

Vitória, 21 de setembro de 2020.

Carta Circular 010/2020.

EDITAL DE CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 001/2020 – CESAN

CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA A AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO, OPERAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO E PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO À GESTÃO COMERCIAL DA CESAN NO MUNICÍPIO DE CARIACICA, ABRANGENDO, AINDA, O TRATAMENTO DE ESGOTO PROVENIENTE DE BAIROS DO MUNICÍPIO DE VIANA.

Atendendo ao pedido de impugnação formulado para os serviços objeto do Edital de Licitação Internacional nº 001/2020, a Comissão Especial de Licitação - CEL, no âmbito da Companhia Espírito-Santense de Saneamento - CESAN, no uso das atribuições conferidas pelo Decreto 0645-S, de 28 de maio de 2020, vem comunicar aos interessados a decisão da impugnação apresentada tempestivamente por empresa interessada no certame. A Carta Circular será disponibilizada no endereço eletrônico <http://licitacoes.sistemas.cesan.com.br/site/portal-de-licitacoes/licitacao/969/>.

Dúvidas adicionais poderão ser esclarecidas junto à COMISSÃO DE LICITAÇÃO via licitacoes@cesan.com.br.

Atenciosamente,

Robério Lamas da Silva
Presidente da Comissão Especial de Licitação



JULGAMENTO DE IMPUGNAÇÃO AOS TERMOS EDITAL

EDITAL DE CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL Nº 001/2020 – CESAN

CONCESSÃO ADMINISTRATIVA PARA A AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO, OPERAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO E PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO À GESTÃO COMERCIAL DA CESAN NO MUNICÍPIO DE CARIACICA, ABRANGENDO, AINDA, O TRATAMENTO DE ESGOTO PROVENIENTE DE BAIROS DO MUNICÍPIO DE VIANA.

A **Comissão Especial de Licitação - CEL**, no âmbito da **Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN**, no uso das atribuições conferidas pelo Decreto 0645-S, de 28 de maio de 2020, vem comunicar aos interessados a decisão da impugnação apresentada tempestivamente por empresa interessada no certame.

A empresa **BRK AMBIENTAL PARTICIPAÇÕES S/A**, cumprindo o rito previsto no edital, protocolou impugnação ao edital, cujo processo administrativo foi tombado sob o nº 2020.014284.

Nos termos do disposto no artigo 41 da Lei Federal nº 8.666/93, é cabível a impugnação, por qualquer pessoa ou licitante, do ato convocatório.

Desse modo, observa-se que a Impugnante encaminhou sua petição no dia 27/08/2020, e, considerando que a abertura da sessão pública do certame licitatório em pauta estava inicialmente agendada para o dia 01/09/2020, a presente Impugnação apresenta-se tempestiva.

A **BRK AMBIENTAL PARTICIPAÇÕES S/A** alega em sua impugnação, em apertada síntese, o seguinte:

“que a Sessão Pública marcada para o dia 01/09/2020 deve ser suspensa; que após a suspensão a licitação deve ser anulada; que caso não seja anulada, devem ser sanados os supostos vícios existentes no edital, com devolução do prazo para a elaboração das propostas; que os esclarecimentos prestados pela CESAN ocorreram no final do último dia previsto no edital; que o momento da CESAN entregar as obras não está claro no edital; que o prazo previsto no item 15.3.30 do contrato de concessão foi alterado de 24 para 36 meses; que os esclarecimentos prestados impactam na formulação das propostas; que os riscos não estão alocados adequadamente; que existe cumulatividade ilegal de qualificação econômico financeira; que não existem as cláusulas obrigatórias previstas na Lei 14.026/2020; que não foi prevista a utilização de água de reuso; que o edital é incompatível com o Plano Municipal de Metas; que existe inviabilidade econômico financeira em razão da impossibilidade de acesso a recursos federais; que a alocação de riscos de alteração das condições de financiamento está indevida e genericamente alocada a concessionária; que a documentação de qualificação técnica não é clara; que foi vedado o envio de impugnação por meio eletrônico; que existe distinção de tratamento contábil, o que inviabiliza a comparação justa das propostas; que existe incerteza quanto a taxa de câmbio disposta no edital; que houve alteração na garantia contratual a partir de esclarecimentos da CESAN.”

Ao final postula a suspensão da licitação; a anulação da licitação e, subsidiariamente, o saneamento dos supostos vícios apontados, com devolução do prazo inicial para apresentação das propostas.

I. O Adiamento da Licitação

Consta no edital que o recebimento da documentação e propostas estava inicialmente agendado para acontecer das 09h00min às 12h00min horas do dia 01 de setembro de 2020, na B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão, situada na Praça Antônio Prado nº 48, esquina com a Rua João Brícola, Centro, Município de São Paulo, Estado de São Paulo. A Sessão Pública de abertura dos envelopes contendo a Proposta Comercial, seguida da abertura dos Documentos de habilitação da Licitante mais bem classificada, estava prevista para acontecer no dia 14 de setembro de 2020, às 10h00min, na sede da B3 S/A – BRASIL, BOLSA, BALCÃO, na Praça Antônio Prado nº 48, Centro, São Paulo – SP.

A Diretoria da CESAN resolveu adiar a data da abertura da licitação, decidindo

acatar o pedido de adiamento por 30 (trinta) dias da referida licitação, em razão do grande número de solicitações de esclarecimentos e respectivas respostas; dos pedidos de adiamento formulados pelas empresas interessadas; da complexidade do projeto; do interesse da CESAN em aumentar a competitividade, inclusive quanto a data final da realização das visitas técnicas; bem como para análise e respostas às duas impugnações ao edital apresentadas. Portanto, conforme já publicado, a CESAN receberá os envelopes com a documentação e propostas de 09h00min as 12h00min horas do dia 06 de outubro de 2020, na B3 S.A. - Brasil, Bolsa, Balcão, situada na Praça Antônio Prado nº 48, esquina com a Rua João Brícola, Centro, Município de São Paulo, Estado de São Paulo. A Sessão Pública de abertura dos envelopes contendo a Proposta Comercial e os Documentos de habilitação será realizada no dia 20 de outubro de 2020, às 10h00min, na sede da B3 S/A - BRASIL, BOLSA, BALCÃO, na Praça Antônio Prado nº 48, Centro, São Paulo – SP.

II. A aplicabilidade mitigada da Lei nº 14.026/2020 ao Edital de Concorrência Internacional nº 01/2020

Em diversos itens da Impugnação Administrativa apresentada pela BRK AMBIENTAL PARTICIPAÇÕES S/A, a Impugnante alega que o edital de concorrência não observa as normas introduzidas na Lei nº 11.445/2007 pela Lei nº 14.026/2020, notadamente as que dispõe sobre:

- a. o estabelecimento de metodologia de cálculo de eventual indenização por investimentos em bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato, de metas de reuso de efluentes sanitários e de aproveitamento de águas da chuva (art. 10-A) – item III.3 da Impugnação;
- b. a compatibilidade dos planos de investimentos relativos aos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento com o respectivo plano de saneamento (art. 11, §1º) – item III.4 da Impugnação; e

- c. a necessidade de normas de regulação editadas por entidade reguladora (art. 23, inciso III) - item III.8 da Impugnação.

Diante da alegada inobservância de tais normas, a Impugnante conclui que o Edital incorre em ilegalidade, devendo, dessa forma, ser invalidado pela CESAN, retificado em seus erros e, subseqüentemente, republicado por ocasião do advento das normas de regulação a serem expedidas pela ANA.

Todavia, em relação aos pontos acima elencados, entende-se que os argumentos aduzidos pela Impugnante são insubsistentes e o edital encontra-se em consonância com a legislação. Nesse sentido, os subtópicos a seguir compendiam argumentos que reforçam a juridicidade dos contornos definidos pela CESAN para o projeto, edital e seus anexos.

- a) As novas obrigações estabelecidas pela Lei nº 14.026/2020 não se aplicam à prestação de serviços que será objeto do contrato de PPP ora licitado.

De início, é importante registrar, como premissa para o entendimento dos pontos doravante articulados, que há dois grupos de relações jurídicas que são pertinentes ao presente projeto e ao deslinde das questões postas pela Impugnante. Assim, há uma diferenciação clara entre os escopos do:

(i) contrato de programa, que tem por objeto a prestação de serviços aos usuários, por meio do qual se estabelece vínculo jurídico entre o Município de Cariacica e a CESAN, permitindo-se que a tal companhia estadual estabeleça relação jurídica contratual com os usuários dos serviços públicos, mediante a cobrança de tarifas; e

(ii) contrato de PPP administrativa, objeto do presente certame, que terá por escopo a prestação de serviços administrativos em favor da CESAN, por meio do qual a contratada privada atuará na condição de longa manus da companhia estatal, mas sem manter vínculo jurídico específico com o Município e os usuários. Nessa linha, importante ter em mente que o contrato de PPP

administrativa é, em última análise, um contrato de prestação de serviços administrativos de longo prazo, por meio do qual o concessionário é remunerado pela CESAN, mediante pagamento de contraprestação pública.¹⁻²

Essa diferenciação conceitual se mostra determinante para que se possa compreender o real sentido e alcance das obrigações postas pela Lei 14.026/2020, a qual trouxe importantes alterações no marco legal do setor de saneamento. Essas novas obrigações, não por acaso, são o fundamento do pleito de impugnação ora manejado pela potencial licitante BRK.

Nessa esteira, por duas razões, as obrigações veiculadas pela nova legislação não são aplicáveis ao contrato de PPP objeto da licitação.

A primeira razão é que os destinatários das obrigações estabelecidas pela Lei 14.026/2020 são: (a) ou os titulares dos serviços (no caso, os municípios ou regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões) ou (b) aqueles que figuram como delegatários de tais serviços – isto é, aqueles que contrataram diretamente com a municipalidade, no caso companhias estaduais de saneamento (“CESBs”) ou concessionárias privadas. Não são destinatários dessas normas os contratados lato sensu dos delegatários.

¹ Nos termos do art. 2º, § 2º da Lei nº 11.079/2004, a concessão administrativa consiste “no contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”
A outra modalidade de Parceria Público Privada prevista na Lei nº 11.079/2004 consiste na concessão patrocinada, definida como “a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”

² Como dispõe Pedro de Menezes Niebuhr: “Já a modalidade de concessão administrativa de parceria público-privada, nos termos do art. 2º, §2º da Lei nº 11.079/04 (...) não se fala em serviço público em sentido estrito, nos termos contemplados pela modalidade patrocinada, justamente por se pretender delegados serviços públicos em sentido amplo, em que a Administração faz o papel de usuário para efetivo de custeio integral da atividade.
(...)”

Não se refere, pois, a serviços públicos ou obras públicas em sentido estrito – como as objeto de concessão comum - ,mas sim a atividades administrativas em sentido amplo, prestadas para a Administração Pública mas cujos beneficiários são os administrados em geral”.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. Parcerias Público-privadas: Perspectiva constitucional brasileiro. Belo Horizonte: Forum, 2008. Pág. 103.

Ou seja, as normas previstas na lei, a priori, não são dirigidas ao parceiro privado da PPP administrativa, da mesma forma que não se aplicam aos demais terceirizados, leituristas de hidrômetros, equipes de manutenção e apoio, empreiteiros subcontratados e demais fornecedores da CESAN.

Assim, a Lei 11.445/2007 regularia, precipuamente, a relação entre o titular do serviço público (no presente caso, o município de Cariacica) e a pessoa jurídica para quem tal serviço foi delegado (a CESAN).

A relação jurídica entre Município de Cariacica e CESAN, por óbvio, não é - e nem poderia ser - objeto de questionamento na presente impugnação, já que a concorrência diz respeito à contratação de ente privado para prestação de parte dos serviços incumbidos à CESAN pelo Contrato de Programa.

Em resumo: o conjunto de regras que a Impugnante maneja como fundamento de ilegalidade do edital não se aplicam, conceitualmente, à PPP.

Além disso, há uma segunda razão relevante que converge para o entendimento de inaplicabilidade da regra – ainda que se considerasse, ad argumentandum tantum, que o primeiro entendimento acima articulado é equivocado.

A Lei nº 14.026/2020 entrou em vigor em 15 de julho de 2020, sendo posterior, portanto, ao início da vigência do Contrato de Programa celebrado entre o Município de Cariacica e a CESAN, em 25 de junho de 2018.

O art. 10, §3º, da Lei 11.445/2007, em respeito ao primado da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito³, estabelece que “os contratos de programa

³ O ato jurídico perfeito foi definido na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto Lei 4.657/1942), em seu art. 6º, §1º, como aquele “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”, consistindo em garantia fundamental, conforme previsão do art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição Federal.

regulares vigentes permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual”, de modo que o Contrato de Programa celebrado entre a CESAN e o Município de Cariacica, que está em vigor, permanece válido e regulando a relação entre as partes. E mais do que isso, permanece em vigor nos seus termos originais, a menos no que a Lei 14.026/2020 expressamente dispõe em contrário⁴.

Esse contrato de programa, portanto, é aquele em que estão definidas as regras e metas que deverão ser cumpridas pela CESAN – e, portanto, é o que está avençado nesse contrato que deve, em última análise, servir de parâmetro de análise da PPP.

Nesse ponto, destaca-se que, por ser um ato jurídico perfeito, não são aplicáveis ao contrato de programa a maioria das normas incluídas pela Lei nº 14.026/2020, embora a novel legislação tenha relativizado esse primado em alguns de seus dispositivos, sobretudo naqueles que preveem a necessidade de inclusão de metas de universalização nos contratos de programa em curso (art. 11-B, caput e §1º).

Feita essa diferenciação, o que importa, para os fins de julgamento da Impugnação, é verificar se os dispositivos questionados (art. 10-A, art. 11, §1º, e art. 23, inciso III) deveriam ter sido considerados no edital de concorrência para concessão administrativa realizada pela CESAN.

Para a Parceria Público-Privada objeto desse edital, não estão ausentes quaisquer cláusulas e condições apontados pela impugnante como de exigência obrigatória pelo Novo Marco Legal do Saneamento.

Quanto ao art. 10-A do Novo Marco do Saneamento, que trata das cláusulas obrigatórias a serem inseridas nos contratos relativos à prestação de serviços

⁴ Mesmo isso é discutível, tendo em vista a tutela constitucional do ato jurídico perfeito como expediente promotor do princípio segurança jurídica.

públicos de saneamento básico, a impugnante traz aos autos alegação indevida de que esse dispositivo imputa regras obrigatórias que deveriam ser observadas na presente licitação de Parceria Público-Privada.

Tais cláusulas, no entanto, são de observância obrigatória unicamente para os contratos a serem firmados entre o titular do serviço público de saneamento básico e o ente privado contratado para sua prestação posteriormente à Lei nº 14.026/2020. Em outros termos, essa norma somente seria aplicável se aqui estivéssemos a tratar da concessão primária – pelo seu titular - do serviço público de saneamento básico, e, ainda assim, para delegações ocorridas posteriormente à Lei nº 14.026/2020.

Aos contratos eventualmente celebrados pelo concessionário contratado pelo titular dos serviços, o Novo Marco de Saneamento Básico dedicou dispositivo específico (art. 11-A5), que também tem observância obrigatória somente para futuros contratos, deixando claro a intenção do legislador de regular de forma diversa as duas relações jurídicas decorrentes da prestação do serviço público de saneamento básico.

Portanto, o art. 10-A não incide nem sobre a contratação objeto deste edital, por se tratar de relação jurídica diversa da regulada por esse dispositivo, tampouco se aplicaria, se esse fosse o questionamento, para o Contrato de Programa já firmado pelo Município de Cariacica e a CESAN, a uma, porque se trata de ato jurídico perfeito, e a duas, pois a Lei nº 14.026/2020 não tratou o art. 10-A como exceção a esse primado, como o fez, por exemplo, no art. art. 11-B, caput e §1º).

⁵ Art. 11-A. Na hipótese de prestação dos serviços públicos de saneamento básico por meio de contrato, o prestador de serviços poderá, além de realizar licitação e contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e desde que haja previsão contratual ou autorização expressa do titular dos serviços, subdelegar o objeto contratado, observado, para a referida subdelegação, o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do valor do contrato. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

Por idênticas razões, o art. 11, §1º, do Novo Marco do Saneamento Básico, que dispõe sobre a compatibilidade dos planos de investimentos relativos ao contratos de prestação de serviços públicos de saneamento com o respectivo plano de saneamento (item III.4 da Impugnação), e o art. 23, inciso III, da mesma Lei, que estabelece a necessidade de normas de regulação editadas por entidade reguladora (item III.8 da Impugnação), não devem ser considerados para fins dessa licitação, pois são normas incidentes sobre a relação jurídica entre o titular do serviço público e o respectivo concessionário.

b) As regras estabelecidas pela Lei 14.026/2020 não podem retroagir e alcançar edital publicado anteriormente à sua vigência

Por outro lado, sem embargo do entendimento já explanado acima, ainda que se considerasse aplicável o entendimento da ora Impugnante, há que se observar que o Edital em comento foi publicado em 18/06/2020, antes, portanto, da entrada em vigor da Lei nº 14.026/2020, devendo ser observada integralmente a lei vigente à época, em consagração ao princípio da segurança jurídica e, seu desdobramento, o ato jurídico perfeito.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria possui entendimento de que o edital de licitação é ato jurídico perfeito e, salvo exceções previstas em lei, não pode ser alterado ou anulado posteriormente em razão da edição de lei que modifica ou revoga a legislação vigente à época de sua publicação, conforme os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. CARTÓRIO. CONCURSO PÚBLICO DE PROVAS E TÍTULOS PARA OUTORGA DE DELEGAÇÕES DE NOTAS E DE REGISTRO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

IMPUGNAÇÃO DO EDITAL PUBLICADO NA VIGÊNCIA DE LEI ANTERIOR. EDIÇÃO DE LEI POSTERIOR AO CERTAME SUSPENSA EM FACE DE CONCESSÃO LIMINAR NA ADIN 12.227/06. ATO JURÍDICO PERFEITO. NÃO-PROVIMENTO DO RECURSO.

1. Em exame recurso ordinário interposto por Sérgio Vaicilius em face de acórdão assim ementado: MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO PRATICADO PELO SR.

PRESIDENTE DO CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE SÃO PAULO. INDEFERIMENTO DE IMPUGNAÇÃO DE

EDITAL DE CONCURSO. NÃO SE APLICA A LEI NOVA EM FACE DO CONTIDO NO ART. 6º, LICC. ATO JURÍDICO PERFEITO.

EDITAL PUBLICADO SOB VIGÊNCIA DE LEI ANTERIOR. DENEGARAM A ORDEM. A LEI ESTADUAL N.º 12.227/06 ESTÁ COM A SUA EFICÁCIA SUSPensa, EM RAZÃO DE LIMINAR CONCEDIDA NA ADIN 134.113-0/9.

O recorrente sustenta : a) há a necessidade de concessão liminar para se obstar seja dada a posse aos aprovados no concurso; b) tendo sido revogada a lei sob a égide da qual foi estabelecido o edital, este deve ser cancelado ou retificado com aplicação da lei nova; c) o recorrente apresentou impugnação ao edital antes da realização da primeira fase do concurso, e não apenas após ter obtido a sua classificação, não podendo se aceitar o entendimento de ato jurídico perfeito, pois o ato não havia ainda se consumado; d) o artigo 6º da LICC dispõe que a lei em vigor terá efeito imediato e geral; e) a lei nova não prejudicou o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, uma vez que a 1ª fase do concurso ainda não havia-se realizado; f) embora a lei nova tenha tido seus efeitos suspensos por meio de liminar, essa não era a realidade na época de impugnação do edital pelo recorrente.

2. Conforme diz o brocardo jurídico: "o edital é a lei do concurso".

Destarte, **tendo sido publicada a lei superveniente 12.227/06, que revogou a Lei 10.340/99, após a publicação do edital do concurso e a realização das inscrições, tem-se formado o ato jurídico perfeito relativamente ao edital, devendo o concurso pautar-se pela lei vigente à época de sua publicação.** Ademais, a referida Lei 12.227/06 teve a sua eficácia suspensa em decorrência de liminar concedida na ADI 134.113-0/9.

3. Recurso ordinário não-provido.

(STJ: RMS 24.198/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2007, DJ 25/02/2008, p. 1) (grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ALTURA MÍNIMA ESTABELECIDADA EM EDITAL. LEI POSTERIOR. IRRETROATIVIDADE. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. O edital, considerado a lei do concurso, estabelece um vínculo entre a Administração e os candidatos, de maneira que **alterações legislativas posteriores que restrinjam os critérios do edital não se aplicam ao certame regido por lei anterior, sob pena de ofensa ao princípio da segurança jurídica.**

2. A insurgência quanto à alínea "c" do permissivo constitucional exige a comprovação entre os acórdãos apontados como paradigmas e o aresto impugnado, nos termos do artigo 541, parágrafo único, do CPC e do artigo 255, § 3º do RISTJ.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ: AgRg no Ag 1212609/SE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 24/05/2010). (grifo nosso).

"DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. LICITAÇÃO DE TERRENO. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO DO VALOR DO IMÓVEL E OUTORGA DA ESCRITURA. PRELIMINAR DE INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA AFASTADA. ALTERAÇÃO DA LEI QUE REGEU O EDITAL. **INAPLICABILIDADE DAS LEIS POSTERIORES. VINCULAÇÃO DA LICITAÇÃO AO EDITAL. 1. O ato jurídico perfeito é aquele já realizado, acabado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, pois o licitante já satisfaz todos os requisitos formais para gerar a plenitude dos seus efeitos, tornando-se, portanto, completo e aperfeiçoado. 2. O edital da licitação, publicado de acordo com a lei vigente à sua época, produz efeitos em relação aos participantes do certame e não pode, salvo exceções legais, ser posteriormente modificado ou anulado em virtude de lei nova, ficando preservada, assim, a segurança das relações jurídicas.** 3. A Administração e os

licitantes ficam vinculados aos termos do edital quanto ao procedimento, à documentação, às propostas, ao julgamento e ao contrato a ser celebrado, de forma que a alteração da lei não pode criar novas regras para os participantes. 4. Apelação da Autora conhecida e provida. Apelação da Ré conhecida, mas não provida. Preliminar de inadequação da via eleita rejeitada. Unânime”.

(TJDFT: Processo n. 0004403-98.2014.8.07.0018, 3ª TURMA CÍVEL DO Desembargadora FÁTIMA RAFAEL. Revisora: Desembargadora MARIA DE LOURDES. DJE : 06/08/2015, pág.: 215)

Além disso, embora o contrato administrativo decorrente da presente licitação seja celebrado posteriormente a realização da concorrência, a minuta contratual consta integralmente anexada no edital de licitação e deverá ser aderida pelo licitante vencedor em todos seus termos e condições, estando igualmente estabilizada conforme a legislação vigente no momento de sua publicação, quando, repita-se, ainda não havia sido publicada a Lei nº 14.026/2020. Ou seja, não há flexibilidade e possibilidade de negociação em relação aos termos da minuta contratual anexa ao edital, na medida em que ela se caracteriza, materialmente, como um “contrato de adesão”. Assim, forçoso reconhecer que o momento de estabilização e definição dos termos contratuais não é o momento da assinatura do instrumento, mas sim o momento efetivo em que o edital foi publicado e que os termos da minuta contratual a ele anexada foram cristalizados.

Ora, a licitação em andamento, além de respeitar integralmente a legislação vigente quando de seu pleno aperfeiçoamento, serve exatamente para a garantia da universalização dos serviços de esgotamento sanitário, havendo previsão de cumprimento, inclusive, das metas estabelecidas no novo artigo 11-B, em tese aplicável aos contratos de programa em curso. Com relação ao esgotamento sanitário, como a nova lei estabelece o ano de 2033 para sua universalização, a contratação objeto desse edital auxiliará, junto a outros projetos em andamento, o atingimento de 95% até 2030, de modo a garantir o interesse público primário de atendimento com serviço de esgotamento sanitário.

Se o entendimento da impugnante prevalecesse, todo e qualquer projeto já adequadamente aprovado e em andamento, inclusive os reputados atos

jurídicos perfeitos, teriam de ser suspensos e refeitos desde de seu início, em todas as suas fases, incluindo roadshows, consultas públicas, audiências públicas, avaliação do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo e das instâncias de governança do Estado do Espírito Santo. Ou seja, uma nova estruturação que demandaria aproximadamente 24 meses, com dispêndio de recursos públicos e abandono do interesse público que fomentou a reforma do marco do legal do setor de saneamento básico.

III. Itens objeto de impugnação

III.1 – Incerteza quanto ao momento do recebimento das obras da CESAN, os efeitos de eventual atraso, bem como ao efetivo estado operacional dos “Sistemas Incompletos”

Em breve síntese, alega a Impugnante não há clareza sobre quando serão entregues as obras a cargo da CESAN, sobre os impactos que os atrasos nessas entregas podem ocasionar e sobre o estado operacional de infraestruturas que serão repassados à CESAN e que a futura concessionária deverá assumir.

Ao contrário do alegado pela Impugnante, foram disponibilizadas aos licitantes as informações, em nível de detalhamento adequado, necessárias para a elaboração da proposta.

Em relação às obras de responsabilidade da CESAN, descritas no Anexo IV – Obras da CESAN, o contrato para sua execução foi assinado pela CESAN em 2019 e iniciado no mesmo ano, conforme previsto neste Anexo. O Anexo também apresenta a previsão de entrega das obras da CESAN, conforme a seguir:

4. Prazo previsto

A execução dos projetos e obras pela CESAN tem duração prevista de 46 meses, com o início programado para 2019.

5. Escopo Previsto

(...)

Foram consideradas entregas pela CESAN/BIRD: ano de 2020 (2.000 ligações), ano de 2021 (2.500 ligações), ano de 2022 (2.500 ligações) e no ano de 2023 (3.500 ligações), somente para apuração do indicador IDI1, no Número de ligações de esgoto disponibilizadas.

É importante, salientar que, no período de obras do CESAN/BIRD, NÃO deverá ser considerado pela concessionária, uma expectativa de geração de receitas por estas ligações com entregas fracionadas (que pode ocorrer), como compromisso da CESAN.

A CESAN somente poderá ser questionada com relação ao volume de esgoto gerado por estas ligações ao final destas obras, previstas para 2023 com possível atraso de 3 (três) anos (previsto no contrato).

Observa-se, assim, que as expectativas de entrega das obras por parte da CESAN estão definidas na documentação da licitação.

Nesse sentido, maiores detalhes sobre a questão foram disponibilizados na resposta ao questionamento 229, publicado através da Circular nº 06:

“Pergunta:

Entendemos que para efeito de receita, e para a manutenção da isonomia de projeção entre as licitantes, a disponibilização das ligações pela CESAN deverá ser considerada no planejamento da Concessionária a partir do 24º mês contado da entrega prevista no item 5 do Anexo IV, nos termos da cláusula 15.3.30 do Contrato de PPP. Em outras palavras, a Concessionária deverá considerar, para efeito de receita, as seguintes datas de entrega:

- 2020: estimativa de entrega de 2.000 ligações pela CESAN até 31/12/2020. Concessionária considerará a disponibilização das ligações para efeito de receita a partir de 31/12/2022.

- 2021: estimativa de entrega de 2.500 ligações pela CESAN até 31/12/2021. Concessionária considerará a disponibilização das ligações para efeito de receita a partir de 31/12/2023.

- 2022: estimativa de entrega de 2.500 ligações pela CESAN até 31/12/2022. Concessionária considerará a disponibilização das ligações para efeito de receita a partir de 31/12/2024.

- 2023: estimativa de entrega de 3.500 ligações pela CESAN até 31/12/2023. Concessionária considerará a disponibilização das ligações para efeito de receita a partir de 31/12/2025.

Está correto o entendimento? Caso não esteja correto, favor esclarecer as datas em que as licitantes devem considerar as ligações a serem disponibilizadas pela CESAN para efeito de receita.”

Resposta:

Não o entendimento não está correto. Conforme respostas anteriores já publicadas, a cláusula 15.3.30, o prazo correto a ser considerado é 36 meses e NÃO 24 meses, conforme previsto no item 5, Anexo IV Obras da Cesan, cujos prazos limites de entregas seriam conforme abaixo:

2.000 ligações pela CESAN até 31/12/2023

2.500 ligações pela CESAN até 31/12/2024

2.500 ligações pela CESAN até 31/12/2025

3.500 ligações pela CESAN até 31/12/2026”.

A Impugnante alega ainda que a CESAN ampliou o risco alocado à concessionária de 24 (vinte e quatro) para 36 (trinta e seis) meses, através de alteração da subcláusula 15.3.30 do Contrato.

Inicialmente, cabe destacar que **o próprio Contrato, na subcláusula 15.5.13, estabelece o prazo de 03 (três) anos para possíveis atrasos que deverão ser absorvidos pela futura concessionária.** No mesmo sentido, o Anexo IV – Obras da CESAN, também estabelece o prazo de 03 (três) anos para possíveis atrasos.

O ajuste no item 15.3.30 foi realizado no sentido de compatibilizar essa previsão, sendo tema da resposta ao questionamento 182, publicado através da Circular nº 06:

Pergunta:

Solicitamos que seja esclarecido qual o marco inicial exato da contagem do prazo de 24 meses de possível frustração de receita decorrente da exploração de obras que serão entregues pela CESAN, considerando que o Anexo IV prevê que a concessionária não deve prever receita relacionada à tais obras pelo prazo das referidas obras durante o seu período de construção (até 2023), com possível atraso de até 3 anos.”

Resposta:

Visando a compatibilização dos prazos, na cláusula 15.3.30, deverá ser considerado 36 meses e NÃO 24 meses. A contagem desse prazo se dará conforme previsão de entrega de obras constante no Anexo Obras da CESAN, considerando a entrega no último mês de cada ano.

Observe-se, assim, que o prazo de 03 (três) anos já estava previsto no Contrato, não havendo que se falar em alteração desse elemento, mas sim de harmonização de previsão já expressa nos documentos da licitação.

A Impugnante alega também que a indefinição em relação à entrega das obras a cargo da CESAN, impacta o atingimento das metas contratuais e o planejamento da concessionária.

Deve-se destacar que o Anexo III – Metas e Indicadores de Desempenho é claro ao dispor:

3.1.1. Número de ligações disponibilizadas
(...)

Caso haja atrasos nas obras do BIRD, previsto como Risco da Cesan no Contrato de PPP, estas metas deverão ser repactuadas, independente das repactuações de indicadores obrigatórias.

Além disso, pelo já exposto, os riscos relativos à eventual atraso da CESAN na entrega das obras sob sua responsabilidade estão bem definidos, de modo que cabe à Impugnante e aos demais licitantes definir como irão considerá-los na definição de sua proposta econômica.

Por fim, destacamos que, no âmbito do Edital, foi facultado aos interessados a realização de visitas técnicas:

3.1 Serão realizadas tantas Visitas Técnicas quantas necessárias, no período de 13 de julho de 2020 a 24 de agosto de 2020, sempre das 10h00min às 15h00min horas, para que as Proponentes possam vistoriar todas as instalações do Sistema de Esgotamento Sanitário do município de Cariacica e apurar as condições atuais do sistema.

Nesse contexto, foram realizadas 9 (nove) visitas técnicas, cada uma em, no mínimo, dois dias, inclusive havendo interessados que realizaram mais de uma visita. Observa-se, assim, que a CESAN, além das informações contidas nos documentos licitatórios, ofereceu aos interessados oportunidade para levantamento de maiores informações.

Por fim, destaque-se que a minuta do contrato apresenta repartição objetiva dos riscos entre as partes e reitera-se o previsto nas cláusulas a seguir:

5.1.1 Os bens, sistemas de rede, coleta, equipamentos e demais ativos entregues à Concessionária deverão ser recebidos no estado em que se encontram, cabendo à Concessionária fazer as adequações necessárias para o atendimento do objeto da Concessão Administrativa.

15.3. A Concessionária é responsável inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos, sendo que a ocorrência dos fatos previstos não ensejará a recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão Administrativa:

15.3.1. Vícios ou defeitos aparentes ou ocultos nas instalações existentes do Sistema de Esgotamento Sanitário, especialmente aqueles advindos em ativos da CESAN objeto do Termo de Permissão de Uso dos Ativos firmado quando da assinatura do Contrato de Concessão Administrativa;

Não há nenhuma ilegalidade em atribuir riscos à Concessionária, pois, nos termos do artigo 5º da Lei 11.079/2004, o contrato de PPP deve prever a repartição objetiva de riscos entre as partes, inclusive nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Neste caso, o risco pelos vícios ocultos foi transferido ao parceiro privado, conforme faculta a legislação.

III.2 – Da ilegal cumulatividade de exigências de qualificação econômico-financeira: patrimônio líquido mínimo e garantia de proposta

A Impugnante argumenta, como base em interpretação própria do art. 31, §2º, da Lei n.º 8666/93, que o presente certame apresenta uma ilegalidade no que se refere à cumulação das exigências de (a) garantia de proposta e (b) patrimônio líquido mínimo, conforme estabelecidas pela CESAN nos itens 8.2, 13.6 e 13.6.1 do edital.⁶

⁶ 8.2. A **Garantia de Proposta** que constará do Envelope "A" deverá atender ao valor mínimo de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), que poderá ser prestada em moeda corrente nacional, nas modalidades, observado o disposto neste Edital e no Manual B3:

13.6. Comprovação de que o **Patrimônio Líquido da Proponente** até a data de entrega da documentação e das propostas é igual ou superior ao valor de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) ou o equivalente em moeda estrangeira, convertidos pela taxa de câmbio vigente na data da publicação do Edital ou no dia útil subsequente.

13.6.1. Em caso de Consórcio, deverá ser comprovado a soma do **Patrimônio Líquido das Consorciadas**, nos respectivos percentuais das participações no Consórcio, até a data de recebimento das propostas igual ou superior ao valor de R\$ 130.000.000,00 (cento e trinta milhões de reais) ou o equivalente em moeda estrangeira, convertidos pela taxa de câmbio vigente na data da publicação do Edital ou no dia útil subsequente. **(grifamos)**

Há, de fato, cumulação de tais elementos, mas não existe ilegalidade nessa opção administrativa.

Nessa esteira, há pelo menos quatro argumentos jurídicos que convergem para o entendimento de que a CESAN atuou de modo acertado e que as exigências estabelecidas no edital são lícitas, razoáveis e aderentes ao interesse público que se busca alcançar com o presente certame.

Em primeiro lugar, a possibilidade de somatório de exigências, conforme procedida pela CESAN, é uma interpretação comportada pela Lei 8.666/93 (lei de licitações e contratos).

A previsão de garantia de proposta tem arrimo no art. 31, inc. III, da lei de licitações:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

No caso, o inc. III do art. 31 se vale de uma remissão às modalidades de garantia previstas no § 1º do art. 56, da Lei 8666/93. O que a lei operou, neste caso, foi uma economia redacional, ao valer-se de uma remissão. Mas é preciso cautela para não confundir garantia de execução (art. 56) e garantia de proposta (art. 31, inc. III).

No caso, o cerne da questão se refere ao §2º do mesmo art. 31, que assevera o seguinte:

§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, **ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei**, como dado objetivo de comprovação da

qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser posteriormente celebrado.

E o art. 56, por sua vez, aduz que:

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia:

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda;

II - seguro-garantia;

III - fiança bancária.

Na dinâmica estabelecida pela Lei 8.666/93, há dois tipos de garantias que não podem ser confundidas. A primeira é a garantia de proposta, constituída pelo licitante e que tem por objetivo comprovar a sua seriedade, o seu compromisso com o processo licitatório (limitada a até 1% do valor do contrato). A segunda é a garantia de execução do contrato, que tem por finalidade assegurar que os bens e serviços contratados sejam, de fato entregues, tal qual exigido no contrato (limitada a até 5% do valor do contrato).

Portanto, o Impugnante pratica uma confusão involuntária ao tomar garantia de proposta por garantia de execução de contrato – que, conforme explicado, são institutos ontologicamente diferentes. Ou seja: ainda que haja algum limite à cumulação de exigências no §2º do art. 31, não se incluiria em tal restrição a possibilidade de exigir garantia de proposta.

Por outro lado, mesmo que se interprete que o art. 31, §2º, trate da cumulatividade da exigência de patrimônio líquido mínimo (ou capital social mínimo) e de apresentação de garantia da proposta, o segundo argumento se refere à própria inaplicabilidade da Lei 8.666/93 para reger o presente caso.

Provavelmente, o autor que melhor tratou do tema foi o ilustre jurista Maurício Portugal Ribeiro, que na sua obra de referência, *Concessões e PPPs* –

*Melhores Práticas em Licitações e Contratos*⁷, traz a seguinte lição:

Um tema que é comum enfrentar-se quando da discussão de editais de licitação de concessão comum e PPP com os órgãos jurídicos responsáveis pela sua aprovação (procuradorias, advocacia geral, consultoria jurídica etc.) é sobre a possibilidade de cumular, como parte da habilitação econômico-financeira, a **exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo, e capital social mínimo.**

Essa discussão vem a propósito da locução do artigo 31, parágrafo 2º, da Lei 8.666/93, utilizar a conjunção adversativa “ou”, dando, pois, a entender que o agente público responsável pela modelagem do edital de licitação **deveria escolher entre exigir a garantia de proposta, ou o valor de capital social mínimo, ou o valor de patrimônio líquido mínimo.**

Em primeiro lugar, é preciso assinalar que a Lei 8.666/93 é de aplicação subsidiária às concessões comuns e PPPs para a prestação de serviços públicos, isto é, conforme diz o caput do art. 18, da Lei 8.987/95, “O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos...” Frise-se a expressão “no que couber”. E, como nas concessões comuns ou PPPs para a prestação de serviços públicos a qualificação econômico-financeira dos participantes da licitação tem importância muito superior do que nas licitações de contratos de serviço regulados pela Lei 8.666/93, **nos parece plenamente justificável a interpretação de que, para os casos de desestatização de serviços, seja viável a cumulação da exigência de garantia de proposta, patrimônio líquido mínimo e capital social mínimo. Portanto, a nossa posição é que é viável cumular essas exigências em licitações de concessão comum e PPP**⁸. (grifamos)

Em consonância com a ideia esposada no trecho acima transcrito, é importante perceber, no caso concreto, a significância econômico-social do objeto ora licitado pela CESAN. Trata-se de um contrato de prestação de serviços públicos no setor de saneamento básico. Em jogo se encontra um bem essencial, que se relaciona à disponibilização de condições mínimas de higiene e salubridade para a população residente no Estado. Além disso, como é de conhecimento notório, projetos no setor de saneamento ensejam diversas

⁷ Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/melhores-praticas-na-modelagem-de-licitacoes-de-concessoes-e-ppps-a-busca-dos-participantes-adequados-e-da-maximizacao-da-competicao/a-modelagem-da-qualificacao-economico-financeira/>

⁸ Perceba-se, que ao contrário do que muitas vezes é comum se pensar, em condições ordinárias, muito dificilmente poderia a garantia de proposta se tornar barreira de entrada para participantes de licitação. É que, apesar do preço dessas garantias variarem ao sabor do mercado, ao tempo da redação deste livro, para garantias de proposta com coberturas no valor de em torno de R\$20 milhões, com validade de 180 dias, no setor de concessão rodoviária, o preço para nomes investment grade em escala local estava em torno de 10bps, ou seja, 0,1% do valor da cobertura máxima do seguro.

externalidades positivas para a sociedade, como a redução da degradação ambiental, fomento a atividades de turismo, valorização imobiliária, redução de despesas com tratamento médicos, aumento da produtividade do trabalho e aumento da arrecadação de impostos.

Esse é o contexto que marca a presente licitação e a importância do objeto licitado, o qual informa os requisitos de qualificação – assaz razoáveis – estabelecidos no regulamento editalício. Não por outra razão, a lei geral de concessões adverte, em seu art. 18, que os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos aplicam-se tão somente “no que couber”.

A garantia de proposta tem por objetivo inibir a apresentação de propostas sem qualquer comprometimento, formuladas por licitantes que não reúnem condições mínimas para a execução do objeto posto em licitação, muitas vezes com a intenção única de tumultuar ou retardar o procedimento. A garantia de proposta, assim, não deve ser interpretada como restritiva à competição, mas sim como uma exigência que promove a atração de licitantes qualificados.

Note-se, nesse sentido, a garantia da proposta exerce função diversa da exigência de patrimônio líquido mínimo e de capital social mínimo, uma vez que essas visam a demonstrar a situação econômico-financeira da empresa-licitante, enquanto aquela serve para assegurar a lisura da proposta dos licitantes, sendo pertinente a sua cumulação para fins de atingir ambos os objetivos.

Cumprir destacar, em terceiro lugar, que a possibilidade expressa de exigência de garantia de proposta não se encontra apenas na Lei 8.666/93, mas também na própria lei federal de PPP (norma especial que rege a licitação ora procedida pela CESAN), sendo que em tal lei não é estabelecida qualquer restrição quanto à eventual cumulatividade de tal exigência, aludindo-se, tão somente, a necessidade de observância dos limites percentuais contidos no

art. 56 da lei geral de licitações. Nesse sentido:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

I – exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;

Grifamos

Existe ainda um último argumento que não pode ser desconsiderado.

O Tribunal de Contas do Estado – TCE/ES, no âmbito do Processo TC nº 9663/2018 – Acórdão TC-242/2020 – Plenário (retificado pelo Acórdão TC-756/2020 - Plenário), se manifestou previamente à abertura do certame, tendo procedido com minuciosa análise das minutas de edital e contrato, articulando diversas recomendações e sugestões a respeito de pontos variados das minutas – as quais foram integralmente acatadas pela CESAN.

Não obstante, não foi apontado pelo egrégio TCE-ES nenhuma inconsistência ou ilegalidade a propósito dos requisitos de qualificação econômica e habilitação técnica, muito menos no que concerne à cumulação das exigências de garantia de proposta e patrimônio líquido do proponente. Ressalte-se, ainda, que modelo semelhante ao ora impugnado já havia sido anteriormente adotado, por ocasião da licitação da PPP de Serra e Vila Velha.

Diante de todo o exposto, entende-se que não há ilegalidade na opção da CESAN por cumular exigências de garantia de proposta e de Patrimônio Líquido, na medida em que tal prática (a) não é vedada pela lei de licitações, (b) encontra-se aderente às boas práticas de licitações e contratos de PPPs (c) não é vedada pela lei de PPP e (d) que o presente edital e contrato foram exaustivamente escrutinados pelo TCE-ES, órgãos de fiscalização e controle que se manifestou em caráter prévio à abertura do certame, tendo tais documentos sido regularmente aprovados.

III.3 – Ausência de cláusulas essenciais exigidas pela Lei 14.026/2020 – metodologia de cálculo de indenização e metas de reuso de efluentes sanitários e aproveitamento de águas de chuva

A resposta ao presente item da Impugnação já foi endereçada e extensivamente justificadas no tópico II deste Julgamento.

Sobre a questão da indenização, vale ainda acrescentar os elementos que foram expressos nas respostas 103 e 104 da Carta Circular 4: todos os bens da concessão administrativa e investimentos realizados deverão ser integralmente amortizados pela Concessionária até o encerramento do prazo contratual.

Nesse sentido, considerando a forma ordinária de extinção contratual, mediante o advento do seu termo final, a reversão dos bens far-se-á sem direito a indenização. Ou seja, com base nas regras contábeis existentes, cabe ao concessionário proceder com a amortização dos bens e investimentos executados, de modo que, ao cabo do prazo contratual, os mesmos sejam revertidos ao titular dos serviços integralmente amortizados. É importante destacar que as situações de extinção contratual antecipada (diversas do advento do termo contratual) não se submetem ao disposto anteriormente, cabendo à CESAN indenizar o concessionário pelos investimentos contabilmente não amortizados, conforme estipulado na lei e no contrato de concessão. O procedimento de cálculo das indenizações devidas em função de investimentos não amortizados, em caso de extinção contratual, encontra-se disciplinado na minuta de contrato de concessão, nas subcláusulas 29.6.1 (em caso de encampação), 30.6 (caducidade), 31.3 (rescisão), 32.1.1 (falência ou extinção da concessionária) e 33.3 "c" (nulidade).

III.4 – Incompatibilidade das metas previstas no Plano Municipal de Saneamento Básico e no Anexo V – Termo de Referência

A resposta ao presente item da Impugnação foi endereçada e extensivamente justificada no tópico II deste Julgamento.

III.5 – Risco de inviabilidade econômico-financeira do Projeto em razão da impossibilidade de acesso a recursos federais (art. 50, VII, da lei federal 11.445/2007, incluído pela lei federal 14.026/2020)

Argumenta a Impugnante, com base no art. 50, inc. VII, da Lei n.º 11.445/2007, considerando a redação recentemente atribuída pela Lei n.º 14.026/2020, que há um cenário de incerteza quanto à possibilidade de acesso a financiamentos provenientes de recursos federais.

O referido dispositivo destaca que:

Art. 50. A alocação de recursos públicos federais e os financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão feitos em conformidade com as diretrizes e objetivos estabelecidos nos arts. 48 e 49 desta Lei e com os planos de saneamento básico e condicionados:

VII - à estruturação de prestação regionalizada;

A impugnante menciona ainda que os custos decorrentes dos financiamentos constituem um importante componente do plano de negócios da concessão, e nessa esteira, conclui que o risco relativo à mudança das condições de tais financiamentos, por conta da incerteza a respeito do sentido e alcance da regra em tela (art. 50, inc. VII), está indevidamente alocado à concessionária - conforme o teor da subcláusula 15.3.23, da minuta de contrato de concessão.

15.3. A Concessionária é responsável inclusive, mas sem limitação, pelos seguintes riscos, sendo eu a ocorrência dos fatos previstos não ensejará a recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão Administrativa:

(...)

15.3.23. Aumento do custo de capital, inclusive os resultantes de aumentos das taxas de juros:

Entende-se que não assiste razão à Impugnante quanto ao pleito formulado.

Em primeiro lugar, é importante ter em mente que, considerando aspectos técnicos relativos ao projeto, sobretudo no que tange a sua abrangência territorial e de compartilhamento de infraestruturas e integração de serviços prestados em diferentes localidades, a operação em tela apresenta, materialmente, características que se alinham ao conceito de uma prestação regionalizada. Existe um componente de integração de infraestruturas e os serviços são prestados pela CESAN – e serão prestados pelo futuro operador – em mais de um município, ensejando ganhos de escala e sinergias.

Dessa forma, importante atentar para o conceito legal de regionalização introduzido pela Lei n.º 14.026/2020, que reformou o marco legal do setor de saneamento básico:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

VI - prestação regionalizada: modalidade de prestação integrada de um ou mais componentes dos serviços públicos de saneamento básico em determinada região cujo território abranja mais de um Município, podendo ser estruturada em:

a) região metropolitana, aglomeração urbana ou microrregião: unidade instituída pelos Estados mediante lei complementar, de acordo com o § 3º do art. 25 da Constituição Federal, composta de agrupamento de Municípios limítrofes e instituída nos termos da Lei nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015 (Estatuto da Metrópole);

b) unidade regional de saneamento básico: unidade instituída pelos Estados mediante lei ordinária, constituída pelo agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, para atender adequadamente às exigências de higiene e saúde pública, ou para dar viabilidade econômica e técnica aos Municípios menos favorecidos;

c) bloco de referência: agrupamento de Municípios não necessariamente limítrofes, estabelecido pela União nos termos do § 3º do art. 52 desta Lei e formalmente criado por meio de gestão associada voluntária dos titulares;

(Grifamos)

No que tange ao acesso a recursos públicos federais (inclusive por meio de financiamentos providos por instituições financeiras federais), observa-se, conforme alegado pela Impugnante, de fato não há ainda uma regulamentação expedida pela União dispendo sobre o tema, notadamente sobre quais

modelos de regionalização serão considerados para fins de recebimento de recursos.

E nesse sentido, caso seja adotada, no âmbito da regulamentação, uma linha mais restritiva, há a realmente a possibilidade de o projeto não se enquadrar para fins de acesso a tais recursos.

Porém, é importante ficar claro que não existe uma ilegalidade na alocação de riscos estabelecida no Contrato.

Conforme apontado pela Impugnante, o risco de obtenção de recursos financeiros para a execução dos Investimentos, nos prazos estabelecidos no Contrato de Concessão Administrativa, sempre esteve alocado ao Concessionário, nos termos da subcláusula 15.3.23, da minuta de Contrato.

Essa alocação foi estabelecida na medida em que, tecnicamente, se considerou que o concessionário é o agente mais apto a gerenciar tal risco. Não há, nem nunca houve, nos termos da minuta de contrato, nenhuma garantia de acesso ou disponibilidade de recursos públicos federais ou financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União. Nunca houve uma garantia de quais taxas serão praticadas. Também não existe uma garantia de que a União, por meio de suas instituições financeiras, vai permanecer disponibilizando recursos para projetos de PPPs contratadas por companhias de saneamento como a CESAN. Portanto, o art. 50, inc. VII, é apenas um ingrediente adicional num contexto de risco de acesso a recursos financeiros, que é predominantemente alocado para o operador privado.

Importante atentar que os recursos federais são apenas uma fonte de *funding* possível para o projeto. Há opções de mercado hoje, disponíveis em instituições privadas e operações estruturadas no mercado de capitais. É nesse contexto que a Impugnante e os demais licitantes precisam tomar uma decisão

de investimento que é normal nesse mercado. Devem decidir se vão adotar uma estratégia mais conservadora ou mais arrojada, e reverberar essa decisão na sua proposta econômica.

Nesse sentido, entende-se que não assiste razão à Impugnante, no que tange ao pleito de alteração ou paralisação do certame, considerando o alegado risco de não acesso a recursos de financiamento disponibilizados por instituições públicas federais, não havendo ilegalidade na alocação do risco, tal qual procedida na minuta de contrato de concessão.

III.6 – Ausência de detalhamento da regra de comprovação de participação nos empreendimentos apresentados no âmbito da qualificação técnica

Em síntese, a Impugnante alega que há falta de clareza, no Edital, no que concerne ao detalhamento dos documentos necessários para comprovar a participação das proponentes nos empreendimentos objeto das atestações técnicas apresentadas.

Em relação a esse ponto, entende-se que não assiste razão à Impugnante.

Em primeiro lugar, é importante ter em vista cabe ao Licitante apresentar, no âmbito do certame concessório, um arcabouço documental completo e inteligível, que seja apto a comprovar a sua participação nos empreendimentos a que se referem os atestados apresentados a título de qualificação técnica. Ou seja, tal ônus se depreende da dinâmica e do conjunto de regras já estabelecido no Edital. Comprovações a respeito dos vínculos comerciais e societários existentes entre sociedades executoras dos empreendimentos e as proponentes são decorrências naturais de processos licitatórios de complexidade semelhante ao ora capitaneado pela CESAN.

Além disso, conforme previsto nos itens 7.6, 7.7, 15.4 e 15.7 do edital, a

CESAN tem o *poder-dever* de realizar diligências para averiguar a veracidade e aderência das informações apresentadas pelos Licitantes, notadamente pelo vencedor do certame, sempre com o propósito de alcançar a verdade real no que tange ao atendimento às exigências do Edital - sendo, inclusive, facultado às Licitantes, a entrega de documentos complementares, conforme seja necessário e demandado pela Comissão de Licitação responsável pelo certame.

Nessa linha:

7.6. A CESAN se reserva o direito de proceder a diligências e extrair certidões para averiguar a veracidade das informações constantes nos documentos apresentados, caso julgue necessário, estando sujeita à inabilitação a Proponente que apresentar documentos em desacordo com as informações obtidas pela Comissão, além de incorrer nas sanções previstas neste Edital.

7.7. A Comissão de Licitação, nos termos do artigo 12, Inciso IV, da Lei Federal n. ° 11.079, de 30 de dezembro de 2004, deverá **facultar aos Proponentes a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento**, desde que a Proponente possa satisfazer as exigências no prazo de até 5 (cinco) dias úteis, contados a partir da comunicação feita pela Comissão de Licitação.

15.4 Atestado (s) de capacidade técnica emitido (s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove(m) que a Proponente:

(...)

15.7 As informações acima poderão ser complementadas por meio da apresentação dos contratos pertinentes e anexos, podendo a conformidade dos atestados ser confirmada por meio de diligência, sendo que a sua desconformidade implicará a inabilitação do Proponente, sem prejuízo de outras sanções cabíveis em virtude de falsidade das informações prestadas.

Assim, segundo o exposto, a Comissão Especial de Licitação deverá facultar o saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, cabendo aos Licitantes apresentar todos os documentos necessários para a comprovação das exigências de habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação financeira, habilitação técnica e outras que tenham sido formuladas pelo instrumento convocatório.

III.7 – Impossibilidade de envio de impugnação e esclarecimentos por via eletrônica

Alega a impugnante que o edital deveria prever o envio de impugnação e esclarecimentos por via eletrônica, considerando o contexto de Pandemia SARS-COV2 (COVID19). No caso, importante ter em mente que a solução adotada no Edital se encontra em linha com o preconizado pela legislação de regência, notadamente o art. 41, da Lei 8.666/93, que estabelece a necessidade de protocolo da impugnação.

Como se pode observar do referido artigo, não há qualquer determinação para que a impugnação seja recebida por e-mail (forma eletrônica), especialmente porque a presente licitação não se procede por meio de ferramentas eletrônicas e em ambiente digital (diferentemente dos pregões eletrônicos, usados pela Impugnante como paradigma de comparação).

Por fim, importante atentar que não houve qualquer prejuízo à Impugnante, que conseguiu a tempo e modo o seu objetivo de impugnar o edital.

III.8 – Ausência de normas de regulação expressamente exigidas no Novo Marco

A Impugnante assevera, em síntese, que considerando a ausência de normas regulatórias sobre temas expressamente exigidos na legislação, conclui-se que não estariam preenchidas as condições legais de validade do Contrato - o que impede, por consequência, o prosseguimento do presente certame. Nesse sentido, a Impugnante subsidia o seu entendimento mencionando o disposto nos art. 11, inc. III e §2º e art. 23, inc. III, todos da Lei Nacional de Saneamento, considerando a nova redação atribuída pela Lei n.º 14.026/2020.

Os referidos dispositivos são transcritos a seguir, com grifos nas partes mais relevantes:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:
(...)

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

(...)

§ 2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, **as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:**

I - a autorização para a contratação dos serviços, indicando os respectivos prazos e a área a ser atendida;

II - a inclusão, no contrato, das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços, de redução progressiva e controle de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, em conformidade com os serviços a serem prestados e com o respectivo plano de saneamento básico; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

III - as prioridades de ação, compatíveis com as metas estabelecidas;

IV - as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo:

- a) o sistema de cobrança e a composição de taxas e tarifas;
- b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas;
- c) a política de subsídios;

V - mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços;

VI - as hipóteses de intervenção e de retomada dos serviços.

A respeito da inadequação do pleito apresentado pela Impugnante, há pelo menos três argumentos jurídicos que precisam ser considerados.

O primeiro, e mais intuitivo, é que o exercício de competências e de obrigações contratualmente assumidas pela CESAN junto aos municípios (no âmbito dos contratos de programa vigentes) não pode ficar ao sabor da edição de uma regulamentação a ser expedida - num futuro incerto - pela Agência Nacional de Águas/ANA, que é um braço administrativo da União.

Como é cediço, o novo papel atribuído à ANA, qual seja o de difusor de boas práticas de regulação e normas de referência, extrapola em muito as funções originais da referida agência, estabelecidas nos termos da Lei n.º 9.984, de 18 de julho de 2000, as quais se circunscreviam ao tema da gestão de recursos hídricos federais.

Há, portanto, um caminho longo de capacitação institucional, técnica e

operacional para a edição, pela ANA, das referidas *normas de referência*. A ideia de proceder com concessões e novos projetos no setor de saneamento apenas depois da edição de normas pela ANA não é razoável e, de certo, não foi o espírito do legislador. Em última análise, segundo a interpretação trazida pela Impugnante, (a) o exercício da titularidade pelos entes municipais e (b) o cumprimento de obrigações contratuais pelos atuais operadores estaria indefinidamente constrangido em virtude da inação de um ente administrativo integrante de outra esfera federativa. Essa leitura não pode ser reputada como correta.

O segundo argumento é que a minuta de Contrato de Concessão possui um plexo de metas e indicadores de desempenho, conciliando aspectos de disponibilidade e qualitativos. Há, inclusive, um anexo contratual específico dispondo sobre o tema – o **Anexo III – Metas e Indicadores de Desempenho**. Essas metas, inclusive, serão consideradas para fins de determinação da contraprestação pública devida ao futuro operador dos serviços.

Portanto, mais do que haver metas e indicadores de qualidade previstos claramente na minuta de contrato, a proposta da CESAN é que o seu atingimento e a execução das obrigações contratuais assumidas pelo concessionário reverberem na sua remuneração.

Nesse sentido, observa-se o modelo de regulação adotado para o projeto, a exemplo do que vem sendo praticado em diversas concessões privadas, é aquele que se designa de “Regulação por Contrato”. Assim, as normas, metas e especificidades relacionadas à prestação do serviço estão previstas expressa e predominantemente na minuta de contrato de concessão e seus anexos, cabendo à Agência Reguladora a edição de regulamentos complementares às disposições contratuais. Esse modelo traz uma série de vantagens para as partes envolvidas, principalmente no sentido de criar um sistema contratual que vai reger a relação de longo prazo entre o operador e a CESAN, conferindo clareza sobre os limites e possibilidades dos poderes de fiscalização e

regulação contratual.

Em terceiro lugar, remete-se aos argumentos dispostos na seção introdutória desta resposta.

Em especial, vale destacar que as obrigações recentemente estabelecidas pela Lei 14.026/2020, em especial aquelas incluídas no § 2º do art. 11, da Lei n.º 11.445/2007, devem ser contemporizadas com um instituto muito importante do Direito e que, não por acaso, tem assento constitucional: o ato jurídico perfeito, previsto no art. 5º, inc. XXXVI, da CF. Vale a pena recapitular o que diz a Constituição:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

(grifamos)

Ou seja, o inc. II, do §2º do art. 11, da Lei 11.445/2007 se referem aos novos contratos que virão a ser celebrados entre titulares dos serviços e os respectivos prestadores.

De início, se observa que esse não é o caso do contrato em tela, que é uma PPP administrativa e tem por escopo a prestação de serviços administrativos à CESAN. Ou seja, o presente contrato não se insere na hipótese de incidência de tal dispositivo.

Porém, em complemento, entende-se que os comando do inc. II, do § 2º do art. 11, da Lei 11.445/2007, também não se aplica aos contratos de programa vigentes, visto que tais instrumentos, celebrados anteriormente à publicação da Lei 14.026/2020, são atos jurídicos perfeitos.

III.9 – Apuração de índices de liquidez corrente e índice de endividamento total – Distinção de tratamento contábil

A questão colocada pelo Impugnante diz respeito à ausência de detalhamento de comprovação dos índices de acordo com os diferentes tipos societários. Nessa linha, argumenta que, como as sociedades, a depender do seu campo de atuação, estão submetidas a regimes contábeis diferentes, a ausência desse detalhamento mais preciso não permitiria adequadamente a comparação dos índices de capacidade financeira.

O primeiro aspecto a se atentar é que os índices utilizados no edital são habitualmente praticados nos processos de licitação, mostrando-se razoáveis e não demasiadamente restritivos. São indicadores usados como referência para analisar a regularidade financeira das Licitantes.

Adicionalmente, é importante destacar ainda que o edital também apresenta regras específicas para fundos de investimentos e entidades de previdência complementar nos itens 13.4 e 13.5, que também são categorias específicas de licitantes. Nesse sentido:

13.4. Os fundos de investimentos, em substituição aos índices exigidos nos itens 13.2 e 13.3 acima, deverão comprovar Índice de Alavancagem (IA) igual ou inferior a 14,0 (quatorze), apurado a partir das demonstrações financeiras do último exercício, de acordo com a seguinte fórmula:

$$IA = CT / PL$$

Onde:

CT = passivo real, menos o patrimônio líquido e os diversos.

PL= capital social integralizado, mais as reservas capitalizáveis e lucros, menos os prejuízos.

13.5. As entidades de previdência complementar, em substituição aos índices exigidos nos itens nos itens 13.2 e 13.3, deverão comprovar Índice de Cobertura de Benefícios (ICB) igual ou superior a 0,7 (sete décimos), apurado a partir das demonstrações financeiras do último exercício, de acordo com a seguinte fórmula:

$$ICB = (AT - CC - EO - EC - F - BC - PMI) / BaC$$

Onde:

AT = Ativo Total

CC = Contribuições Contratadas

EO = Exigível Operacional

EC = Exigível Contingencial

F = Fundos

BC = Benefícios Concedidos

PMI = Provisões Matemáticas a Integralizar

BaC = Benefícios a Conceder

Diante do exposto, entende-se que não assiste razão à Impugnante, visto que o edital já traz o detalhamento dos índices contábeis a serem praticados para as diferentes categorias de licitantes, sendo que os índices adotados se mostram aderentes ao habitualmente usado outros processos concessórios, tendo sido analisados e chancelados no âmbito do processo de fiscalização e controle prévio ao qual o edital foi submetido, junto ao TCE-ES.

III.10 – Incerteza quanto à taxa de câmbio a ser adotada para a conversão do patrimônio líquido de empresas estrangeiras

A impugnante aponta que existe “Incerteza quanto à taxa de câmbio a ser adotada para a conversão do patrimônio líquido de empresas estrangeiras”. Em síntese, com foco no item 16.6 do Edital, alega que há falta de clareza quanto à regra para conversão dos valores do patrimônio líquido em moeda estrangeira, não restando claro se deveria ser utilizada a taxa do dia da publicação do edital ou do dia útil subsequente.

Ao contrário do alegado, não existe qualquer incerteza no edital. Nessa linha, cabe esclarecer que os licitantes podem considerar a maior taxa de conversão, qual seja, aquela praticada na data de publicação do Edital, dia 18/07/2020, uma vez que isso tem como consequência a exigência do menor valor em moeda estrangeira – o que, ao cabo, tem justamente o efeito originalmente pretendido pela CESAN, que é o de ampliar a competitividade no certame.

III.11 – Alteração de garantia contratual

Em breve síntese, alega a Impugnante que houve alteração da natureza da garantia de pagamento de contraprestação pública. No caso, teria ocorrido, segundo a alegação formulada, um descompasso entre (a) o teor do Anexo XIV da minuta de contrato de concessão (que considera como garantia o modelo de *penhor*) e (b) o disposto na subcláusula 20.2 da minuta de contrato (que estabelece a cessão fiduciária de recebíveis). Argumenta ainda a Impugnante que a CESAN teria procedido com alteração dos documentos da licitação na medida em que esclareceu, no âmbito da resposta ao questionamento n. 51, que o modelo de garantia correto era de fato o da *cessão fiduciária* de recebíveis.

Não há ilegalidade na conduta da CESAN.

Em primeiro lugar, não existe alteração propriamente dita de garantia, cujo substrato permanece sendo os *recebíveis* provenientes dos serviços públicos prestados no Município de Cariacica. O que há de diferente – e melhor para a futura concessionária – é o formato jurídico adotado, que, conforme estipulado na minuta Contrato, será uma cessão fiduciária. Sem aprofundar o tema, a cessão fiduciária traz vantagens consideráveis em relação ao modelo de penhor, na medida em que já importa, *per se*, na cessão da propriedade sobre o bem.

Além disso, importa dizer que, da leitura da cláusula 2.4 do Contrato, se extrai que no caso de divergência entre o Contrato de Concessão Administrativa e seus Anexos, prevalecerá o disposto no referido Contrato. Nesse sentido:

2.4. No caso de divergência entre o Contrato de Concessão Administrativa e seus Anexos, prevalecerá o disposto no Contrato de Concessão Administrativa.

Dessa maneira, a ratificação pela adoção do modelo previsto em contrato está em linha com as disposições da minuta de contrato, que já prevê mecanismos

endógenos de superação de divergências.

Por óbvio e sem qualquer prejuízo para as licitantes, os documentos serão oportunamente compatibilizados.

IV. Conclusão

Diante do exposto, a Comissão Especial de Licitação conhece da impugnação apresentada pela empresa **BRK AMBIENTAL PARTICIPAÇÕES S/A**, para, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos supra e da legislação pertinente, mantendo-se as datas pregressas já determinadas para realização do certame.

Vitória, ES, 21 de setembro de 2020

Robério Lamas da Silva

Valdik Escapini Fanchiotti

Fernando Rodrigues da Matta Baptista

Gudson Lorencini

Anderson Peixoto Jardim

Fábio Gomes de Aguiar