representar uma demanda limitada por recursos de outras áreas-meio.**”

Observada a justificativa técnica para a alteração na estrutura de remuneração, passamos à análise das cláusulas presentes no Edital do Bloco 3.

A cláusula 33.1 do Edital do Bloco 3 estabelece que a sistemática de remuneração proposta está prevista no Contrato nº 21.2.0562.1, celebrado entre o BNDES e o Estado do Rio de Janeiro (“Contrato BNDES”).

O item 33.2 prevê que as valores devidos ao BNDES a título de remuneração e ressarcimento (i) deverão ser considerados pelos licitantes para a formulação das propostas comerciais (subitem 33.2.1); (ii) serão pagos diretamente ao BNDES pela licitante vencedora (subitem 33.2.2); (iii) não estão submetidos ao valor da outorga fixa (subitem 33.2.3).

²² 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.

²³ “**3.1.1. Remuneração fixa** Os valores a título de “Remuneração Fixa” têm por objetivo compensar parcialmente os custos diretos do BNDES com a estruturação do projeto, não havendo, portanto, qualquer componente de ganho econômico (lucro) para o BNDES.” (Nota AGOV/DENOR nº 07/2021– SEI 20132598)

²⁴ “**3.1.3. Remuneração variável** A Res. Dir. nº 3.736/2021 – BNDES estabeleceu que a remuneração variável para projetos de concessões e PPPs será equivalente ao valor da base de cálculo x tabela de alíquotas, sendo que estas variáveis são calculadas da seguinte forma: Valor da base de cálculo: Será obtido pela adição: (i) do valor apurado a título de pagamento de OUTORGA (no caso de outorga parcelada, o somatório nominal dos primeiros cinco anos), conforme proposto pelo vencedor da licitação realizada para a estruturação do Empreendimento; com (ii) o valor estimado do somatório nominal do investimento (CAPEX) projetado para os cinco primeiros anos, conforme apontado na conclusão dos estudos técnicos realizados pelo BNDES e aprovados pelo Cliente.” (Nota AGOV/DENOR nº 07/2021– SEI 20132598)

²⁵ “**3.2. Ressarcimento** O BNDES deverá ser ressarcido pelos gastos incorridos com a contratação de serviços técnicos de consultorias, bem como outros custos necessários à composição do Projeto de Estruturação, para cada projeto em referência.” (Nota AGOV/DENOR nº 07/2021– SEI 20132598)

A redação do subitem 33.2.3 explicita que os valores de ressarcimento e remuneração não serão descontados do valor da outorga fixa destinada ao Estado e aos titulares dos serviços de saneamento básico.

O item 33.3 previu o valor estimado de remuneração fixa em até R\$ 1.950.000,00. O valor encontra-se previsto na cláusula terceira, item I, (a), do Contrato BNDES²⁶ (SEI 21548218). Entretanto, observamos que esse valor não encontra justificativa na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e Nota AGOV/DENOR nº 09/2021 (SEI 20132598).

Outra observação sobre o item 33.3 diz respeito à sua redação. O termo “parcela fixa” pode gerar confusão com outras cláusulas do Edital, como as parcelas da outorga fixa. Recomenda-se, portanto, que (i) seja utilizado o termo “remuneração fixa”, presente Nota Técnica AGOV/DENOR nº 07/2021; e (ii) conste como termo definido no Edital do Bloco 3 e, se for o caso, no contrato.

O subitem 33.3.1 determina a atualização monetária de acordo com o IPCA, o que está de acordo com a cláusula terceira, parágrafo primeiro, do Contrato BNDES²⁷ (SEI 221548218) e indica como data-base o mês de agosto de 2021.

A cláusula 33.4 dispõe sobre o ressarcimento dos gastos incorridos pelo BNDES com a contratação de serviços de terceiros e determina que a licitante vencedora comprovará o pagamento de tal ressarcimento. Segundo a cláusula quarta do Contrato BNDES (SEI 21548218) esse valor corresponde até R\$ 1.151.564,00²⁸ e a Nota Técnica AGOV/DENOR nº 07/2021 afirma que se refere à contratação do Consórcio vencedor Fator/Concremat/VG&P – Saneamento Rio de Janeiro. Em linhas gerais, a cláusula e seus subitens estabelecem o pagamento do ressarcimento como condição para assinatura do contrato, em consonância com a cláusula quinta, parágrafo primeiro, I do Contrato BNDES²⁹ (SEI 21548218) e o IPCA como índice de correção monetária, o que está em consonância com a cláusula quarta, parágrafo primeiro do Contrato BNDES (SEI 21548218).

Destacamos que o subitem 33.4.1 dispõe sobre o ressarcimento de despesas desembolsadas pelo BNDES até a assinatura do contrato. Já o subitem 33.4.2 dispõe sobre o pagamento de ressarcimento residual pelas despesas desembolsadas pelo BNDES após a assinatura do contrato de concessão.

O subitem 33.4.3 pretende estabelecer uma estimativa dos valores de ressarcimento pelos desembolsos do BNDES e pretende fixar data de referência para incidência da correção monetária. O subitem não apresenta o valor estimado e não fixa quais seriam essas datas. Além disso, a redação da parte final do subitem dispõe que às despesas dos subitens 33.4.2 e 33.4.3 serão “*somadas às despesas restantes estimadas para pagamento pelo BNDES no âmbito da estruturação da concessão.*” Não

26 TERCEIRA REMUNERAÇÃO

O CLIENTE pagará ao BNDES, observado o disposto no Anexo I e na Cláusula Quinta (Pagamento), como retribuição pela prestação dos serviços descritos na Cláusula Primeira (Natureza e Finalidade):

I - Em caso de sucesso do Projeto, de acordo com o Parágrafo Segundo desta Cláusula, a soma dos valores estipulados nas alíneas “a” e “b” abaixo:

a) parcela fixa equivalente a R\$ 1.950.000,00 (um milhão novecentos e cinquenta mil reais); e;

27 TERCEIRA REMUNERAÇÃO (...)

PARÁGRAFO PRIMEIRO Os valores de remuneração descritos na alínea “a” do inciso I e no inciso II do caput desta Cláusula serão reajustados a cada período de um ano, contado a partir da data do início da vigência deste Contrato, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA ou por outro índice oficial que venha a substituí-lo ou, na ausência de substituto, pela média simples dos principais índices econômicos que apuram a inflação.

28 QUARTA RESSARCIMENTO DE GASTOS COM TERCEIROS

Observado o disposto no Anexo II e na Cláusula Quinta (Pagamento), o CLIENTE se obriga a ressarcir o BNDES pelos gastos incorridos com terceiros, no valor de até R\$ 1.151.564,00 (Um milhão, cento e cinquenta e um mil, quinhentos e sessenta e quatro reais) corrigidos conforme os Parágrafos Primeiro e Segundo desta Cláusula.

29 QUINTA PAGAMENTO

Cabe ao CLIENTE o pagamento dos valores descritos na Cláusula Terceira (Remuneração) e na Cláusula Quarta (Ressarcimento de Gastos com Terceiros). **PARÁGRAFO PRIMEIRO** Em caso de sucesso do Projeto, a obrigação de pagamento descrita no inciso I da Cláusula Terceira (Remuneração) e na Cláusula Quarta (Ressarcimento de Gastos com Terceiros), deverá: I - ser imputada ao vencedor do certame como condição prévia à celebração do contrato de concessão decorrente;

ficam claras quais despesas adicionais seriam essas. Em prestígio à segurança jurídica do certame, recomenda-se que sejam especificadas tais despesas, com referência à cláusula do contrato de concessão, caso houver.

Também é cabível alerta quanto as datas a serem fixadas como referência para incidência da correção monetária. Como as datas ainda não foram inseridas, é preciso especial cuidado para que haja compatibilidade entre os subitens 33.4.1 a 33.4.4, evitando-se uma dupla incidência do índice de correção.

A cláusula 33.5 determina que a licitante vencedora deverá comprovar o pagamento do valor da parcela variável de remuneração de acordo com a fórmula apresentada no Edital. Um primeiro alerta é que as alíquotas presentes na tabela para o cálculo da remuneração variável não correspondem às alíquotas presentes na cláusula terceira I, (b) do Contrato BNDES (SEI 21548218). É necessário que essa diferença entre as alíquotas seja corrigida ou, ao menos, justificada.

Uma segunda observação diz respeito ao termo “*parcela variável*” que pode causar confusão na sistemática do edital. Nesse sentido, recomenda-se que seja utilizado o termo “*remuneração variável*”, presente nas Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e Nota AGOV/DENOR nº 09/2021 (SEI 20132598) e que conste como termo definido no Edital e, se for o caso, no contrato.

Outra observação possível diz respeito ao momento em que o licitante vencedor deverá comprovar o pagamento da remuneração variável. Esse pagamento seria condição para a assinatura do contrato de concessão? A cláusula quinta, parágrafo primeiro do Contrato BNDES (SEI 21548218) leva a crer que sim. Entretanto, como o Contrato BNDES não integra os anexos do Edital, é recomendável que a cláusula preveja expressamente o pagamento da remuneração variável como condição para assinatura do contrato.

3.7. Disposições finais

3.7.1. Comunicações

Não vislumbramos, em tese, quaisquer observações ou óbices jurídicos quanto ao conteúdo deste tópico.

3.7.2. Contagem dos prazos

Não vislumbramos quaisquer observações ou óbices jurídicos quanto ao conteúdo deste tópico, que está de acordo com o disposto no art. 110 da Lei no 8.666/1993³⁰.

3.7.3. Disposições diversas

Em linha com a sugestão realizada no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, foi introduzida a cláusula 36.2. O mesmo se diga quanto à redação da Cláusula 36.7.1 (atual 36.6.1) e quanto à localização da antiga cláusula 36.1 (atual 30.7).

A cláusula 36.6, que tratava da possibilidade de extensão da área de concessão, foi suprimida, o que significa, ao que tudo indica, que não poderão ser incluídos novos municípios, salvo o esgotamento sanitário da AP-5, previsto na cláusula 36.6.2. Tal aspecto merece confirmação. A nova redação parece

³⁰ 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.

sugerir o seguinte: (i) não poderão ser incluídos novos municípios; (ii) há municípios que estão incluídos na concessão que ainda estão submetidos a concessões que foram realizadas previamente. Nesse caso, só poderão passar à operação do licitante vencedor com o término dessas concessões existentes. Pressupondo que seja essa a sistemática, **cabe realizar um apontamento.**

A cláusula 36.6.2 indica que a concessão pré-existente do esgotamento sanitário da AP-5 celebrada com o operador privado será incluída no objeto da Concessão, caso obedecidas as exigências do Contrato. Essa previsão já constava da Cláusula 36.7.2 do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020, cujas sugestões reiteramos integralmente, sobretudo quanto à necessidade de que o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana decidisse de forma expressa e específica sobre o ingresso dos futuros Municípios. A avaliação deve se dar antes da realização da licitação. Note-se que a cláusula 36.6.1 posterga essa decisão para o momento de término dos contratos atuais dos referidos Municípios com os operadores privados, o que, insiste-se, pode influenciar no valor de outorga a ser proposto pelos licitantes.

Outra questão diz respeito ao Município de Rio das Ostras que, segundo o Anexo IV e a cláusula 32.4 do Contrato de Concessão, também poderá integrar futuramente a área da concessão. Nesse sentido, o Município deve constar no item 36.6 e 36.6.2. Outras observações sobre a área da concessão foram objeto do capítulo **3.1.3** do Parecer e se aplicam nesse tópico.

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 dessa concessão que está em curso (ou seja, a partir de que momento a concessionária deverá acrescer esse local à prestação de seus serviços).

4. 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.

4.1. 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 dois modelos de garantia de proposta, subdivididos da seguinte forma:

1. Garantia de proposta da licitante na modalidade fiança bancária;
2. Garantia de proposta da licitante na modalidade seguro garantia.

O primeiro ponto de destaque consiste na ausência de modelo de garantia da proposta para a caução em dinheiro e modelo de garantia da proposta para caução em títulos da dívida pública, ambas previstas como modalidades de garantia da proposta nos subitens 20.2.1 e 20.2.2 do Edital do Bloco 3. Os referidos modelos constaram no Anexo II do Edital da Concorrência Internacional nº 01/2020 e não se vislumbram motivos para que não constem no presente Edital do Bloco 3.

Mesmo os modelos apresentados parecem ter adotado padrão diverso de carta, não apresentando endereçamento, o que se diferencia dos modelos apresentados no Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020. Outro ponto que merece destaque diz respeito à ausência de assinaturas nos modelos apresentados, elemento imprescindível para indicar a adesão do licitante à proposta.

Quanto à exigência de assinaturas, tanto a garantia de proposta na modalidade fiança bancária, quanto a garantia de proposta na modalidade seguro garantia envolvem apresentação de garantias que incluem assunção de obrigações por terceiros.

O primeiro modelo, a ser usado em caso de apresentação de garantia por meio 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. 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 Paulo³¹ e do Estado do Ceará³² reservam espaço de assinatura da instituição financeira. De igual modo, os 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 financeira³³.

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 ANATEL³⁴ e da ANP³⁵ indicam a necessidade de assinatura da seguradora.

4.2. Anexo III: Modelo de proposta comercial.

Em relação ao modelo de proposta comercial (anexo III), os itens 3.1 e 3.3 do Anexo III parecem estar compatíveis com o item 21.3, a e c do Edital do Bloco 3, respectivamente.

Entretanto, o item 3.2 indica o percentual de 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, essa interpretação traria inconsistência em relação à cláusula 21.3, b do Edital do Bloco 3 e, portanto, é preciso que o setor técnico verifique e ajuste tal ponto.

4.3. Anexo IV: Área de concessão.

O anexo IV, destinado a indicar as áreas da concessão, apresenta quadros com os Municípios e os bairros do Município do Rio de Janeiro que integram o objeto da concessão. Os bairros dos Municípios do Rio de Janeiro que integram o Bloco 3 fazem parte daquilo que se convencionou chamar de AP-5. Segundo a redação do anexo, a AP-5 é área cuja gestão comercial é de responsabilidade da Concessionária Zona Oeste Mais Saneamento até o fim do seu contrato. Ainda assim, a referida

³¹ 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.

³² Disponível em:

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

³³ Disponível em: <http://www.parcerias.sp.gov.br/Parcerias/Documento/Download?codigo=29764>. Acesso em 18.10.2020.

³⁴ Disponível em:

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

³⁵ Disponível em: http://rodadas.anp.gov.br/arquivos/Round7/arquivos_r7/edital/ANEXOS_A/ANEXO_VII.doc. Acesso em 18.10.2020.

concessionária está submetida aos termos do Anexo IV – Cadernos de Encargos da Concessão e Anexo XV – Contratos de Interdependência pré-existentes, ambos anexos ao contrato de concessão³⁶.

Lembramos que o capítulo **3.1.3** deste Parecer já tratou do contexto das concessões pré-existentes na AP-5 e no Município de Rio das Ostras, por isso, reiteramos as sugestões e recomendações ali descritas e agora comentaremos a redação do Anexo IV. O Anexo destaca que nos bairros do Município do Rio de Janeiro (AP-5) e em parte do Município de Itaguaí, a CEDAE será responsável pelo fornecimento de água potável. Além disso, a operação nos municípios do Rio de Janeiro (AP-5) e de Rio das Ostras limita-se ao abastecimento de água, subtraindo a operação do esgotamento sanitário.

O primeiro ponto é que a redação do Anexo IV precisa ser aprimorada. O termo “Sistema Produtor” não se encontra definido na minuta do Edital do Bloco 3 ou na minuta do Contrato. Pela complexidade do projeto e pela intrincada gama de instrumentos contratuais que o integram, recomenda-se o uso de uma terminologia uniforme que facilite a compreensão e a segurança do Edital. É preciso definir se a CEDAE ficará responsável pelo *upstream* completo (captação, adução e tratamento de água bruta), podendo ser usado o termo “PRODUÇÃO DE ÁGUA”, conforme definido no item 1.2.47 do Edital do Bloco 3 ou se a CEDAE apenas fornecerá água potável.

No mesmo sentido, a parte final do anexo afirma que “a operação nos municípios do Rio de Janeiro (AP-5) e de Rio das Ostras limita-se ao abastecimento de água, não estando incluído no escopo a operação do esgotamento sanitário” demanda ajustes. Em primeiro lugar, a AP-5 refere-se aos bairros do município do Rio de Janeiro e não aos “municípios do Rio de Janeiro” como expresso no anexo. Em segundo lugar, reitera-se a importância de usar os termos definidos no Edital e Contrato para delimitar quais serviços estão abrangidos no escopo do Bloco 3. Ao que tudo indica, no que toca os bairros integrantes da AP-5 e o Município de Rio das Ostras, apenas os “SERVIÇOS” de abastecimento de água (termo definido no item 1.2.53, (a) do Edital) integram o escopo do Bloco 3. O serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e em Rio das Ostras, por seu turno, está excluído do escopo do Bloco 3.

Em reforço à necessidade de se definir expressamente quais serviços integram o objeto da concessão, destacamos a redação do Caderno de Encargos (Anexos IV do contrato de concessão - SEI 23008863) que determina que a concessionária sucederá a CEDAE na prestação dos serviços de abastecimento de água, assumindo os direitos e as obrigações no contrato de interdependência existente³⁷. No mesmo sentido, o contrato de interdependência (Anexo VI ao Contrato de Concessão – SEI 23008863), no considerando VI³⁸, dispõe que a AP-5 manterá a relação de interdependência. Diante da menção expressa do contrato de interdependência pré-existente (SEI 23076975) e da aparente manutenção dos seus termos, é recomendável que se explicitem quais são os serviços efetivamente envolvidos na concessão e quais serão assumidos pela licitante vencedora, em especial, em relação à AP-5 ou Município de Rio das Ostras e Itaguaí.

Outro alerta necessário diz respeito à delimitação temporal da concessão pré-existente na área da AP-5, além de definir qual o escopo exato da concessão nessa área específica.

³⁶ No bloco 3, o Sistema Produtor operado pela CEDAE, composto pelos sistemas Guandu, Lajes, Acari e Imunana-Laranjal fornecerá água potável ao município do Rio de Janeiro (AP-5) e para uma parte do município de Itaguaí. A gestão comercial do município do Rio de Janeiro (AP-5) é de responsabilidade da Concessionária Zona Oeste Mais Saneamento, devendo a CONCESSIONÁRIA atuar, no que tange a gestão comercial, nos termos do ANEXO IV- CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSÃO e do ANEXO XV – CONTRATOS DE INTERDEPENDÊNCIA PRÉ-EXISTENTES.

A operação nos municípios do Rio de Janeiro (AP-5) e de Rio das Ostras limita-se ao abastecimento de água, não estando incluído no escopo a operação do esgotamento sanitário

³⁷ “Em vista da pré-existência do referido contrato de concessão do esgotamento sanitário da AP-5, a CONCESSIONÁRIA sucederá a CEDAE na prestação dos serviços de abastecimento de água, assumindo os direitos e as obrigações da Companhia no contrato de interdependência existente.”

³⁸ (vi) Nos municípios do Rio De Janeiro (AP-5) e Itaguaí, que são integrantes do BLOCO, as PARTES manterão relação de interdependência, nos termos do artigo 12 da Lei federal nº 11.445/07, com vistas a possibilitar a plena e eficiente execução dos serviços que constituem objeto dos CONTRATOS DE CONCESSÃO e do CONTRATO DE PRODUÇÃO DE ÁGUA;

Também entendemos que o Anexo IV deve fazer referência às cláusulas 23.2.22, 24.1.11, 27 e 32.4 do Contrato de Concessão que apresentam disposições específicas em relação à AP-5 e ao Município de Rio das Ostras.

5. Sugestões quanto a aspectos formais e de edição

Sugere-se uma revisão formal do parecer. Percebe-se alguns erros de digitação e de numeração dos itens.

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, referentes ao Bloco 03, objeto de análise deste parecer, são viáveis juridicamente. Todavia, **parece indispensável o reforço da instrução processual, com a inclusão de notas e justificativas técnicas acerca das opções eleitas e alterações promovidas em relação ao edital anterior.**

É preciso, ainda, proceder alguns ajustes, **conforme indicados ao longo deste parecer e na sua fundamentação.** Os mais importantes (entre os quais há também recomendações, a serem avaliadas pelo gestor consoante sua conveniência e oportunidade), representaram alterações em relação ao edital examinado por ocasião do Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, estão sumariados abaixo:

1. Preâmbulo e disposições iniciais:

1.1. Qualificação do Estado:

1.1.1. Considerando a titularidade da Região Metropolitana e dos Municípios não metropolitanos dos serviços de saneamento, reiteram-se as sugestões quanto à adequação da redação dos itens 1.2.52 e 5.5 que na minuta atual correspondem aos itens 1.2.49 e 5.4 e nos itens 20.11, 20.15, 32.4 e 32.6 que mantiveram a numeração em ambas as minutas, com objetivo de incrementar a segurança jurídica do projeto;

1.2. Disposições referentes ao pagamento de outorga fixa e variável:

1.2.1. Remetemos às observações do Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, tendo em vista que não houve alteração nesse ponto da minuta do Edital do Bloco 3;

1.3. Área da concessão e as concessões pré-existentes:

1.3.1. A primeira recomendação em relação ao item 1.2.4 foi no sentido de esclarecer se as áreas que, no futuro, se tornem urbanas passarão a integrar a concessão;

1.3.2. A segunda recomendação diz respeito às concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e do Município de Rio das Ostras. Destacou-se a necessidade de explicitar as áreas de concessão pré-existentes e quais serviços serão imediatamente assumidos nessas áreas, evitando futuras discussões acerca do equilíbrio econômico-financeiro;

1.4. Outros aspectos:

1.4.1. Recomendou-se a inclusão da definição do termo “adjudicatário” na cláusula 1, já que o termo foi introduzido em diversas cláusulas do Edital do Bloco 3, como nos itens 30.1, 30.2, 30.5, 30.7, 31.1, 31.2, 31.3 e 31.5, mas não possui definição do Edital;

2. Procedimento licitatório:

2.1. Reiterou-se as recomendações presentes no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, em especial, em relação ao único apontamento que parece não ter sido acatado, referente ao item 9.2.1, no que diz respeito à definição do prazo de resposta das licitantes para esclarecimento sobre os documentos por elas apresentados.

3. Condições gerais:

3.1. Constatou-se a alteração da redação do item 13.2 que dispõe sobre as entidades com participação autorizada na licitação. Diante da alteração, indicou-se a necessidade de motivação específica para a alteração;

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

4.1. Proposta comercial:

4.1.1. Os itens 21.8.5 e 21.8.6 sofreram especial alteração, tendo sido indicadas três possíveis inconsistências que podem ser resumidas da seguinte forma: (i) abrangência da atualização monetária prevista em relação às três parcelas da outorga fixa; (ii) o termo final da incidência da correção monetária; (iii) a correção monetária deve abranger também a proposta comercial que apresente ágio em relação à outorga fixa;

4.1.2. Reiterou-se a recomendação para 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;

4.2. Documentos de habilitação:

4.2.1. Habilitação jurídica e qualificação econômico-financeira: Indicou-se a necessidade de motivação específica para que a não inclusão dos documentos previstos no art. 31 da Lei 8.666/1993, 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, não tenham sido exigidos;

4.2.2. Qualificação técnica: as observações se deram no seguinte sentido:

4.2.2.1. Os itens 22.11.1 e 22.11.1.7 sofreram alteração da sua redação, fazendo-se necessário esclarecimento se o objetivo da alteração foi destacar a possibilidade do meio de prova por contrato de financiamento, talvez para privilegiar a competitividade;

4.2.2.2. Também no item 22.11.1 foram excluídos os exemplos do setor de infraestrutura em que a licitante poderia comprovar a captação de recursos, o que merece justificativa;

4.2.2.3. Necessidade de definição do valor mínimo de captação de recursos;

4.2.2.4. A cláusula 22.11.1.2 foi alterada para admitir expressamente o somatório do quantitativo para as licitantes individuais ou organizadas em consórcio. A cláusula 22.11.1.3 também foi alterada para prever regramento adicional em relação à comprovação da qualificação técnico-operacional dos licitantes consorciados. É possível cogitar que a alteração possua relação com o aumento da competitividade e atração de licitantes; inobstante a isso, essa inovação depende de justificativa técnica;

4.2.2.5. Em relação ao item 22.11.1.7 sugeriu-se que a redação seja adequada para prever algumas formalidades para os documentos apresentados, como a efetiva celebração do contrato, autenticação ou reconhecimento de firma para que se incremente a segurança jurídica dos documentos apresentados;

4.2.2.6. Os itens 22.11.2 e 22.11.2.2 sofreram alteração para suprimir a exigência de CAT para comprovação da experiência profissional prevista na Edital, trata-se de alteração que reclama justificativa específica;

4.2.2.7. O item 22.11.2.1 parece ter sofrido alteração para detalhamento mais preciso da capacidade técnico-profissional, o que deve ser objeto de justificativa;

4.2.2.8. Reiterou-se as observações presentes no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, especificamente, sobre as cláusulas 22.11.1.2, 22.11.2 e 22.11.5;

4.2.3. Regularidade fiscal e trabalhista:

4.2.3.1. Reiterou-se a recomendação presente no Parecer conjunto nº 01-20/ARCY e FAG em relação às cláusulas 22.11.6 e 22.11.7, para que se explicita qual certidão deve ser apresentada, a fim de garantir maior segurança jurídica tanto para quem participa da licitação, como para quem julga;

4.3. Participação em consórcio

4.3.1. No item 23.15, conforme já destacado no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, sugeriu-se a previsão no Edital do Bloco 3 da viabilidade da alteração da composição ou constituição do consórcio após a assinatura do contrato, deixando claro que eventual modificação da composição societária após a assinatura do contrato dependerá de anuência prévia do Poder Concedente;

4.3.2. Reiterou-se a recomendação, presente no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG, para que o Edital do Bloco 3 admita em cláusula específica o consórcio entre empresas estrangeiras;

4.4. Participação de licitantes estrangeiras: Reiterou-se, por fim, a recomendação pretérita de 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. Quanto ao item 25.11, reiterou-se a recomendação trazida pelo Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG, de que, nos eventos 9 e 10, referentes ao termo final para julgamento de impugnações para licitante e não-licitante, haja a adequação da nomenclatura utilizada;

5.1.2. Reiterou-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;

5.2. Sessão de abertura da licitação:

5.2.1. Abertura, exame e julgamento das propostas comerciais:

5.2.1.1. Reiterou-se integralmente as recomendações trazidas pelo Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY-FAG que podem ser assim enumerados (i) na cláusula 27.11, para que haja expressa referência ao princípio do formalismo moderado; (ii) no item 27.15, destacou-se a necessidade de esclarecimento e justificação quanto ao percentual de 20% para admissão de lances viva-voz; (iii) na cláusula 27.16.4, para que conste na cláusula definições do conceito de lance intermediário, bem como a justificativa para a sua vedação na etapa de lances viva-voz;

5.2.2. Abertura, exame e julgamento dos documentos de habilitação: destacou-se as alterações redacionais das cláusulas 28.1, 28.3, 28.3.2, 28.4 e 28.5 e a supressão da cláusula 28.7, a fim de adequar o instrumento ao leilão apenas do Bloco 3, além da expressão menção ao princípio do formalismo moderado na cláusula 28.8;

5.3. Recursos:

5.3.1. Recomendou-se a inclusão expressa da autoridade competente para julgamento do recurso, constante da cláusula 29.6.1, em linha com a orientação exarada no Parecer Conjunto nº 01-2020/ARCY-FAG. Quanto ao ponto, reiterou-se a sugestão de que seja incluída expressa previsão à autoridade competente para adjudicação e homologação do certame, a qual segue omissa no edital;

5.3.2. Também se reiterou a sugestão de que seja previsto expressamente o efeito suspensivo do recurso administrativo, em linha com o §2º do art. 109 da Lei nº 8.666/1993. O silêncio do Edital quanto ao ponto não afasta a incidência do dispositivo, conforme já demonstrado no Parecer Conjunto nº 0-20/ARCY-FAG;

6. Condições para formalização do contrato:

6.1. Nesse ponto, reiteramos a observação geral acerca da necessidade de inclusão do termo “adjudicatária” nas definições do Edital, bem como seja realizado esclarecimento acerca da relevância da mudança do termo “licitante vencedora” por “adjudicatária”;

6.2. Convocação para celebração do contrato: na cláusula 30.2.8, foram excluídas a CAESP e CAM-CCBC como instituições possíveis de escolha para eventual procedimento de arbitragem decorrente do Contrato, nesse sentido, é preciso que seja justificado o motivo da supressão;

6.3. Garantia de execução do contrato: na cláusula 32.1, ressaltou-se a necessidade de justificativa do eventual valor apresentado;

6.4. Ressarcimento dos estudos vinculados à concessão:

6.4.1. Destacou-se que o item 33.3 prevê remuneração fixa de R\$ 1.950.000,00 devida ao BNDES. Apesar de tal valor estar previsto na cláusula terceira, item I, (a), do Contrato BNDES (SEI 21548218), o valor não encontra justificativa na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e Nota AGOV/DENOR nº 09/2021 (SEI 20132598);

6.4.2. Ainda em relação ao item 33.3, recomendou-se que seja utilizado o termo “remuneração fixa”, presente na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021, no Edital e, se for o caso, no contrato;

6.4.3. No que toca ao subitem 33.4.3, recomendou-se o esclarecimento sobre quais seriam despesas adicionais devidas ao BNDES, devendo ser especificadas, com referência à cláusula do contrato de concessão, caso houver;

6.4.4. A cláusula 33.5 dispõe sobre parcela variável de remuneração do BNDES e a sua forma de cálculo. Destacou-se que há uma diferença entre as alíquotas presentes no Edital do Bloco 3 e as alíquotas previstas na cláusula terceira, I, (b) do Contrato BNDES, o que deve ser corrigido ou justificado. Além disso, recomendou-se o uso do termo “remuneração variável”, presente na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e Nota AGOV/DENOR nº 09/2021 (SEI 20132598), que deve constar como termo definido no Edital e, se for o caso, no contrato;

6.4.5. Recomendou-se que o Edital preveja expressamente o pagamento da remuneração variável como condição para assinatura do contrato, na linha do que dispõe a cláusula quinta, parágrafo primeiro do Contrato BNDES;

7. Disposições finais

7.1. Disposições diversas:

7.1.1. Na cláusula 36.6.2, reiterou-se a necessidade de que o Conselho Deliberativo da Região Metropolitana decida de forma expressa e específica sobre o ingresso dos futuros Municípios na concessão. A avaliação deve se dar antes da realização da licitação. Observou-se que a cláusula 36.6.1 posterga essa decisão para o momento de término dos contratos atuais dos referidos Municípios com os operadores privados, o que pode influenciar no valor de outorga a ser proposto pelos licitantes;

7.1.2. Deve ser confirmado se a inclusão de novos Municípios encontra-se vedada, o que se depreendeu a partir da comparação entre os editais, especialmente da antiga cláusula 36.6 do edital de concorrência internacional nº 01/20;

7.1.3. Outra questão apontada diz respeito ao Município de Rio das Ostras que, segundo o Anexo IV e a cláusula 32.4 do Contrato de Concessão, também poderá integrar futuramente a área da concessão. Nesse sentido, o Município deve constar nos itens 36.6 e 36.6.2;

7.1.4. Ainda no que diz respeito aos itens 36.6 e 36.6.2, recomendou-se que seja incluída 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);

8. Análise dos anexos II (Modelo de cartas e declarações), III (Modelo de proposta Comercial) e IV (área de concessão) do Edital do Bloco 3:

8.1. Anexo II: Modelo de cartas e declarações:

8.1.1. Alertou-se quanto à ausência do modelo de garantia da proposta para a caução em dinheiro e modelo de garantia da proposta para caução em títulos da dívida pública, o que não se vislumbraram motivos;

8.1.2. Nos modelos efetivamente anexados, destacou-se a ausência de assinaturas, elemento imprescindível para indicar a adesão do licitante à proposta. Além disso, nos modelos de garantia de proposta por fiança bancária e seguro garantia, recomendou-se que prevejam a assinatura do Banco fiador, para fins de segurança jurídica;

8.2. Anexo III: Modelo de proposta comercial:

8.2.1. Destacou-se que o item 3.2 indica o percentual de 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, essa interpretação traria inconsistência em relação à cláusula 21.3, b do Edital do Bloco 3 e, portanto, é preciso que o setor técnico verifique e ajuste tal ponto.

8.3. Anexo IV: Área de concessão:

8.3.1. Destacou-se a necessidade de aprimoramento da redação do Anexo IV, primeiro em relação à AP-5 e parte do Município de Itaguaí, deve ser definido se a CEDAE ficará responsável pelo *upstream* completo (captação, adução e tratamento de água bruta), recomendando-se o uso do termo “PRODUÇÃO DE ÁGUA”, conforme definido no item 1.2.47 do Edital do Bloco 3 ou se a CEDAE apenas fornecerá água potável;

8.3.2. Recomendou-se a adequação da redação do Anexo para que conste que a AP-5 é formada pelos bairros do Município do Rio de Janeiro;

8.3.3. Indicou-se, também, a necessidade de definição dos serviços abrangidos no escopo do Bloco 3, dependendo ser usados os termos definidos no Edital do Bloco 3 para que não restem dúvidas. Ao que tudo indica, no que toca os bairros integrantes da AP-5 e o Município de Rio das Ostras, apenas os “SERVIÇOS” de abastecimento de água (termo definido no item 1.2.53, (a) do Edital) integram o escopo do Bloco 3. O serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e em Rio das Ostras, por seu turno, está excluído do escopo do Bloco 3;

8.3.4. Recomendou-se, portanto, que se explicitem quais são os serviços efetivamente envolvidos na concessão e quais serão assumidos pela licitante vencedora, em especial, em relação à AP-5 ou Município de Rio das Ostras e Itaguaí;

8.3.5. Alertou-se sobre a necessidade de delimitação temporal da concessão pré-existente na área da AP-5, além de definir qual o escopo exato da concessão nessa área específica;

8.3.6. Sugeriu-se que o Anexo IV faça referência às cláusulas 23.2.22, 24.1.11, 27 e 32.4 do Contrato de Concessão que apresentam disposições específicas em relação à AP-5 e ao Município de Rio das Ostras;

9. Por fim, sugeriu-se uma revisão geral quanto aos aspectos formais e de edição da minuta do Edital do Bloco 3.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2021.

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Procurador do Estado

Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa (PG-17)

ANDRÉ RODRIGUES CYRINO

Procurador Assistente da Procuradoria Administrativa (PG-17)

VISTO

P.A. nº SEI-150001/008936/2021

Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral do Estado,

Na qualidade de membros integrantes do Grupo de Trabalho instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020¹, encaminhamos o Parecer Conjunto nº 01-21/ARCY-FAG (SEI 23698172), da lavra dos i. Procuradores do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO e FLÁVIO AMARAL GARCIA, por meio da qual analisaram, sob o ângulo estritamente jurídico, e a partir da consulta encaminhada pela Secretaria de Estado da Casa Civil (SEI 22458096), a minuta do Edital de Concorrência Internacional para concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares prestados nos Municípios localizados no Bloco 3 (SEI 23009325).

Destaca-se que o Parecer Conjunto foi submetido à análise e, portanto, amplamente debatido pelo Grupo de Trabalho, que, por meio dos seus Procuradores integrantes – que subscrevem a presente manifestação – permitiram ajustes pontuais e, ao final, aprovaram o trabalho conjunto.

As conclusões do Parecer Conjunto, portanto, foram integralmente chanceladas pelo Grupo de Trabalho e, de modo a evitar repetições desnecessárias, faz-se especial referência ao capítulo de encerramento do Parecer Conjunto que didaticamente listou os aspectos mais relevantes do opinamento e as recomendações para as instâncias técnicas diretamente responsáveis pela modelagem do projeto (página 35 a 43 – SEI 23698172).

Em consonância com o Parecer Conjunto, é possível destacar seis pontos de especial importância que foram abordados no opinamento, o que não exclui a leitura completa do Parecer Conjunto nº 01-21/ARCY-FAG.

O **primeiro ponto** é que a presente consulta tratou de um desdobramento da Concorrência Internacional nº 01/20, que foi parcialmente deserta. A referida concorrência visou implementar o projeto de desestatização do serviço de saneamento básico dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, que se deu por meio de prestação regionalizada dividida em quatro blocos. Se por um lado o bloco 3 recaiu em hipótese de licitação deserta, por outro o leilão dos blocos 1, 2 e 4 foi amplamente exitoso, garantindo um ágio médio de 133% e outorga que somou R\$ 22,7 bilhões.

Daí decorre o **segundo ponto** apontado no Parecer Conjunto. A bem-sucedida experiência pretérita justifica a reprodução, com as devidas adaptações, do modelo anteriormente utilizado. Como bem destacado no Parecer Conjunto, elementos gerais inerentes a qualquer Contrato de Concessão e Edital de Licitação, bem como aspectos específicos relacionados ao projeto de concessão, foram devidamente examinados no Parecer Conjunto nº 01-20/ARCY e FAG e, por esse motivo, todos os apontamentos, sugestões e recomendações realizados naquela oportunidade mantêm sua pertinência e são aplicáveis ao Edital do Bloco 3 sob análise, **recomendando-se uma leitura conjunta dos pareceres.**

É nesse sentido, também, que se justifica o opinamento, ora aprovado, ter se debruçado apenas sobre as cláusulas que sofreram alterações em relação do Edital de Concorrência Internacional nº 01/20.

O **terceiro ponto** a merecer destaque é a questão da titularidade. Não obstante reiterado no parecer, relevante chamar a atenção no presente Visto a consolidada posição da Procuradoria Geral do Estado no sentido de que o Estado do Rio de Janeiro não é o titular do serviço, mas sim a Região Metropolitana e os Municípios não Metropolitanos

¹Grupo 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.

O **quarto ponto** relevante a merecer registro guarda relação com a inclusão de treze novos Municípios no objeto da concessão, são eles, Bom Jardim, Bom Jesus de Itabapoana, Carapebus, Carmo, Itaperuna, Macacu, Natividade, Rio das Ostras, São Fidélis, São José de Ubá, Seropédica, Trajano de Moraes e Vassouras. Além dos novos Municípios, continuam a integrar a área da concessão os Municípios de Itaguaí, Paracambi, Pinheiral, Rio Claro, Seropédica e os bairros do Município do Rio de Janeiro, os quais compõem a Área de Planejamento 5 (“AP-5”).

A inclusão de novos Municípios atrai uma complexidade adicional ao projeto, o que deve ser refletido na modelagem do Edital e do Contrato. Além disso, a licitação deserta pode acarretar reavaliação dos mecanismos de incentivos e de cumprimento de metas contratuais. **Todas essas inovações trazidas na minuta do Bloco 3 devem ser objeto de justificativas e motivação técnica no processo administrativo.**

Especificamente quanto à área da concessão, os pareceristas destacaram a convivência entre o presente leilão e as concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e no Município de Rio das Ostras.

Da mesma forma que as concessões de Petrópolis, Niterói e Guapimirim, o contrato de concessão da AP-5, firmado em 2012, é anterior à instituição da nova conformação da Região Metropolitana (que se deu com a Lei Complementar Estadual nº 184 de 2018), e à decisão do STF na adi n. 1842, época em que os Municípios se consideravam (e atuavam) como titulares do serviço, ainda que a questão estivesse aguardando a decisão do STF. Quanto ao contrato da AP-5 deve ser mencionado que sua celebração teve como base instrumento negocial celebrado entre o Estado e o Município do Rio de Janeiro (*Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações*), previamente analisado por esta PGE. Tudo isso recomenda que tais instrumentos sejam preservados, inclusive em homenagem à segurança jurídica.

O ponto de atenção a merecer reflexão detida refere-se à coordenação, articulação e governação entre o novo contrato a ser celebrado após a licitação do Bloco 03 com as referidas concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário na AP-5 e no Município de Rio das Ostras, **a justificar uma explicitação do papel e da competência da AGENERSA na regulação das distintas concessões, tudo com vistas a aumentar a segurança jurídica ex post na execução dos contratos.**

Os pareceristas apontaram, também, a necessidade de esclarecimentos quanto aos serviços que serão efetivamente prestados pela CEDAE e quais serão imediatamente assumidos pela licitante vencedora na área da concessão. Em acréscimo, recomendou-se a uniformização dos termos utilizados no Edital e no Anexo IV para deixar mais clara a definição da área de concessão e dos serviços a serem prestados.

O **quinto ponto** do opinamento a merecer destaque diz respeito à existência de pendências quanto à modelagem econômico-financeira do projeto, que ainda não foi concluída. O processo administrativo reclama reforço de instrução processual, com as justificativas e esclarecimentos necessários que iluminem as principais modificações em relação à licitação anterior e os aspectos substanciais da alteração da modelagem econômico-financeira. Lembre-se, ainda, que a minuta examinada ainda não reflete as eventuais considerações ou modificações que possam advir das audiências públicas e consultas públicas, tudo a reforçar a necessidade de robustecer a instrução processual.

O **sexto ponto** guarda relação com as alterações promovidas na cláusula de ressarcimento dos estudos vinculados à concessão, que sofreu grande alteração em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/20. A nova sistemática da estrutura da remuneração apresentou justificativa na Nota AGOV/DENOR nº 07/2021 e na Nota AGOV/DENOR (SEI 20132598). Frise-se que o parecer não examinou as condições do contrato firmado entre o BNDES e o Estado do Rio de Janeiro, que foi objeto de exame específico por ocasião do Parecer nº 17/2021-GAV (SEI 20715495).

Entretanto, apontaram os pareceristas a necessidade de esclarecimentos quanto ao valor da remuneração fixa indicado, além da incompatibilidade entre as alíquotas presentes na minuta do Edital e no Contrato BNDES (SEI 21548218) em relação ao cálculo da remuneração variável.

Feitos os apontamentos acima, o Grupo de Trabalho aprova o Parecer Conjunto nº 01-21/ARCY-FAG, e reitera todas as demais conclusões e recomendações formalizadas ao longo do pronunciamento, didaticamente sintetizadas no item do seu encerramento.

À consideração superior.

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2021.

AUGUSTO HENRIQUE PEREIRA DE SOUZA WERNECK

Procurador do Estado

HENRIQUE BASTOS ROCHA

Procurador do Estado

JOSÉ CARLOS TAVARES DE MORAES SARMENTO

Procurador do Estado

NATHALIE CARVALHO GIORDANO MACEDO

Procurador do Estado

RODRIGO TOSTES DE ALENCAR MASCARENHAS

Procurador do Estado

THIAGO CARDOSO ARAÚJO

Procurador do Estado

VISTO

SEI -150001/008936/2021

Visto. **APROVO** o *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG*, de autoria dos ii. Procuradores do Estado ANDRÉ RODRIGUES CYRINO e FLÁVIO AMARAL GARCIA (23698172), bem como o *Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB*, da lavra dos ii. Procuradores do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO e GUSTAVO BINENBOJM (23629884), da d. Procuradoria-Administrativa (PG-17), **acrescidos das considerações do i. Grupo de Trabalho** instituído pela Resolução PGE nº 4.610/2020(24400443 e 24281479, respectivamente), que examinam, respectivamente, a minuta do Edital de Concorrência Internacional para concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares e a minuta do Contrato de Concessão, relativamente aos Municípios localizados no Bloco 3.

Chancelam-se, pois, as conclusões do *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG* (23698172), cujos pontos mercedores de destaque foram assim sintetizados pelo d. Grupo de Trabalho (24400443):

1. Cuida-se de desdobramento da Concorrência Internacional nº 01/20, que visava a implementar o projeto de desestatização do serviço de saneamento básico dos Municípios do Estado do Rio de Janeiro, que se deu por meio de prestação regionalizada da dividida em quatro blocos. Conquanto deserta, na oportunidade, a licitação relativamente ao Bloco 3, restou amplamente exitoso o certame quanto aos demais.
2. Em virtude de tamanho êxito, está justificada a reprodução, com as necessárias adaptações, do modelo anteriormente utilizado, de modo que se mantêm pertinentes e aplicáveis as considerações do Parecer Conjunto nº 01/2020-ARCY-FAG, sendo recomendada a leitura conjunta deste com os Pareceres que ora se aprovam.
3. Reitera-se o entendimento consolidado desta Procuradoria Geral do Estado no sentido de que a titularidade do serviço em apreço pertence à Região Metropolitana e aos Municípios não metropolitanos.
4. A inclusão, no Bloco 3, dos Municípios de Bom Jardim, Bom Jesus de Itabapoana, Carapebus, Carmo, Itaperuna, Macacu, Natividade, Rio das Ostras, São Fidélis, São José de Ubá, Seropédica, Trajano de Moraes e Vassouras – mantidos os Municípios de Itaguaí, Paracambi, Pinheiral, Rio Claro, Seropédica e os bairros do Município do Rio de Janeiro integrantes da Área de Planejamento 5 (“AP-5”) – adiciona complexidade ao projeto, que deve ser refletida na modelagem do Edital e do Contrato, sem prejuízo da reavaliação dos mecanismos de incentivos e de cumprimento de metas contratuais eventualmente decorrentes da anterior licitação deserta. Nessa ordem de ideias, tais inovações trazidas na minuta devem ser objeto das necessárias justificativas e de motivação técnica no respectivo processo administrativo.
 - Ainda nesse tópico, impõe-se considerar a convivência entre o leilão e as concessões pré-existentes do serviço de esgotamento sanitário no Município de Rio das Ostras e na AP-5 – esta última contratada com base no Termo de Reconhecimento Recíproco de Direitos e Obrigações previamente analisados por esta PGE. Como observado pelos nobres pareceristas, exige a segurança jurídica que tais instrumentos sejam preservados, o que demanda serem esclarecidos os serviços que serão efetivamente prestados pela CEDAE e quais serão imediatamente assumidos pela licitante vencedora na área da concessão. Recomenda-se, ainda, a uniformização dos termos utilizados no Edital e no Anexo IV.
5. O processo administrativo reclama reforço da instrução, justificativas e esclarecimentos necessários que iluminem as principais modificações em relação à licitação anterior e os aspectos substanciais da alteração da modelagem econômico-financeira (esta ainda não concluída), assinalando-se que a minuta ainda não reflete considerações ou modificações decorrentes das audiências e consultas públicas.

6. A sistemática da estrutura da remuneração, modificada em relação ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/20, apresentou justificativa em Notas Técnicas constantes deste processo SEI. No entanto, ainda permanece necessário esclarecer quanto ao valor da remuneração fixa indicado, além da incompatibilidade entre as alíquotas presentes na minuta do Edital e no Contrato BNDES em relação ao cálculo da remuneração variável.

Por seu turno, também são aprovados os termos do Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB (23629884), cujos pontos de maior relevo foram sintetizados pelo Grupo de Trabalho nos seguintes termos (24281479):

1. Como recomendações gerais, reiteram-se aquelas já feitas pelo d. Grupo de Trabalho relativamente ao Parecer Conjunto nº 01/2020 ASA/ARCY/FAG/GUB, inclusive quanto a uma revisão geral da redação das cláusulas contratuais – em favor da clareza e da objetividade –, bem como quanto à viabilidade dos prazos contratuais.
2. Como recomendações específicas, orienta-se que sejam observadas todas as considerações dos nobres pareceristas relativamente às cláusulas 8, 12, 13, 27, 29, 30, 32, 33, 35, 36, 48 da minuta do contrato de concessão do Bloco 03 e, ainda, aquelas explicitamente assinaladas pelo Grupo de Trabalho.
3. Finalmente, ficam igualmente placitados os apontamentos feitos pelo d. Grupo de Trabalho ao final de sua manifestação, quais sejam:
 - **como ressalva ao Parecer Conjunto nº 01/2021-ASA/GUB**, deve prevalecer o entendimento consignado no *Parecer Conjunto nº 01/2021-ARCY-FAG*, no sentido da **inexistência de óbice jurídico para que se exija a sede da concessionária no Município do Rio de Janeiro** (tal como previsto na cláusula 14.1 da minuta do contrato). Ao revés, tal exigência não viola o princípio da competitividade - porquanto impositivo apenas no momento da celebração do contrato e previamente conhecida de todos os licitantes) -, favorecendo, ademais, a verificação da regularidade da SPE perante a Junta Comercial.
 - A necessidade de coordenação, articulação e governação entre o novo contrato e as concessões pré-existentes na AP-5 e no Município de Rio das Ostras justificam a explicitação do papel e da competência da AGENERSA na regulação das distintas concessões, admitindo-se que se inclua a previsão da possibilidade de a concessionária recorrer à Agência Reguladora para a composição de eventuais conflitos decorrentes da relação com a concessionária da AP-5.
 - Com vistas ao incremento da segurança jurídica, deve ser verificada a questão dos bens reversíveis antes da publicação do edital, porquanto ausente da cláusula 9.1 da minuta do contrato qualquer remissão a uma lista prévia. Recomenda-se a elaboração de tal lista, preferencialmente antes da licitação.

À Secretaria de Estado da Casa Civil, em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 05 de novembro de 2021

BRUNO DUBEUX

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO