

Processo: 14525/24

Requerente: Aegea Saneamento e Participações

Assunto: impugnação

À Procuradoria-Geral;

O novo edital de licitação correlato a **CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 90.001 / 2024**, foi publicizado na forma e no prazo legal, sendo cogente afirmar que fora interposta em desfavor do edital impugnação da empresa requerente.

Neste sentido, em virtude da prestação de serviço contratualizada perante a Fundação Instituto de Pesquisa Econômicas - FIPE, a referida impugnação foi discutida com a contratada, que prestou os seguintes esclarecimentos e a resposta abaixo, que adoto como razão de decidir, senão vejamos:

“RESPOSTA À IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

I. RELATÓRIO

1. Trata-se de impugnação à Concorrência Pública nº 90.001/2024, cujo objeto é a Concessão Administrativa da prestação dos serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, coleta, varrição manual e varrição mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos mediante delegação feita por contrato de concessão administrativa, e atividades correlatas, interposta pela empresa Aegea Saneamento e Participações S.A.
2. Em análise preliminar, atesta-se que a impugnação atende aos pressupostos de admissibilidade e tempestividade, motivo pelo qual será conhecida e analisada.

3. No mérito, a Impugnante alega a existência de supostas irregularidades e ilegalidades no Edital de Concorrência da referida Concorrência Pública, sendo suscitados os seguintes pontos:

- a) utilização do critério de "técnica e preço" (art. 12, II, da Lei nº 11.079/04)
- b) excessivas exigências de qualificação técnica, que restringem sobremaneira o caráter competitivo do certame (arts. 5º e 6º, XXV, "c", da Lei nº 14.133/21);
- c) a necessária previsão de garantia de receitas à vencedora, por meio de taxa ou tarifa, que podem, nos termos do art. 35, §1º, da Lei nº 11.445/07, por exemplo, ser inseridas na fatura de consumo de outros serviços públicos, com a anuência da prestadora do serviço; e
- d) estabelecimento de Agência Reguladora para fiscalização da Concessão, que deve possuir natureza jurídica de autarquia e independência decisória, sendo esta uma condição de validade dos contratos de prestação dos serviços de saneamento básico, nos termos dos arts. 11, III, e 21, da Lei nº 11.445/07.
- e) No mérito, a Impugnante alega a existência de supostas irregularidades e ilegalidades no Edital de Concorrência da referida Concorrência Pública, sendo suscitados os seguintes ponto

4. Frente o exposto, será demonstrado a conformidade do instrumento de convocação e a legislação de regência.

II. RELATÓRIO

II.1 - Técnica e preço

5. Alega a impugnante que a combinação dos critérios de melhor técnica e menor valor da contraprestação não se coaduna com a concessão de serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos. No mais, a licitante alega que o critério de melhor técnica não deveria

ser aplicado, visto que sua incidência seria restrita às hipóteses elencadas na Lei Federal nº 14.133/2021 (“Lei de Licitações e Contratos Administrativos” ou “LLCA”).

6. A alegação da impugnante não merece prosperar, uma vez que o art. 12 e incisos da Lei Federal nº 11.079/2004 prevê que poderá ser adotado como critério de julgamento a melhor proposta em razão do menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica. (art. 12, inc. II, “a” e “b”). Portanto, se trata de autorização expressa do legislador para adoção do referido critério em PPPs.

7. A previsão do art. 12, caput para observância à LLCA se trata do procedimento licitatório previsto na Lei, e não aos seus ordenamentos legais. Caso os critérios de julgamento dispostos no art. 33 e seguintes da LLCA tivessem de ser observados na para parcerias público-privadas, o legislador não teria previsto critérios de julgamento específicos no âmbito da Lei Federal nº 11.079/2004.

8. O princípio da especialidade determina que deve ser afastada lei geral para aplicação da lei especial, como ensina Maria Helena Diniz:

A ciência jurídica, ante o postulado da coerência do sistema, aponta critérios a que o aplicador deverá recorrer para sair da situação anormal. Tais critérios não são princípios lógicos, mas jurídico-positivos, pressupostos implicitamente pelo legislador, apesar de se aproximarem muito das presunções. A ordem jurídica prevê uma série de critérios para a solução de antinomias aparentes no direito interno, que são:

(...)

3) O de especialidade (lex specialis derogat legi generali), que visa a consideração da matéria normada, com o recurso aos meios interpretativos. Para Bobbio, a superioridade da norma especial sobre a geral constitui expressão da exigência de um caminho da justiça, da legalidade à igualdade, por refletir, de modo claro, a regra da justiça

suum cuique tribuere. Ter-se-á, então, de considerar a passagem da lei geral à especial, isto porque as pessoas pertencentes à mesma categoria deverão ser tratadas de igual forma, e as de outra, de modo diverso. Há, portanto, uma diversificação do desigual. **Esse critério serviria, numa certa medida, para solucionar antinomia, tratando desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenças exigidas fática e axiologicamente, apelando para isso à ratio legis.** Realmente, se, em certas circunstâncias, uma norma ordena ou permite determinado comportamento somente a algumas pessoas, as demais, em idênticas situações, não são alcançadas por ela, por se tratar de disposição excepcional, que só vale para as situações normada

(Grifa-se)

9. Como a Lei de PPPs prevê critérios de julgamento diferentes ao LLCA, e não coloca condicionais para sua aplicação, vê-se que se trata de legislação especial que deve prevalecer à lei geral. Pelo exposto, é certo que a legislação autoriza o emprego do critério de julgamento “técnica e preço” ao presente caso.

10. Ademais, deve ser ressaltado que a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro conta com jurisprudência que autorizou o emprego do critério de julgamento questionado. No âmbito do processo TCE-RJ nº 231.955-4/20, referente à concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no município de Barra do Piraí, o Conselheiro Relator entendeu que o Poder Concedente tem o direito de avaliar o critério de julgamento mais adequado para o certame:

Em relação ao item III.d da proposta instrutiva – para que seja excluído, obrigatoriamente, o critério de melhor técnica por ocasião do julgamento da licitação –, o art. 15 da Lei Federal nº 8.987/95 não estabeleceu tal obrigatoriedade: (...)

Nesse sentido, em que pese o critério de menor valor da tarifa beneficiar a modicidade tarifária, discordo do Corpo Técnico quanto à

sua obrigatoriedade, na medida em que o jurisdicionado tem o direito de avaliar o critério de julgamento mais adequado para o certame, de acordo com as necessidades da Administração Municipal e o interesse público local, desde que seja tecnicamente justificada a sua opção.

11. Em outro exemplo, o município de Angra dos Reis submeteu o Edital de Licitação por concorrência nº 008/2019 - cujo objeto é o manejo de resíduos sólidos e limpeza urbana - para escrutínio do E. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ n.o 212.713-2/19) . Nessa análise, o Tribunal não solicitou, em nenhum momento, que o critério de julgamento “técnica e preço” fosse retificado.

12. Por fim, o critério foi adotado com a intenção de que fosse selecionado parceiro apto para adotar soluções inovadoras que possam transformar a realidade atual da prestação dos serviços em Nova Friburgo. Atualmente, apesar dos melhores esforços da atual concessionária, a taxa de recuperação do município é de 0,36%, muito aquém do exigido para região sudeste no Plano Nacional de Resíduos Sólidos. Assim, a contratação de parceiro que demonstre deter a técnica exigida pela Prefeitura de Nova Friburgo é fundamental para viabilizar políticas públicas pretendidas.

13. Assim, não há de se falar em irregularidade ou ilegalidade no emprego do critério de julgamento de “técnica e preço”.

II.2 - Qualificação técnica

14. Argui a impugnante que a demonstração da capacidade técnica-operacional pela apresentação de atestados que comprovem a experiência da licitante apresentariam alto grau de especificidade, que poderia afastar concorrentes plenamente capazes de cumprir as metas estipuladas no contrato de concessão. Também argumenta-se que as exigências não guardam relação com as parcelas de maior relevância e valor significativo da concessão.

15. Pois bem. Na modelagem na presente concessão, foi levado em consideração a Súmula TCU 263, que dispõe que a comprovação da capacidade técnica-operacional deve se ater às parcelas de maior relevância do objeto a ser contratado:

SÚMULA TCU 263: Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado. Acórdão 827/2015 - Plenário.

16. Todos os itens indicados pela impugnante tem relação direta com os serviços de manejo de resíduos sólidos, e consistem em critérios técnicos de particular relevância para os problemas enfrentados pelo Município de Nova Friburgo. Para além, foi respeitado o quantitativo mínimo de 50%, obtido a partir dos números da operação da atual concessionária de serviços públicos, em vista de dados fornecidos à Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (“Fipe”).

17. Por fim, o Edital aceita o somatório de atestados para atender seus requisitos, também sendo aceito que a experiência seja comprovada por meio de atestados emitidos em nome de empresa integrante do mesmo grupo econômico ou da empresa integrante do consórcio da licitante. Deste modo, não há como se falar em restrição da competitividade do certame, uma vez que há meios para que as licitantes possam atender às qualificações técnicas dispostas.

18. Pelo todo exposto, não configura irregularidade ou ilegalidade nas exigências da capacidade técnica-operacional das licitantes, muito menos no que se refere à restrição de competitividade do certame.

II.3 - Garantia de receita - Taxas ou tarifas compartilhadas

19. Aduz a impugnante que a utilização do instrumento jurídico da PPP, na modalidade de concessão administrativa, não teria sido devidamente justificada no caso concreto, o que supostamente violaria a Lei Federal nº 11.445/2007 e a Norma de Referência nº 01 da

Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (“ANA”). Porém, essa alegação não encontra amparo legal.

20. Em primeiro lugar, deve ser esclarecido que a opção pela modalidade de concessão administrativa se dá pelo modelo atualmente empregado pelo município. A concessão dos serviços de manejo de resíduos sólidos ainda em operação no município adota modelo similar, já que recebe recursos provenientes da Taxa de Coleta de Lixo Domiciliar (TCLD).

21. Essa taxa é instituída pela Lei Complementar Municipal nº 124/2018 (“Código Tributário de Nova Friburgo”), que prevê em seu art. 278 que taxa tem como fato gerador “a utilização efetiva ou potencial do serviço de coleta, transporte, tratamento e destinação final de resíduos sólidos, de fruição obrigatória, prestados em regime público, nos limites territoriais do Município.”. Deste modo, considerando os obstáculos e dificuldades reais que poderiam incorrer o município caso o sistema atual tivesse de ser substituído - conforme disposto no art. 22 da LINDB¹ - optou-se por manter o *status quo*.

22. Essa decisão foi amparada pela certeza que o emprego de concessão administrativa não é ilegal. Contrariamente do alegado pela impugnante, a Lei Federal nº 11.445/2007 autoriza, expressamente, o emprego de taxas para garantir a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços públicos, se não vejamos:

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

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;

¹ Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrado

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada por meio de remuneração pela cobrança dos serviços, e, quando necessário, por outras formas adicionais, como subsídios ou subvenções, vedada a cobrança em duplicidade de custos administrativos ou gerenciais a serem pagos pelo usuário, nos seguintes serviços:

II - de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, **na forma de taxas**, tarifas e outros preços públicos, conforme o regime de prestação do serviço ou das suas atividades; e

§ 1º Observado o disposto nos incisos I a III do caput deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e **taxas** para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes:

§ 4º Na hipótese de prestação dos serviços sob regime de concessão, as tarifas e preços públicos serão arrecadados pelo prestador diretamente do usuário, **e essa arrecadação será facultativa em caso de taxas.**

Art. 35. As **taxas** ou as tarifas decorrentes da prestação de serviço de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos considerarão a destinação adequada dos resíduos coletados e o nível de renda da população da área atendida, de forma isolada ou combinada, e poderão, ainda, considerar: (...)

(Grifamos)

23. Por fim, a Norma de Referência nº 1 da ANA não impõe óbices no emprego de taxas como instrumento para garantir a viabilidade econômico-financeira de concessões de serviços públicos de manejo de resíduos sólidos e limpeza urbana. Como se vê abaixo, o anexo único da referida normativa demonstra que a taxa é um instrumento de cobrança para arrecadação do valor da receita requerida para subsidiar os serviços:

4.4. Regime de Cobrança Conjunto de regras e princípios legais ou editados por autoridades administrativas, que regem os **INSTRUMENTOS DE COBRANÇA, sendo o regime tributário, para o caso de TAXAS**, e o regime administrativo, para o caso de TARIFAS e outros preços públicos.

4.5. Instrumento de Cobrança **TAXA** ou TARIFA para remunerar a prestação do SMRSU, **estruturada de forma a que se possa arrecadar o valor da RECEITA REQUERIDA.**

(...)

4.14. Regulação do SMRSU Todo e qualquer ato que discipline ou organize o SMRSU, incluindo suas características, padrões de qualidade, impacto socioambiental, direitos e obrigações dos USUÁRIOS e dos responsáveis por sua oferta ou prestação e fixação e revisão do valor de TARIFAS e outros preços públicos e, **quando for o caso, a proposição de valores de TAXAS ao TITULAR** ou à ESTRUTURA DE PRESTAÇÃO REGIONALIZADA competente.

(Grifamos)

24. Por mais que a Norma dê preferência às tarifas, também não é impedido que taxas sejam empregadas para subsidiar os serviços, principalmente à luz do sistema atualmente instituído no município e a própria discricionariedade do gestor. Portanto, não prospera a alegação da impugnante quanto ao tema.

II.4 - Agência Reguladora

25. Por fim, alega a impugnante que a ausência de previsão acerca de agência reguladora responsável pela fiscalização da concessão se trata de violação ao art, 11º, III, da Lei nº 11.445/2007, que prevê que a designação de entidade de regulação e fiscalização é condição de validade dos contratos de prestação de serviços público de saneamento básico.

26. Não se questiona a relevância e importância atribuída pelo Novo Marco Legal do Saneamento Básico (“Lei Federal nº 14.026/2020”) à entidades infranacionais de regulação deste serviços. Deste modo, em vista das prerrogativas do Poder Executivo Municipal, foi optado em apontar a Agência Reguladora em momento posterior, em concordância com a prestadora de serviços.

27. O art. 23, § 1º da Lei Federal nº 11.445/2007 é claro que a regulação da prestação dos serviços públicos de saneamento básico poderá ser delegada a qualquer entidade reguladora do Estado de Rio de Janeiro, que exercerá relevante papel na gestão contratual que impactará a atuação tanto do Poder Concedente como da Concessionária. Deste modo, julgou-se mais apropriado que as partes tenham concordância na opção da Agência Reguladora que atuará até o advento contratual.

28. Essa possibilidade não encontrou óbices no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro em sede do Processo TCE-RJ 204.216-3/21. Naquela oportunidade, o Conselheiro-Substituto Relator Marcelo Verdini Maia entendeu que a Lei Federal no 11.445/2007 não demanda que a entidade reguladora seja especificada do instrumento convocatório:

Quanto à suposta indefinição em relação à agência reguladora encarregada da regulação e fiscalização dos serviços, ressalta-se que o artigo 11 da Lei Federal n.º 11.445/07 estabelece condições de validade para contratos de prestação de serviços públicos de saneamento básico, dentre as quais se encontra a designação da entidade de regulação e de fiscalização (parte final do inciso III), sem determinar que a aludida entidade seja especificada no instrumento convocatório.

29. Dessa forma, a Agência Reguladora será designada pelo Município durante a vigência do contrato, assumindo a responsabilidade de apoiar a fiscalização do mesmo. A escolha da Agência Reguladora será oficializada por meio de um termo aditivo ao contrato de concessão.

30. Pelo todo o exposto, a alegação de ilegalidade arguida pela licitante não encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.”

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, decide a Secretaria de Serviços Público julgar improcedentes as impugnações apresentadas, por consequência, mantendo inalteradas as disposições do Edital de Concorrência Pública nº 90.001/2024.

Nova Friburgo/RJ, 11 de junho de 2024.

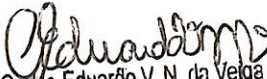

Marcelo da Silva Pereira
Secretaria de Serviço Público
matr. 100.530

Ciente do acusado e das manifestações das partes.

Tendo em vista a manifestação conjunta da Secretaria
Gestora e da empresa de consultoria acerca da matéria,
utilizo os fundamentos apontado as fls. 49/59 como
razões de oporamento e opino pela improcedência
da impugnação apresentada.

Pugna pela continuidade do processo.

UF, 12/06/24


Carlos Eduardo V. N. da Veiga
Subprocurador de Processos
Administrativos
Matricula 63347