

AO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA NACIONAL Nº 001/2022 DO CONSÓRCIO PÚBLICO DO SUL E CENTRO SUL SERGIPANO - CONSCENSUL.

Ref.: Concorrência Pública Nacional nº 001/2022 - Processo nº 001/2022 - Concessão Administrativa para a prestação dos serviços públicos de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos dos Municípios abrangidos pelo CONSCENSUL.

AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A., sociedade anônima de capital aberto com registro junto a Comissão de Valores Mobiliários na categoria “B” organizada e existente de acordo com as leis da República Federativa do Brasil, inscrita no CNPJ/ME sob n.º 08.827.501/0001-58, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 1.663, 1º Andar, Sala 1, Edif. Plaza São Lourenço, Bairro Jardim Paulistano, na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, vem, respeitosamente, com fundamento no art. 41, § 2º, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“**Lei Geral de Licitações**”) e no item 6.3 do Edital de Concorrência Pública nº 001/2022 (“**Edital**” e “**Licitação**”), objeto do Processo nº 001/2022, por meio de seus representantes legais subscritos (Doc.1), apresentar

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

cujo objeto é a concessão administrativa, pelo Consórcio Público do Sul e Centro Sul Sergipano - CONSCENSUL (“**Poder Concedente**” ou “**CONSCENSUL**”) dos serviços públicos de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos dos Municípios abrangidos pelo CONSCENSUL (“**Concessão**”), nos termos do Edital, pelos fundamentos de fato e direito a seguir.

I. CABIMENTO E TEMPESTIVIDADE

1. O art. 41, § 1º, da Lei nº 8.666/1993 estabelece que qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da Lei Geral de Licitações. Segundo esse dispositivo, qualquer pessoa pode protocolar pedido de impugnação, desde que o realize em até 5 (cinco) dias úteis antes da data de abertura dos envelopes de habilitação. Caso a impugnação seja requerida por licitantes, o protocolo pode ser feito até o segundo dia útil antes da abertura dos referidos envelopes, nos termos do art. 41, § 2º.

2. Na mesma linha, o item 6.3.3 do Edital dispõe que decairá do direito de impugnar o Edital a licitante que não o fizer até o 2º (segundo) dia útil que anteceder a data prevista para a entrega dos envelopes de habilitação.

3. De acordo com o preâmbulo do Edital, os envelopes serão recebidos até as 09h00 horas do dia 13/01/2023, de modo que é plenamente tempestiva a impugnação apresentada na presente data.

4. Conforme será detalhado a seguir, o Edital está eivado de vícios, quais sejam: (i) a adoção do critério de julgamento por técnica e preço, na medida em que (i.1) o critério é incompatível com a natureza do objeto licitado; (i.2) a aplicação do critério é pautada por itens de avaliação incongruentes e dotados de subjetividade, e (i.3) a escolha do critério se deu sem a necessária motivação e; bem como (ii) a fragilidade das disposições relativas à garantia ofertada pelo Poder Concedente.

5. Nesse sentido, é cabível a presente impugnação, para assegurar o julgamento imparcial e objetivo da Licitação, preservando-se a devida isonomia das licitantes e a concorrência, imprescindíveis ao certame.

II. DAS IRREGULARIDADES DO EDITAL

a. ILEGALIDADE DA ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR TÉCNICA E PREÇO

6. O Edital determina que a Licitação será processada e julgada pela combinação dos critérios de melhor técnica e menor valor a ser pago pelo CONSCENSUL, a título de contraprestação, atribuindo o percentual de 70% para a nota da Proposta Técnica e de 30% para a nota da Proposta Comercial, nos termos do seu item 14.3.1.

7. Preliminarmente, é preciso reconhecer que a Lei Federal nº 11.079/2004 (“Lei de PPP”), disciplinadora do regime jurídico das parcerias público-privadas, inclui o julgamento por técnica e preço no rol de critérios passíveis de adoção em licitações para contratação de parcerias público-privadas. Vide, nesse particular, o teor de seu artigo 12, II, alínea ‘b’:

Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte:

I - o julgamento poderá ser precedido de etapa de qualificação de propostas técnicas, desclassificando-se os licitantes que não alcançarem a pontuação mínima, os quais não participarão das etapas seguintes;

II - o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes:

a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública;

b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

III - o edital definirá a forma de apresentação das propostas econômicas, admitindo-se:

a) propostas escritas em envelopes lacrados; ou

b) propostas escritas, seguidas de lances em viva voz;

IV - o edital poderá prever a possibilidade de saneamento de falhas, de complementação de insuficiências ou ainda de correções de caráter formal no curso do procedimento, desde que o licitante possa satisfazer as exigências dentro do prazo fixado no instrumento convocatório.

§ 1º Na hipótese da alínea b do inciso III do caput deste artigo:

I - os lances em viva voz serão sempre oferecidos na ordem inversa da classificação das propostas escritas, sendo vedado ao edital limitar a quantidade de lances;

II - o edital poderá restringir a apresentação de lances em viva voz aos licitantes cuja proposta escrita for no máximo 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta.

§ 2º O exame de propostas técnicas, para fins de qualificação ou julgamento, será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital.

8. Não obstante, a mera previsão legal não implica discricionariedade irrestrita ao gestor público para adoção desse critério em detrimento dos demais. Tampouco autoriza que tal escolha seja feita de forma imotivada, sem evidenciar a adequação e pertinência do critério às particularidades do objeto licitado. E, em qualquer caso, pressupõe que o julgamento por técnica será feito a partir da aplicação de parâmetros e indicadores objetivos.

9. O Edital, contudo, não atende a nenhum dos atributos acima indicados. Por serem indispensáveis à legalidade da adoção do critério de julgamento por técnica e preço, é de rigor a impugnação do Edital, para que seja republicado com a adoção de critério adequado. É o que passamos a demonstrar a seguir.

i. INCOMPATIBILIDADE DO CRITÉRIO PARA CONTRATAÇÃO DE SOLUÇÕES AMPLAMENTE DIFUNDIDAS E DOMINADAS PELO SETOR PRIVADO

10. Como é próprio das atividades da administração pública, seu exercício pressupõe a realização de uma função, a qual direciona e limita a discricionariedade do gestor público. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o gestor tem “o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.”¹

11. Para além da necessidade concreta da coletividade que a contratação visa atender, as licitações públicas, em geral, devem perseguir as finalidades

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 48

expressamente referidas no art. 3º da Lei Geral de Licitações²: garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, selecionar a proposta mais vantajosa para a administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

12. Sendo assim, a escolha do critério de julgamento deve ser orientada para o melhor atendimento dessas finalidades, de acordo com as particularidades do objeto licitado. Caso o gestor escolha um critério que, à luz dessas particularidades, leve à seleção de proposta que não se mostre a mais vantajosa ou crie condições para que seja conferido tratamento anti-isonômico aos licitantes, ele terá excedido o limite da discricionariedade que lhe foi conferida pela lei e, portanto, sua conduta será ilegal.

13. Essa relação - entre a adequação do critério de julgamento e o atendimento das finalidades da administração - tornou-se ainda mais evidente com a edição da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2022 (“**Nova Lei de Licitações**”), que assim dispôs sobre o critério de julgamento por técnica e preço:

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV - obras e serviços especiais de engenharia;

V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e

² Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação. (destaque nosso)

14. A Nova Lei de Licitações estabelece que o uso do critério de julgamento por técnica e preço depende da demonstração de que a forma pela qual o serviço será executado, para além dos requisitos mínimos estabelecidos no edital, é suficientemente relevante para atingir os fins pretendidos pela administração.

15. Colocado de outra forma: se a necessidade pública puder ser atendida por diferentes propostas que atendam aos requisitos técnicos mínimos fixados no edital, o critério de julgamento por técnica e preço não deverá ser usado.

16. O critério de julgamento por técnica, portanto, destina-se somente a contratações marcadas por inovação tecnológica ou cuja execução comporte variações que possam influenciar a qualidade, rendimento ou durabilidade do objeto contratado. Nesses casos, verifica-se uma primazia da técnica sobre o preço, a ponto de justificar uma escolha potencialmente mais custosa como sendo a mais vantajosa para a administração.

17. Por essas razões é que o Tribunal de Contas da União e demais órgãos de controle já há muito reconhecem o **caráter excepcional** do critério de julgamento por técnica e preço:

Os tipos melhor técnica e técnica e preço podem, em caráter excepcional, ser adotados para compra de bens, execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto, mediante autorização expressa e justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora da licitação assinalada no ato convocatório. Aplica-se aos casos em que o objeto pretendido admite soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, em conformidade com os critérios objetivamente fixados no ato convocatório. Nesse caso, o objeto deve ser de grande vulto e depender majoritariamente de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestada por autoridades técnicas de reconhecida qualificação. - TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU. Brasília: TCU. 4 ed. 2010. P.133/134. (sem destaque no original)

18. No presente caso, o Edital diz respeito à concessão administrativa dos serviços públicos de transbordo, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos dos Municípios abrangidos pelo CONSCENSUL. Nos termos do seu Anexo IV - Termo de Referência, a concessionária será responsável por *“implantar e gerir os sistemas [de] recepção dos resíduos sólidos urbanos, triagem, separação de materiais recicláveis, compostagem de material orgânico, transbordo e disposição final dos rejeitos em área ambientalmente adequada, como também o processamento de resíduos de construção e demolição”*

19. A prestação dos serviços objeto da Concessão é amplamente realizada e dominada pelo setor privado. Não existem quaisquer complexidades técnicas peculiares ao objeto licitado aptas a justificar o julgamento das propostas com base em técnica, especialmente quando se considera o detalhamento feito pelo Anexo IV - Termo de Referência do Edital, restringindo consideravelmente o espaço para que os licitantes proponham variações relevantes na forma de execução dos serviços.

20. Nesse sentido, convém trazer à atenção desta d. Comissão Especial de Licitação que desde a edição do Novo Marco Legal do Saneamento Básico (i.e., Lei nº 14.026/2020), as licitações envolvendo serviços de manejo de resíduos sólidos tem sido sistematicamente estruturadas sob critério de julgamento baseado em preço - seja menor tarifa, seja maior oferta. Vide como exemplos as licitações estruturadas no Município de Crato, no Estado do Ceará (i.e., Concorrência Pública nº 001/2022 - Consórcio de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos do Cariri - CGIRS-CARIRI - Processo Licitatório nº 2022.08.25.2) e pelo Consórcio Intermunicipal de Desenvolvimento Regional do Vale do Rio Grande em Minas Gerais (**“CONVALE”**) (i.e., Edital de Concorrência nº 001/2022 - Procedimento Licitatório nº 017/2022).

21. Os critérios baseados em preço (i.e., menor tarifa e/ou maior oferta, no caso das concessões comuns) são mais vantajosos, economicamente, para a administração pública, em especial no caso dos serviços de saneamento básico, em que o fator determinante para o sucesso do empreendimento, via de regra, reside na capacidade econômico-financeira do prestador. Tanto é assim que o Novo Marco Legal do Saneamento Básico (i.e., Lei nº 14.026/2020, que promoveu alterações à Lei nº 11.445/2007) estabeleceu a capacidade econômico-financeira como divisor de águas

na habilitação dos prestadores de serviços de saneamento básico, com vistas a garantir a sua universalização (art. 10-B³).

22. A bem da verdade, adotar o critério de julgamento por técnica e preço para a Concessão, na prática, privilegia diferenças técnicas não substanciais em detrimento da melhor oferta de preço, pois não há espaço para a apresentação de propostas com metodologias ou soluções técnicas que sejam efetivamente diferenciais de um ou outro licitante.

23. Diante do exposto, tendo em vista as características do objeto da Concessão, fica claro que o critério de julgamento adotado não propicia a seleção da proposta mais vantajosa, sendo forçoso reconhecer o vício de legalidade do Edital.

ii. **ITENS DE AVALIAÇÃO INCONGRUENTES COM O EDITAL E DOTADOS DE SUBJETIVIDADE**

24. Para além do descompasso entre a natureza dos serviços objeto da Concessão e o critério de julgamento proposto, o Edital contém também ao menos três vícios relacionados aos itens de avaliação indicados no Anexo II - Diretrizes de Avaliação da Proposta Técnica.

25. Primeiro, porque há uma clara incongruência entre o que a Proposta Técnica supostamente se propõe a avaliar e o que os itens de avaliação efetivamente consideram.

26. O Edital estabelece, em seu item 10.3, que a Proposta Técnica deveria indicar (i) a estimativa do grau de eficiência no tratamento do chorume; (ii) os aspectos de metodologia de trabalho que permitam fundamentar tal estimativa; (iii) os aspectos das tecnologias a serem empregadas que sejam necessários para fundamentar tal estimativa; (iv) os aspectos pertinentes dos recursos materiais a serem utilizados nos

³ Art. 10-B. Os contratos em vigor, incluídos aditivos e renovações, autorizados nos termos desta Lei, bem como aqueles provenientes de licitação para prestação ou concessão dos serviços públicos de saneamento básico, estarão condicionados à comprovação da capacidade econômico-financeira da contratada, por recursos próprios ou por contratação de dívida, com vistas a viabilizar a universalização dos serviços na área licitada até 31 de dezembro de 2033, nos termos do § 2º do art. 11-B desta Lei. (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)

trabalhos que sejam necessários para fundamentar tal estimativa; e (v) os aspectos das tecnologias e metodologia que serão utilizadas na prestação dos serviços.

27. Pressupõe-se, portanto, que o grau de eficiência do tratamento do chorume teria sido considerado como um fator relevante a ser avaliado por meio das Propostas Técnicas, com a devida fundamentação acerca das tecnologias, metodologias de trabalho e recursos a serem empregados por cada licitante para obter tal eficiência.

28. Porém, quando se leva em conta o peso dado a esse elemento na formação da nota da Proposta Técnica, fica evidente a absoluta incongruência do Edital.

29. Analisando o Anexo II - Diretrizes de Avaliação da Proposta Técnica, verifica-se que apenas o item 4.3.7, de um total de quarenta e um itens de avaliação, guarda relação com o tratamento do chorume. O que o Edital indica ser o “diferencial” entre os licitantes valeria, no máximo, 10 pontos na avaliação da Proposta Técnica, um impacto de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) sobre a nota final.

30. A título de comparação, esse é o mesmo peso que o item 4.1.3 (“descrição sumária das instalações que serão necessárias para a administração geral [...] bem como para atendimento do pessoal operacional: vestiários com chuveiros, sanitários e refeitório compatíveis com o número de empregados”) teria sobre a nota final.

31. Ou seja: ainda que se pudesse considerar justificável o julgamento por técnica para avaliação das diferentes tecnologias e metodologias de cada licitante e seu impacto na eficiência do tratamento do chorume - o que se faz a título argumentativo apenas, tendo em vista o quanto já exposto - fato é que o Edital, na prática, trata tal questão como secundária, tornando ainda mais saliente a ilegalidade da adoção do critério por técnica e preço.

32. Segundo, porque há uma clara confusão entre critérios e obrigações pré-definidos pelo Edital e os tópicos das Propostas Técnicas sujeitos à avaliação.

33. É o caso, por exemplo, dos itens de avaliação 4.1.3 (“tecnologia de triagem mecanizada no tratamento de resíduos”) e 4.1.5 (“transporte de rejeitos, em caçambas roll-on roll-off até aterro sanitário”). Afinal, são elementos que constam do Anexo IV - Termo de Referência, cuja observância é obrigatória a todos os licitantes.

34. Outro exemplo seriam os itens de avaliação 4.1.5 (“cronograma físico, contemplando as atividades de licenciamento, implantação, treinamento da equipe e operação”) e 4.3.11 (“cronograma da construção e da operação das diversas fases do aterro”). De acordo com o item 3.1.3 do Anexo XI - Caderno de Encargos, elaborar o cronograma de execução da Concessão e o encaminhar para aprovação do Poder Concedente é uma obrigação da futura concessionária, a ser cumprida dentro do prazo de 60 dias contados da eficácia do contrato. No mesmo período, deverá ser elaborado e apresentado pela concessionária um plano de implantação, com a descrição das atividades e etapas necessárias à implantação das obras, autorizações e licenças necessárias para a Concessão, conforme item 2.13 do Anexo XI - Caderno de Encargos.

35. Assumindo que não se espera que as licitantes adiantem uma obrigação atribuída à futura concessionária, fica a dúvida: basta que as licitantes prevejam em suas Propostas Técnicas que a obrigação será cumprida ao longo da Concessão, nos termos do Edital, para obterem a pontuação?

36. Como diversos itens de avaliação fazem referência a características técnicas e/ou obrigações da concessionária pré-definidas pelo Edital, é evidente que, para fins de operacionalização do julgamento por técnica, não servem para auxiliar a administração na seleção da proposta mais vantajosa, devendo ser desconsiderados. Trata-se de mais um vício do Edital.

37. Por fim, pois os itens de avaliação são altamente subjetivos, contrariando o disposto no art. 12, §2º da Lei de PPP, que exige que o julgamento seja baseado em parâmetros e indicadores de resultado definidos com clareza e objetividade.

38. A começar pelo fato que o Anexo II - Diretrizes de Avaliação da Proposta Técnica indica que cada item deve ser avaliado como “NÃO ATENDE”, “ATENDE PARCIALMENTE” e “ATENDE”. Vejamos as respectivas definições:

➤NÃO ATENDE - assim considerado caso não seja abordado o item no conteúdo da proposta técnica ou quando a abordagem fugir totalmente aos aspectos solicitados, não cumprindo nenhum dos requisitos exigidos, ou a abordagem for manifestamente inaplicável, tecnicamente incompatível ou não atender às prescrições do Edital e seus anexos.

➤ATENDE PARCIALMENTE - assim considerado o item que, embora tenha sido apresentado, verificou-se fugir parcialmente dos aspectos solicitados pelo Edital e seus anexos, contemplando menos da metade

ou a metade dos requisitos exigidos ou não apresentando um exame profundo, detalhado e especificado, no que se refere aos objetos da pretensa contratação.

➤ATENDE - assim considerado o item apresentado de maneira aplicável, tecnicamente compatível e atendendo às prescrições do Edital e seus anexos, apresentando um exame em nível adequado, detalhado e especificado com sólida fundamentação metodológica inerente à comprovação de sua exequibilidade e eficiência

39. Não há um padrão mínimo de objetividade nos critérios propostos. Basta ver que a diferença de 5 pontos entre um “ATENDE PARCIALMENTE” e um “ATENDE” reside no juízo (necessariamente subjetivo) acerca da adequação, detalhamento e especificidade do exame feito pelo licitante sobre determinado item em sua Proposta Técnica.

40. O problema é agravado pelo fato de diversos itens serem genéricos, como os itens 4.1.1, 4.2.1 e 4.3.1, voltados a aferir o “conhecimento do problema” detido pelo licitante, ou como os itens 4.1.3, 4.1.8, 4.2.7, 4.3.3 e 4.3.5 a 4.3.10, que têm caráter meramente descritivo.

41. É impossível dizer, com base no Edital, se há um mínimo a ser descrito pelos licitantes para atendimento do item de avaliação e obtenção da pontuação integral. Isso não só cria condições imperfeitas para a concorrência, como inviabiliza questionamentos em sede recursal pelos licitantes e a própria atuação dos órgãos de controle.

42. Em suma, existem problemas de diversas ordens com os itens de avaliação do Edital, desde sua pouca (ou nenhuma) relevância para aferição da qualidade técnica das licitantes, até o alto grau de subjetividade que permanece para os avaliadores. O resultado é um cenário propício para seleção de propostas anti-econômicas e até mesmo direcionamentos e concessões de vantagens indevidas em favor de determinados licitantes.

43. Não é outro o entendimento de Marçal Justen Filho:

*Os critérios técnicos previstos para a fase de julgamento também podem conduzir a resultados insustentáveis, acarretando **discriminação antijurídica**. Poderá ocorrer da proposta mais apta a satisfazer a necessidade pública e economicamente a mais vantajosa ser derrotada por outra, selecionada em virtude de critérios técnicos desnecessários. Ou seja, determinada proposta será vencedora*

porque o critério de julgamento foi inadequadamente eleito. Um fator técnico, desnecessário ou inadequado, terá influenciado o resultado da licitação. Isso ofenderá tanto o interesse público, por não ser solucionada a proposta mais vantajosa, quanto ao privado, por preterir-se o particular que formulara a melhor proposta.”⁴

44. É importante lembrar que a legislação confere ao gestor instrumentos idôneos para se assegurar da qualidade dos serviços que serão prestados pela concessionária, sem incorrer nos problemas acima descritos. É o caso das exigências de qualificação técnico-operacional e técnico-profissional, que, no setor de saneamento básico, costumam ser mais do que suficientes para filtrar os licitantes aptos a prestar os serviços e resguardar a administração pública, afastando *players* inexperientes.

45. Diante de todos os problemas apontados, causa estranhamento que o Edital, apesar de propor o julgamento por técnica, não faz nenhuma exigência de comprovação de capacidade técnico-operacional dos licitantes.

46. Em seu estado atual, o Edital permite que a avaliação dos licitantes seja arbitrária sob o pretexto de aferir técnica, o que, além de incompatível com a sistemática determinada pela Lei de PPP e pela Lei Geral de Licitações, não traz qualquer benefício para a administração no sentido de assegurar a seleção da proposta mais vantajosa e a qualidade dos serviços.

iii. **AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO PARA ADOÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO POR TÉCNICA E PREÇO E PARA A ATRIBUIÇÃO DE PESOS DIFERENTES PARA AS NOTAS DAS PROPOSTAS TÉCNICA E COMERCIAL**

47. Ainda que os vícios materiais descritos anteriormente pudessem ser sanados, existe um vício formal que macula o Edital. Trata-se da ausência de motivação por parte da autoridade competente para a definição do critério de julgamento por técnica e preço, bem como para a atribuição de pesos diferentes para as notas das propostas técnica e comercial.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13.^a ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 422

48. Como já exposto, a adoção do critério de técnica e preço deve ser excepcional, sendo válida apenas quando houver demonstração de que a forma pela qual o serviço será executado, para além dos requisitos mínimos estabelecidos no edital, é suficientemente relevante para atingir os fins pretendidos pela administração.

49. Não há nos documentos do Edital nenhuma justificativa para o critério de julgamento proposto, tampouco estudo que fundamente a necessidade de adoção de critério de técnica para a prestação de um serviço público em um setor de alta maturidade tal como de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em que as técnicas de prestação dos serviços são amplamente conhecidas e dominadas pelo setor privado.

50. É curioso notar que o Edital, resultado de um procedimento de manifestação de interesse, não previa originalmente o julgamento por técnica e preço, mas sim apenas por preço, com etapa prévia de qualificação de propostas técnicas, de caráter eliminatório, mas não classificatório, conforme autoriza o art. 12, I da Lei de PPP. Não há, portanto, qualquer justificativa para a adoção do critério de melhor técnica no Caderno V - Modelo Jurídico Institucional que acompanha o Edital.

51. Pelo que se pode depreender dos documentos disponibilizados no site da licitação⁵, a alteração no critério de julgamento se deu após a consulta pública, mas não há qualquer explicação sobre o porquê da mudança. Aliás, nem as contribuições recebidas no âmbito da consulta pública, nem as respostas fundamentadas por parte do Poder Concedente - obrigatórias a teor do disposto no art. 31, §2^o da Lei Federal nº 9.784/1999 (“**Lei de Processo Administrativo**”) - encontram-se disponíveis no site.

52. A necessidade de motivação explícita, clara e congruente, vale dizer, é um dever da administração, nos termos do art. 50⁷ da Lei de Processo Administrativo. Diante da excepcionalidade da adoção do critério, seria esperado, no mínimo, que

⁵ <https://www.conscensul.com.br/apvirtual/pmi052018.html>

⁶ Art. 31, § 2º O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

⁷ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

(...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

fosse explicitada a justificativa para adoção de cada um dos itens de avaliação do Anexo II do Edital, para demonstrar não somente a pertinência e adequação do tópico à prestação do serviço de manejo de resíduos sólidos, mas também a impossibilidade de se atingir os resultados vislumbrados somente com o critério de preço.

53. Outros pontos que não contam com qualquer justificativa na documentação disponibilizada é a atribuição do peso de 70% (setenta por cento) para a nota da Proposta Técnica dos licitantes ou a imposição de uma nota de corte de 1.000 pontos - a qual, por sinal, corresponde a 79,3% do total de pontos possíveis, sendo desprovida de qualquer razoabilidade.

54. Aliás, sobre a necessidade de motivação específica quando peso maior for atribuído à nota técnica, é vasta e há muito sedimentada a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, refletida nos enunciados abaixo:

Na modelagem das licitações do tipo técnica e preço devem ser analisados, conjuntamente, a ponderação atribuída a esses quesitos e os critérios e as gradações de pontuação técnica, além de serem realizadas simulações e avaliações de possibilidades de resultados, considerando as características do mercado, de modo a minimizar o risco de contratações antieconômicas, restrição injustificada à competitividade e favorecimento indevido. - Acórdão 607/2017-Plenário, Relator Ministro Weder de Oliveira, Sessão de 29.03.2017

Em licitações do tipo técnica e preço com preponderância da proposta técnica, os fatores de ponderação entre técnica e preço deverão ser expressamente fundamentados, a fim de evidenciar sua razoabilidade e demonstrar que não representam privilégio ou proporcionam aumento indevido de preço em decorrência de diferenças técnicas não substanciais. - Acórdão 508/2018-Plenário, Relator Ministro Benjamin Zymler, Sessão de 14.03.2018

Em licitação do tipo técnica e preço, a adoção de pesos distintos entre os dois critérios pode ocasionar prejuízo à competitividade e favorecer o direcionamento do certame, especialmente quando ocorrer excessiva valoração do quesito técnica em detrimento do preço, sem que esteja fundamentada em estudo que demonstre tal necessidade. - Acórdão 2251/2017-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman, Sessão de 04.10.2017

Nas licitações do tipo técnica e preço, é irregular a atribuição de excessiva valoração ao quesito técnica, em detrimento do preço, sem amparo em estudo suficiente a demonstrar a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa. Acórdão 743/2014-Plenário, Relator Ministro Augusto Sherman, Sessão de 26.03.2014

55. Todos os elementos demonstrados até aqui evidenciam a ilegalidade do Edital. A natureza dos serviços objeto da Concessão não comporta o julgamento por melhor técnica e os itens de avaliação listados no Anexo II do Edital são altamente incongruentes e subjetivos. Ainda assim, sem qualquer justificativa, o Edital atribui uma nota de corte altíssima e o peso de 70% (setenta por cento) da nota final para a Proposta Técnica dos licitantes sem qualquer justificativa.

56. A bem da verdade, simplesmente não existe justificativa apta a sustentar a legalidade do Edital. É imprescindível que o certame seja suspenso para que os vícios sejam sanado.

b. VÍCIOS RELATIVOS À GARANTIA PRESTADA PELO PODER CONCEDENTE

57. O Edital estabelece, na minuta contratual que o acompanha, que as obrigações financeiras assumidas pelo Poder Concedente serão objeto de um sistema de garantias, nos seguintes termos:

CLÁUSULA 24ª - DA GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO PELO PODER CONCEDENTE

24.1 Será constituído sistema contratual de garantias, lastreado nos seguintes instrumentos:

24.1.1. Vinculação e destinação para o Consórcio Público do Sul e Centro Sul Sergipano - CONSCENSUL, dos percentuais abaixo indicados, oriundos do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e do instrumento de cobrança (taxa ou tarifa) instituído nos moldes do Art. 35 da Lei 11.445/07 por cada município consorciado, destinado ao custeio das seguintes atividades:

I - percentual para custear a contraprestação pública da concessão administrativa celebrada pelo CONSÓRCIO PÚBLICO DO SUL E CENTRO SUL SERGIPANO - CONSCENSUL;

II - percentual para custear a garantia da contraprestação pública da concessão administrativa celebrada pelo CONSÓRCIO PÚBLICO DO SUL E CENTRO SUL SERGIPANO - CONSCENSUL.

24.1.2. Instituição da CONTA PAGAMENTO, decorrente da celebração de CONTRATO DE DEPÓSITO, a ser obrigatoriamente celebrado entre o PODER CONCEDENTE, a CONCESSIONÁRIA e o AGENTE CUSTODIANTE, alimentada de parte dos recursos oriundos do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e do instrumento de cobrança (taxa ou tarifa) instituído nos moldes do Art. 35 da Lei

11.445/07 por cada município consorciado, conforme previsão legal municipal, para custear a CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA celebrada pelo PODER CONCEDENTE.

24.1.3. Instituição da CONTA GARANTIA DO CONTRATO, decorrente da celebração de CONTRATO DE DEPÓSITO, a ser obrigatoriamente celebrado entre o PODER CONCEDENTE, a CONCESSIONÁRIA e o AGENTE CUSTODIANTE, alimentada de parte dos recursos oriundos do Fundo de Participação dos Municípios (FPM), do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) e do instrumento de cobrança (taxa ou tarifa) instituído nos moldes do Art. 35 da Lei 11.445/07 por cada município consorciado, conforme previsão legal municipal, para custear a garantia adicional das futuras CONTRAPRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS DA CONCESSÃO ADMINISTRATIVA celebrada pelo PODER CONCEDENTE.

58. Há uma série de problemas com a estruturação do sistema de garantias que podem ser apontados, tais como (i) não são indicados os percentuais dos recursos vinculados à garantia, inviabilizando um exame efetivo sobre a sua suficiência para cobertura dos pagamentos devidos pelo Poder Concedente; (ii) não há qualquer previsão acerca de quando as contas vinculadas serão abertas, nem qualquer consequência para o descumprimento dessa obrigação pelo Poder Concedente; e (iii) não há uma minuta ou termos e condições referenciais do contrato de depósito, que permita uma análise sobre a sua efetividade em uma eventual execução.

59. Na medida em que o Edital é silente sobre tais questões, alarga-se indevidamente a discricionariedade do Poder Concedente, em prejuízo do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 3º da Lei Geral de Licitações, além de inviabilizar a adequada avaliação de risco e precificação das propostas pelas licitantes, contrariamente às diretrizes que devem nortear a contratação de parcerias público-privadas, em especial a eficiência, a repartição objetiva de riscos e a sustentabilidade financeira do projeto de parceria, todos previstos no art. 4º da Lei de PPP.⁸

⁸ Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução; III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado; IV - responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V - transparência dos procedimentos e das decisões; VI - repartição objetiva de riscos entre as partes; VII - sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

60. Não bastasse, é imprescindível apontar a insegurança jurídica que paira sobre a garantia da Concessão pelo fato de esta se lastrear sobre a vinculação de parcela dos recursos do Fundo de Participação dos Municípios (FPM).

61. Isso porque na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 553, o Supremo Tribunal Federal decidiu pela inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que vinculava percentual de repasse do Fundo de Participação do Estado para um fundo específico, em razão da vedação à vinculação de receitas com a arrecadação de impostos para órgão, fundo ou despesa, prevista no art. 167, IV da Constituição Federal.

62. Ainda que, formalmente, a decisão não implique na invalidação automática do sistema de garantias consagrado no Edital, tendo em vista que o julgamento versou especificamente sobre a previsão acima referida, é indiscutível que a *ratio decidendi* adotada pelo Supremo Tribunal Federal aplica-se da mesma forma à vinculação de receitas pretendida, criando uma insegurança jurídica que agrava as fragilidades apontadas acima.

63. A garantia é elemento essencial para a viabilidade da Concessão, nos moldes propostos. A existência de um mecanismo robusto tem o condão de mitigar a percepção do risco de crédito pelos potenciais interessados, com o conseqüente impacto sobre a formulação das propostas, permitindo que se obtenha o valor mais vantajoso para a administração. Em igual sentido, a existência de disposições claras e transparentes sobre o funcionamento da garantia se mostra essencial à atratividade e à competitividade do certame.

64. Diante da ausência de elementos no Edital para a adequada compreensão e avaliação da suficiência do mecanismo de garantia proposto, bem como os questionamentos existentes sobre a viabilidade jurídica de se utilizar os recursos do Fundo de Participação dos Municípios para tal finalidade, resta evidente a necessidade de revisão Edital.

III. PEDIDOS

65. Diante de todo o exposto, para garantir a legalidade da Licitação para concessão dos serviços de manejo de resíduos sólidos do Município, com a devida

observância aos princípios legais da seleção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, da isonomia, da eficiência, da motivação e do julgamento objetivo, requer-se que a presente impugnação seja recebida e integralmente acolhida, para que o Poder Concedente republique o Edital, com as seguintes adequações:

- i. Ajuste do critério de julgamento da Licitação, para constar a previsão de julgamento por menor contraprestação, exclusivamente;
- ii. Ajuste da sistemática de garantias a serem prestadas pelo Poder Concedente, a fim de esclarecer as obscuridades apontadas sobre sua suficiência e exequibilidade e permitir a adequada avaliação de risco e precificação das propostas pelas licitantes.

Termos em que,
pede deferimento.

São Paulo, 02 de janeiro de 2023

AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A.

Augusto Kiyoshi Nishi - Procurador
RG: 11.687.841 / CPF: 126.348.778-54

PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma IziSign. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://izisign.com.br/Verificar/34B1-2304-F4D5-712E> ou vá até o site <https://izisign.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

Código para verificação: 34B1-2304-F4D5-712E



Hash do Documento

A85FBB366591EF936CD1E89B68DBB9DF3230EE35BDE50473EF19FB41551FA8F8

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 02/01/2023 é(são) :

Augusto Kiyoshi Nishi - 126.348.778-54 em 02/01/2023 08:26

UTC-03:00

Tipo: Certificado Digital



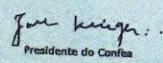

 República Federativa do Brasil
 Serviço Público Federal
 Conselho Federal de Engenharia e Agronomia
 Conselho Regional de Engenharia e Agronomia
 Carteira de Identidade Profissional

CREA-SP
 Registro Crea Nº
 5062149587

Nome
 AUGUSTO KIYOSHI NISHI

Data do Registro no Crea-SP
 27/04/2006

Título Profissional
 ENGENHEIRO ELETRICISTA


 Presidente do Confea


 Registro Nacional
 2601922796
 Data de Emissão
 10/12/2020

 Presidente do Crea-SP

Vale como Documento de Identidade em todo o território nacional e tem fé pública, conforme o § 2º do art. 5º da lei nº 5.134 de 24/12/66 e Lei nº 5.206 de 07/03/75


 República Federativa do Brasil
 Serviço Público Federal
 Conselho Federal de Engenharia e Agronomia
 Conselho Regional de Engenharia e Agronomia
 Carteira de Identidade Profissional

CREA-SP

Nome
 AUGUSTO KIYOSHI NISHI

Filiação
 IZABEL TOYOMI NISHI
 TADAHISA NISHI

Nascimento CPF Doc. de Identidade
 12/04/1968 126.348.778-54 11.687.841 SSP SP

Nacionalidade
 BRASILEIRA

Naturalidade
 São Paulo SP

Tipo Sang. Título de Eleitor
 1489 3103 0116


 Assinatura do Profissional



Crea de Registro



1º Traslado
LIVRO N° 0302
PÁGINA 091/092

PROCURAÇÃO BASTANTE QUE FAZ:
AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A.

SAIBAM quantos este público instrumento de procuração bastante virem que, **aos dez (10) dias do mês de agosto do ano de dois mil e vinte e dois (2022)**, neste Oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais do 39º Subdistrito Vila Madalena, em diligência, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 1.663, 1º andar, sala 1, Edifício Plaza São Lourenço, São Paulo-SP, perante mim, ESCREVENTE AUTORIZADO, compareceu como outorgante: **AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A. sociedade anônima, inscrita no CNPJ sob nº 08.827.501/0001-58, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 1.663, 1º andar, sala 1, Edifício Plaza São Lourenço, São Paulo-SP, com seu Estatuto Social Consolidado anexo a Ata de Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária, realizada aos 29/04/2022, devidamente registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) em 13/06/2022, sob o nº 296.039/22-6 e Ficha Cadastral Simplificada Eletrônica, emitida pela Junta supracitada, aos 09/08/2022, sob nº 176692132, neste ato representada nos termos do ARTIGO 21, ARTIGO 22 E ARTIGO 23 - PARÁGRAFO ÚNICO, do documento supracitado, cuja cópia fica arquivada em Pasta Própria (CS 89, fls. 42), pelos Diretores eleitos conforme Ata de Reunião do Conselho de Administração, realizada em 16/02/2022, devidamente registrada na Junta Comercial do Estado de São Paulo (JUCESP) em 03/03/2022, sob o nº 120.997/22-8: RADAMES ANDRADE CASSEB, brasileiro, casado, analista de sistemas, portador da cédula de identidade RG nº 63605236 SSP/SP e inscrito no CPF/ME nº 469.079.982-20 e YAROSLAV MEMRAVA NETO, brasileiro, casado, administrador de empresas, portador da cédula de identidade RG nº 27596018-SSP-SP e inscrito no CPF/ME nº 325.050.238-32, ambos com endereço comercial na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 1.663, 1º andar, sala 1, Edifício Plaza São Lourenço, São Paulo-SP; reconhecida por mim ESCREVENTE AUTORIZADO, com base na documentação de identidade exibida e supra mencionada; e então, por ela me foi dito que; por este público instrumento e nos termos de direito nomeia e constitui seus bastantes procuradores: **AUGUSTO KIYOSHI NISHI, brasileiro, casado, engenheiro, portador da cédula de identidade RG nº 11.687.841 SSP/SP, inscrito no CPF/MF sob nº 126.348.778-54 e FABIANO ABUJADI PUPPI, brasileiro, casado, advogado, portador da cédula de identidade RG nº 236885868-SSP-SP e inscrito no CPF/ME nº 269.453.778-22, ambos com endereço comercial na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 1.663, 1º andar, sala 1, Edifício Plaza São Lourenço, São Paulo-SP; aos quais confere os mais amplos e ilimitados poderes para, agindo na forma estabelecida e respeitando os limites e condições estabelecidos no Estatuto Social da outorgante, para representar a outorgante em todo o território nacional perante órgãos públicos federais, estaduais e municipais, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações em licitações, bem como em Procedimentos de Manifestações de Interesse, podendo, para tanto, obter informações e esclarecimentos, requerer, apresentar, juntar, desentranhar e retirar documentos, obter certidões, certificados e atestados, assinar formulários, solicitações, petições, declarações, atas, termos, cronogramas, proposta de preços e outras propostas que se fizerem necessárias e quaisquer outros documentos por mais especiais que sejam, assinar e rubricar pastas e documentos, credenciar pessoas a atuar em concorrências através de instrumentos específicos para tal, formular ofertas e lances, decidir, provar, aceitar, cumprir exigências, prestar esclarecimentos, impugnar, interpor ou desistir de recursos em todas as fases da licitação, oferecer garantias, prestar e levantar cauções, assinar contratos e aditivos****

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

VALIDO EM TODO TERRITÓRIO NACIONAL, QUALQUER ADULTERAÇÃO, RASURA OU EMENDA, INVALIDA ESTE DOCUMENTO



