

RELATOR - CONSELHEIRO ANTONIO ROQUE CITADINI
22^a SESSÃO ORDINÁRIA DO TRIBUNAL PLENO, DIA
27/07/2011

EXAMES PRÉVIOS MUNICIPAIS

Processos :

a) TC-009.023/026/11

Representante: PERENGE ENGENHARIA E CONCESSÕES LTDA,
Adv. Rodrigo Dantas Gama - OAB-SP 141.413;

b) TC-9.582/026/11

Representante: EQUIPAV S.A. Pavimentação, Eng e
Comércio,
Fernando Humphreys e Leandro Marin- procuradores;

c) TC-012.945/026/11

Representante: SPL CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LTDA,
Sandra Marques Brito - procuradora;

d) TC-013.245/026/11

Representante: SABESP - CIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO
ESTADO,
Adv. JOSÉ HIGASI;

e) TC-013.759/026/11

Representante: QUIRINO FERREIRA,
Adv.: Quirino Ferreira - OAB-SP 154.291.

Representada: PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE
PRUDENTE.

Prefeito: MILTON CARLOS DE MELLO.

Assunto: Possíveis irregularidades no edital da
Concorrência Pública Nacional nº 005/2011 para
"outorga de concessão para exploração dos serviços
públicos municipais de abastecimento de água potável
e esgotamento sanitário...".

**Senhor Presidente,
Senhores Conselheiros,**

Relato, em sede de exame prévio, cinco representações propostas pelas empresas: **PERENGE ENGENHARIA E CONCESSÕES LTDA.**; **EQUIPAV S.A.** Pavimentação, Engenharia e Comercio; **SPL CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LTDA**; **SABESP - CIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**, e, pelo cidadão **QUIRINO FERREIRA**, contra itens do edital da Concorrência Pública Nacional nº 005/2011, da **PREFEITURA MUNICIPAL DE PRESIDENTE PRUDENTE**, e destinada à "outorga de concessão para exploração dos serviços públicos municipais de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário...".

Para as duas primeiras, o prazo possibilitou que houvesse a manifestação antecipada de SDG, o que resultou na opinião de procedência parcial das questões apresentadas pela empresa EQUIPAV, e de improcedência dos questionamentos ofertados pela empresa PERENGE. Como ainda havia tempo suficiente, foi possível dar oportunidade à Prefeitura para tomar conhecimento das quatro primeiras representações, incluindo-se a citada manifestação de SDG, tendo a Prefeitura apresentado suas justificativas, defendendo, em todos os pontos o edital.

Para a última, formulada pelo cidadão QUIRINO FERREIRA, não houve tempo para tal oportunidade, tendo sido analisada juntamente com todos os expedientes, para os quais determinei trâmite conjunto, resultando na decisão de recebimento da matéria como exame prévio e na determinação de suspensão do certame. Tal decisão foi referendada pelo e. Plenário, na Sessão de 27/04/2011.

Com a decisão de suspensão do certame, a Prefeitura teve oportunidade e apresentou suas justificativas para todas as impugnações contidas nas cinco representações.

Dado que a instrução por ATJ ocorreu, inicialmente (fls.374/383) sem a participação das assessorias técnicas, entendi conveniente o retorno

dos autos àquela Dependência, considerando a complexidade da matéria. Como adiante se verá, houve (fls.405/419) sugestão de procedência parcial (fls.408) e de improcedência (fls.415), sendo esta reafirmada pela Chefia (fls.419) ratificando sua inicial manifestação.

Para enumerar os questionamentos que são em grande número - ultrapassando a vinte itens - aproveitarei o bom trabalho de síntese feito por SDG, acrescentando a defesa feita pela Prefeitura e as manifestações dos órgãos da Casa:

PERENGE (TC-9023/026/11)

- A) Item 21⁽¹⁾ (fl.103): limitação do número de empresas componentes de cada consórcio a, no máximo, duas consorciadas.

A Prefeitura defende o edital afirmando tratar-se de competência discricionária da Administração. Traz à colação posições doutrinárias e também julgados deste Tribunal (tc 17640/026/05, rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues).

A SDG⁽²⁾ (fls.245-253/390-403) aceitou a justificativa da Prefeitura, de ser assunto da competência discricionária da Administração e que ao decidir, pode fazê-lo impondo quantidade, no caso, duas empresas.

Para isto, levou em conta as duas áreas: *água* e *esgoto*, e trouxe à colação julgados neste sentido (TCs 39206/026/09; 43940/026/08 e 44791/026/08).

A ATJ (fls.374-383/405-419) entende improcedente, afirmando ser entendimento pacífico dos julgados neste Tribunal.

¹ 21. Poderão participar da LICITAÇÃO, empresas brasileiras, isoladas ou reunidas em consórcio, constituído por, no máximo, duas empresas, que satisfaçam plenamente todos os termos e condições deste EDITAL e a legislação pertinente.

² Tópico "A"

B) Item 47⁽³⁾ (fl. 110): exigência de índices econômico-financeiros inúteis e abusivos.

A Prefeitura alicerça-se no artigo 31 da Lei de Licitações, afirmando que assim o faz porque não há disposição específica sobre o assunto na Lei de Concessões.

Traz à colação alguns julgados deste Tribunal aceitando aqueles índices do edital e ressalta que o volume de investimentos necessários ao longo dos 30 anos ultrapassa a cifra de 200 milhões de reais, daí ter o Município estabelecido exigências dentro de parâmetros razoáveis, resguardando a prestação dos serviços públicos. Aduz, também, que em razão das discussões nas audiências públicas, alguns parâmetros foram ao final reduzidos, pois inicialmente o eram em patamar superior.

A manifestação inicial de SDG (fls.245/253) considerava que por estarem sendo exigidos índices dentro dos parâmetros aceitos pelo Tribunal⁽⁴⁾, o questionamento seria improcedente.

Na manifestação final, porém (fls.390-403)⁽⁵⁾ [vide item "Q"], ponderou o Senhor Secretário Diretor-Geral que, conquanto dentro dos parâmetros usualmente aceitáveis, como inicialmente sustentou o i. Substituto, a SABESP fez igual questionamento, direcionado, porém, aos índices do segmento próprio de mercado.

Dado isto, realizou, a SDG, pesquisa no sitio do Ministério das Cidades, complementar à

³ 47. A LICITANTE deverá comprovar, ainda, que dispõe dos seguintes índices, extraídos de seu balanço patrimonial:

- a) ILG (Índice de Liquidez Geral) $\geq 1,0$;
ILG (AC+RLP)/(PC+ELP);
- b) ILC (Índice de Liquidez Corrente) $\geq 1,0$;
ILG (AC/PC;
- c) IE (Índice de Endividamento) $\leq 0,5$.
IE (PC+ELP)/AT

⁴ ILG e ILC $\geq 1,00$; IE $\leq 0,5$

⁵ Tópico "B" B

da SABESP, tendo concluído que de 49 empresas das diversas regiões do Brasil e prestadoras dos serviços, objeto do certame, apenas 4 atenderiam plenamente a todos os índices exigidos no edital. Restringindo a análise às **empresas privadas, apenas uma atenderia aos mesmos índices.**

Conclui decorrer disto um "...sensível e indesejável afunilamento do mercado, em descompasso com a necessária e salutar competitividade que se buscar em qualquer procedimento licitatório." **Logo, sugere procedência.**

A ATJ entende estar, a exigência, dentro dos parâmetros aceitos pelo Tribunal.

- c) Item 48, "caput" e "d"⁽⁶⁾ (fl. 110): exigência injustificada, para o objeto que se pretende licitar, de garantia de proposta e restrição ao uso da modalidade fiança bancária.

A Prefeitura afirma que não existindo previsão específica na Lei de Concessões, a exigência de garantia de proposta e do contrato é autorizada pelos artigos 31 e 56 da Lei de Licitações, conforme previsão do artigo 18 da Lei de Concessões.

Quanto à alegada restrição à fiança bancária, a Prefeitura afirma, comprovando, que a retirou do edital, por *errata* publicada na imprensa oficial, edição do dia 01 de março.

⁶ 48. A LICITANTE deverá prestar garantia de proposta no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), recolhida ao MUNICÍPIO, no endereço constante do preâmbulo deste EDITAL, de segunda a sexta feira, das 09:00 horas às 17:00 horas, devendo o comprovante ser apresentado junto com os documentos de habilitação, em qualquer uma das seguintes modalidades: (...)

d) fiança bancária, com cláusula específica de renúncia, pelo fiador, ao benefício de ordem a que se refere o artigo 827 do Código Civil, e que lhe obrigue de forma solidária com a LICITANTE VENCEDORA, devendo ser observado o disposto nos artigos 835 e 838 do Código Civil. (grifos SDG)

Para a ATJ (fls.374-383/405-419) a exigência está amparada na lei de Licitações.

Para a SDG⁽⁷⁾, a garantia da proposta, como consta no edital, é possível de ser exigida, conforme manifestação inicial, que é ratificada pelo i.Titular; quanto à fiança bancária perdeu objeto a impugnação, dada a comprovação de retificação, pela Prefeitura.

EQUIPAV (TC-9582/026/11)

D) Itens 46, "c"⁽⁸⁾, 48⁽⁹⁾ e 141⁽¹⁰⁾ (fls. 110 e 125):

1) **Ausência de divulgação do valor estimado da contratação**, impossibilitando a aferição da compatibilidade das exigências de patrimônio líquido, garantia de proposta e garantia de cumprimento das obrigações contratuais com os limites estabelecidos na Lei de Licitações e com a jurisprudência deste Tribunal de Contas;

A Prefeitura (fls.69/240) responde que conforme o item 40⁽¹¹⁾ do Edital o Valor Estimado da Contratação corresponde ao somatório das projeções de receitas provenientes da cobrança de tarifas e da

⁷ Tópico "C"

⁸ 46. Os documentos relativos à qualificação econômico-financeira serão constituídos por: (...)

c) comprovação de que dispõe, na data de entrega dos envelopes, de patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais). (grifos SDG)

⁹ Dispositivo transcrito na nota de rodapé nº 6.

¹⁰ 141. A LICITANTE VENCEDORA deverá, antes da assinatura do CONTRATO, prestar a garantia de cumprimento das obrigações contratuais no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), podendo ser efetuada em qualquer uma das modalidades, previstas no parágrafo 1º do Art. 56 da Lei Federal no. 8.666/93, apresentando ao CONCEDENTE o respectivo comprovante até 3 (três) dias antes da data de assinatura do CONTRATO. (grifos SDG)

¹¹ Fls.27 - item 40. O valor estimado do contrato corresponde ao somatório das projeções de receitas provenientes da cobrança de TARIFAS de água e esgoto e da remuneração pelos SERVIÇOS COMPLEMENTARES ao longo do prazo de concessão.

remuneração pelos serviços complementares durante o prazo da concessão.

Para a Prefeitura bastaria ao Representante analisar os documentos contidos no Plano de Saneamento Básico, disponibilizado no seu sítio eletrônico, para concluir que a contratação está estimada em R\$ 1 bilhão e novecentos milhões de reais.

A SDG, conquanto em sua manifestação inicial (fls.245/253) tenha acolhido a impugnação, na manifestação final, porém, entendeu improcedente, apenas em relação à não divulgação.

Defendeu, inicialmente, que a ausência de expressa divulgação no edital do referido valor estimado inviabiliza a aferição pelos envolvidos – interessados na licitação; órgãos de controle interno e externo; e pela sociedade – da compatibilidade de exigências de patrimônio líquido, garantia de proposta e de cumprimento de obrigações, com os limites legais e a jurisprudência do Tribunal.

A manifestação final de SDG, (fls.397) considera improcedente este tópico¹², aceitando as justificativas da Prefeitura, entendendo que houve comprovação de ter sido informado aos licitantes o valor estimado da contratação; fundamenta-se nos documentos de fls. 273 a 277 onde se tem aquele valor de R\$ 1 bilhão e 900 milhões, como resposta às empresas (inclusive a Representante) que fizeram o mesmo questionamento, administrativamente. **Não aceita, porém, o valor eleito pela Prefeitura,** como se relatará no tópico D.2 a seguir.

A ATJ (fls.374-383/405-419) aceitou as justificativas da Prefeitura, afirmando que a questão restou esclarecida com a juntada do Estudo de Viabilidade Econômico-Financeira.

2) Inviabilidade de se identificar se a baliza utilizada para definição da

¹² Tópico "D.1"

garantia de cumprimento das obrigações contratuais - total a ser investido pela futura contratada ou valor da arrecadação projetada - está em consonância com o entendimento desta Corte de Contas;

A Prefeitura sustenta que para ampliar a competição estabeleceu as exigências de garantias - da proposta e de patrimônio líquido - em patamares inferiores aos permitidos pela Lei de Licitações.

Para a garantia de proposta exigiu R\$ 10 milhões, o que corresponde a 0,5% do valor estimado da contratação.

Exigiu patrimônio líquido de R\$ 100 milhões, o que corresponde a 5% daquele valor, afirmando que tudo isto em total consonância com o artigo 31 da Lei de Licitações.

A SDG, como antes afirmado, acolheu, num primeiro momento, a impugnação (fls.245-253), considerando-a procedente. Porém, na manifestação final (fls.401/402), **o i.Titular ao aceitar as justificativas da Prefeitura quanto à divulgação do valor estimado da contratação, aponta que, conquanto isto, a Prefeitura elegeu, indevidamente,** como valor estimado da contratação - **R\$ 1 bilhão e 900 milhões de reais - o correspondente ao total previsto arrecadação,** quando deveria ter eleito R\$ 63 milhões e 750 mil reais - que corresponde ao valor total a ser investido pela futura contratada, implicando, isto, em distorções no cálculo do patrimônio líquido, garantia de proposta e garantia de cumprimento das obrigações. Assim, aplicando-se os percentuais: **0,5%** - para a **garantia de proposta - e 5%** para o **patrimônio líquido** - ter-se-á valores bem inferiores os que exigidos no edital, **restando disto sua conclusão de que o edital como está ocasionará, neste ponto, prejuízo à competitividade.**

A ATJ (fls.374-383/405-419) aceitou as justificativas da Prefeitura, considerando ***improcedente a impugnação.***

3) **Desproporcionalidade entre a garantia de proposta (fl. 110) e a garantia de cumprimento das obrigações contratuais (fl. 125),** tendo em vista seus distintos limites legais e finalidades.

A Prefeitura, invocando o mesmo raciocínio, afirma que, conquanto a Lei de Licitações, no artigo 56, § 2º, admita até 5% do valor do contrato, o edital só exige 0,5%.

A ATJ aceita as razões da Prefeitura.

Já a SDG, conquanto aceite as justificativas da Prefeitura ***quanto à desproporção, uma vez que a fixação das garantias, respeitados os limites legais, se insere no âmbito da discricionariedade, ressalta, todavia, a impropriedade, já relatada no tópico 2 anterior, quanto à base de cálculo, fato que leva à condenação dos valores previstos no edital.***

SPL (TC-12945/026/11)

E) Item 54, "a"⁽¹³⁾ (fl. 112): obrigatoriedade de que cada consorciada detenha participação mínima de 20% no consórcio;

A ATJ e a SDG propõem improcedência. Sustentam que tanto o número de empresas a participar do consórcio, quanto ao percentual mínimo de participação de cada empresa no consórcio, se inserem no poder discricionário da Administração.

¹³ 54. O instrumento de constituição de consórcio ou de compromisso de constituição de consórcio deverá conter os seguintes requisitos:

a) indicação da porcentagem de participação das duas consorciadas, não podendo haver participação inferior a 20%; (grifos SDG)

F) Item 44, "e" c.c. "d.1.1", "d.2.1" e "d.3"¹⁴ (fls. 107/108):

1) **Limitação quantitativa** - até 2 (dois) - de atestados;

A ATJ (fls. 407), pela engenharia entende que há restrição porque o objeto da concessão envolve sistema de água, sistema de esgoto, e, operação de gestão dos serviços de leitura de hidrômetro, sendo que este último serviço se insere na gestão de uma área administrativa/operacional, e não técnica, como quer o edital ao querer que conste em um dos atestados. Já, a Chefia de ATJ aceita as razões da Prefeitura, ratificando posicionamento pela improcedência.

Em sentido contrário a SDG (fls.402) entende que a Prefeitura não trouxe justificativa técnica para a limitação do número de atestados. Acrescenta, também, que o edital só admite somatório de atestados no caso de consórcio, resultando que

¹⁴ 44. A documentação relativa à qualificação técnica da LICITANTE deverá consistir no seguinte: (...)

d) comprovação de aptidão para desempenho técnico da LICITANTE mediante a apresentação de certidões ou atestados em nome do próprio LICITANTE, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, devidamente registrado no CREA - Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, quando aplicável, comprovando que a licitante executou serviços com as características e quantitativos mínimos abaixo:

d.1) Sistema de Abastecimento de Água:

d.1.1) Operação e manutenção de sistema de captação, bombeamento e adução de água bruta, tratamento, adução, bombeamento, reservação e distribuição de água tratada que atenda população igual ou superior a 100.000 habitantes;

d.2) Sistema de Esgotamento Sanitário:

d.2.1) Operação e manutenção de sistema de coleta, afastamento, bombeamento, interceptação, transporte e tratamento de esgoto sanitário que atenda população igual ou superior a 100.000 habitantes;

d.3) Operação e gestão dos serviços de leitura de hidrômetro, faturamento, cobrança e atendimento ao público em sistema de água e esgoto com pelo menos 35 mil ligações micromedidas.

e) As exigências estabelecidas nos subitens d.1.1, d.2.1 e d.3 deverão se referir a período igual ou superior a um ano e será admitida a apresentação de até dois atestados, sendo, nesse caso, um para atendimento do subitem d.1.1 e outro para atendimento do subitem d.2.1, devendo a experiência descrita no subitem d.3 estar comprovada em pelo menos um desses atestados. (grifos SDG)

interessados isoladamente não podem fazê-lo, o que afronta a isonomia. Pondera, também, que tanto o edital, quanto seus anexos não estipulam o número de habitantes e o de ligações, ainda que conste dados sobre isto no Plano Municipal de Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário disponibilizado no site da Prefeitura. Logo, **sugere procedência da impugnação.**

2) **Limitação temporal** - período igual ou superior a 1 (um) ano - nos atestados;

A ATJ e a SDG consideram improcedente a impugnação, sendo aceitável a limitação temporal, dado tratar-se de um contrato de concessão por 30 anos.

3) **Vinculação indevida de que a experiência** descrita no subitem "d.3" **esteja obrigatoriamente comprovada nos atestados emitidos** para os subitens "d.1.1" e "d.2.1";

A Prefeitura defende a exigência de dois atestados, porque o objeto da concessão tem dois grandes grupos de serviços: *água* e *esgoto*. Sustenta que as exigências estão fixadas no patamar de 50% a 60% aceitos pelo Tribunal, ressaltando, ainda, que o edital possibilita consórcio e o somatório de atestados.

A ATJ, pela Engenharia, aponta que os serviços de operação e gestão de leitura de hidrômetro, faturamento, cobrança e atendimento não pertencem à categoria técnica de operação do sistema; assim, não cabe exigir que conste de mesmo atestado; sua Chefia e a SDG aceitam as justificativas da Prefeitura e propõem **improcedência.**

G) Item 44, "g"⁽¹⁵⁾ (fls. 108/109): imposição de quantitativo mínimo - atendimento a população igual ou superior a 100.000 habitantes - para prova de capacitação técnico-profissional;

A Prefeitura sustenta ser razoável, dada a complexidade de um sistema que atenda maior população.

A ATJ aceita as justificativas, enquanto a SDG não.

Para a SDG (fls.403) a exigência afronta o § 5º do artigo 30 da Lei de Licitações e também a Sumula 23 deste Tribunal, porque se mostra excessivo e desarrazoado. Por outro lado, ressalta que tal exigência foi utilizada para apurar a capacidade técnico-operacional, não se justificando aplicar a mesma exigência para o profissional. Logo, ***sugere procedência.***

¹⁵ g) Comprovação da LICITANTE possuir em seu quadro permanente de pessoal, na data prevista para apresentação das PROPOSTAS nesta licitação, um ou mais profissionais de nível superior com atribuição técnica para os respectivos serviços, detentores de Atestados acompanhados das Certidões de Acervo Técnico (CAT) emitidas pelo CREA, comprovando sua responsabilidade técnica em serviços com as características abaixo:

g.1) Sistema de Abastecimento de Água:

g.1.1) Operação e manutenção de sistema de captação, bombeamento e adução de água bruta, tratamento, adução, bombeamento, reservação e distribuição de água tratada que atenda população igual ou superior a 100.000 habitantes;

g.2) Sistema de Esgotamento Sanitário:

g.2.1) Operação e manutenção de sistema de coleta, afastamento, bombeamento, interceptação, transporte e tratamento de esgoto sanitário que atenda população igual ou superior a 100.000 habitantes.

g.3) Operação e gestão dos serviços de leitura de hidrômetro, faturamento, cobrança e atendimento ao público em sistema de água e esgoto. (grifos SDG)

H) Anexo II, 1.2, 1.3, 1.4 e 1.5¹⁶ (fls. 384/387): subjetividade nos critérios de avaliação da proposta técnica, sobretudo tendo em vista que será desclassificada a licitante que tiver Nota Técnica inferior a 66 (sessenta e seis) pontos.

A Prefeitura defende seus critérios como objetivos e **a ATJ aceita suas justificativas.**

Para a SDG, no entanto, há, sim, subjetividade indesejada, sendo **procedente a impugnação.** Mostra (fls.403) que o edital não especifica quais as deficiências que podem ensejar a

¹⁶ **1.2 Planejamento dos Meios pelos quais a Concessionária realizará sua missão institucional (Máximo de 40 pontos)**

As PROPOSTAS serão pontuadas segundo o seguinte critério:

NT (1.2) = 24 - Quando a proposta for considerada completa, mas insuficiente, entendendo-se como tal aquela que, embora abordando todos os aspectos inerentes ao tópico em consideração, revelou uma ou mais deficiências na necessária organicidade e compatibilidade que deverá caracterizar os Meios, entre si e em sua relação com a Missão Institucional da concessionária e/ou revelou detalhamento insuficiente desses Meios;

1.3 Planejamento dos Recursos da Concessionária (Máximo de 30 pontos)

As PROPOSTAS serão pontuadas segundo o seguinte critério:

NT (1.3) = 20 - Quando a proposta for considerada completa, mas insuficiente, entendendo-se como tal aquela que, embora abordando todos os aspectos inerentes ao tópico em consideração, revelou uma ou mais deficiências na identificação, especificação e/ou quantificação dos recursos que a empresa mobilizará e/ou na necessária compatibilidade entre a provisão dos mesmos e as previsões de demanda;

1.4 Planejamento da Organização da Concessionária (Máximo de 5 pontos)

As PROPOSTAS serão pontuadas segundo o seguinte critério:

NT (1.4) = 3 - Quando a proposta for considerada completa, mas insuficiente, entendendo-se como tal aquela que, embora abordando todos os aspectos inerentes ao tópico em consideração, revelou uma ou mais deficiências na compatibilidade entre a organização proposta e os elementos anteriores, consubstanciados pela missão institucional da empresa, suas estratégias, políticas, planos, processos, projetos, programas e recursos humanos materiais, energéticos, gerenciais, tecnológicos, financeiros e institucionais;

1.5 Planejamento da Implantação e Controle da Concessionária (Máximo de 10 pontos)

As PROPOSTAS serão pontuadas segundo o seguinte critério:

NT (1.4) = 6 - Quando a proposta for considerada completa, mas insuficiente, entendendo-se como tal aquela que, embora abordando todos os aspectos inerentes ao tópico em consideração, revelou uma ou mais deficiências na sua coerência com as proposições de que tratam os tópicos 1.1 a 1.4; (grifos SDG)

redução da nota atribuída a cada subitem da proposta.

SABESP (TC-13245/026/11)

I) Item 3 (fl. 96)⁽¹⁷⁾: equívoco na definição da área de concessão e aos bens afetos, eis que aproximadamente 70% da população prudentina é abastecida por sistema composto de ativos localizados em outro município;

A Prefeitura não aceita a impugnação, afirmando ser importante distinguir entre AREA DE CONCESSÃO - que diz respeito a toda área urbana, incluindo os distritos, nos termos do Plano Diretor, da Lei de Zoneamento, e do Plano Municipal de Água e Esgoto - e os bens afetos à concessão - que são os bens reversíveis, os quais, nos termos do edital são todos os bens móveis e imóveis afetos à prestação dos serviços e que devem ser revertidos ao Município ao final da concessão.

Afirma que todos estão discriminados no anexo VI do Edital e que incluem, também, os que se localizam em outros municípios.

A ATJ aceita as razões da Prefeitura.

A SDG ressalta que sendo assunto que não interfere na formulação das propostas, **não seria próprio para exame prévio de edital.**

J) Item 137⁽¹⁸⁾ (fl. 124): incompatibilidade do dispositivo editalício com o cronograma de investimentos previsto no Plano Municipal de Saneamento, podendo

¹⁷ ÁREA DE CONCESSÃO: limite territorial urbano do Município de Presidente Prudente, Estado de São Paulo, conforme definido no Plano Diretor, incluindo os distritos especificados no Plano Municipal de Abastecimento de Água Potável e Esgotamento Sanitário;

¹⁸ 137. O capital inicial subscrito e integralizado da CONCESSIONÁRIA, na data da celebração do CONTRATO, não poderá ser inferior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais).

ocasionar o descumprimento, pelo Poder Concedente, do cronograma fixado em sobredito plano;

A Prefeitura afirma que o capital inicial e subscrito da Concessionária não é parâmetro para controle do cumprimento das obrigações contratuais e do cronograma físico-financeiro.

As obrigações, metas contratuais e de investimentos estão disciplinadas pelo contrato, pelo anexo III - Proposta Comercial, e pelo Anexo IV - Termo de Referência.

ATJ aceita as razões da Prefeitura.

A SDG entende não ser assunto para exame prévio.

K) Irregularidade na prévia audiência pública versando sobre o edital, porquanto o órgão licitante não respondeu aos questionamentos formulados pela impugnante;

A Prefeitura afirma não caber discutir este ponto, em sede de representação a edital. Conquanto isto, argumenta que o Município cumpriu fielmente as disposições legais específicas e permitiu a mais ampla participação da sociedade na definição da política pública de saneamento básico.

Quanto a não ter, a SABESP, obtido respostas às indagações feitas em audiência pública, rebate, afirmando que as respostas foram dadas e isto poderá ser comprovado.

ATJ considera improcedente, e **a SDG aceita não ser assunto para exame prévio.**

L) Ausência de estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira do contrato, bem como sobre a destinação do lodo;

A Prefeitura divide a resposta do item em dois tópicos:

v.1) Estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira:

Afirma que "O Estudo foi devidamente realizado, por consultoria especializada, e todos os parâmetros nele contidos foram postos em consulta e submetidos à Audiência Pública, ocasião em que o Valor Presente Líquido (VLP) e o fluxo de caixa foram apresentados a todos os interessados."

Rebate a afirmação de que o estudo deveria ser anexado ao Edital, afirmando que o art. 11 da Lei de Saneamento Básico obriga a que os titulares elaborem um estudo de viabilidade, de modo a fundamentar, tecnicamente, a opção administrativa de outorgar a sua prestação a terceiros.

Conclui que todos os dados necessários à formulação das propostas estão no edital.

A ATJ aceita as justificativas da Prefeitura.

A SDG acolhe as ponderações da Prefeitura (fls.398), porque a Prefeitura comprova existir o estudo exigido pela Lei - a qual não obriga que conste do edital ou anexos. Logo, **sugere improcedência.**

v.2) Disposições final do Lodo:

Afirma que o Plano Municipal de Água e Esgoto trata da questão e aponta algumas técnicas disponíveis no mercado e que podem ser utilizadas pelo futuro concessionário.

Ressalta que a SABESP alude, evasivamente, à normas de direito ambiental, as quais não necessitam de transcrição no edital, e vinculam a todos os interessados. Caberá ao futuro concessionário observar todas as normas jurídicas de direito ambiental que se apliquem à atividade concedida.

A ATJ e a SDG (fls. 398) aceitam as razões da Prefeitura, e entendem ser responsabilidade da futura concessionária a sua adequada destinação. Assim, **sugerem improcedência.**

- M) Item 22⁽¹⁹⁾ (fl. 103): ausência de dispositivo editalício vedando a participação, na licitação, dos autores ou responsáveis pelo projeto básico (Plano Municipal de Abastecimento de Água), em infringência ao art. 9º, II, da Lei nº 8.666/93;

Alega existir equívoco por parte da SABESP que não atentou para o artigo 31 da Lei 9.074/95, que permite a participação, na licitação ou execução, de autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo.

A ATJ e a SDG aceitam as justificativas da Prefeitura.

- N) Item 44, "f"⁽²⁰⁾ (fl. 108): os percentuais de participação societária não guardam relação com o acervo técnico da empresa licitante para efeito de qualificação técnica;

A Prefeitura defende que aceitar atestado de sociedade de propósito específico atende ao princípio da isonomia, no caso, e, é benéfica à

¹⁹ 22. É vedada a participação de empresas:

a) declaradas inidôneas para licitar ou contratar com a Administração Pública;

b) com suspensão do direito de participar em licitações ou impedidas de contratar com a Administração Pública;

c) em processo de falência, concordata ou recuperação judicial de empresas;

d) isoladamente, quando integrantes de consórcio participante da LICITAÇÃO.

e) empresas cujos responsáveis técnicos integrantes da equipe técnica pertençam simultaneamente a mais de uma empresa licitante; (grifos SDG)

²⁰ f) As exigências de qualificação técnica poderão ser comprovadas por meio de atestados de titularidade de Sociedade de Propósito Específico - SPE da qual a LICITANTE seja sócia, sendo que a participação societária da LICITANTE no capital da SPE será utilizada como referência para a demonstração do atendimento ao quantitativo populacional mínimo exigido.

competição ao permitir a participação de um maior número de interessados. Assim, no seu entender, nenhuma irregularidade existe na referida alínea "f" do item 44.

A ATJ e a SDG aceitam as ponderações da Prefeitura, e **sugerem improcedência da impugnação.**

- o) Item 76⁽²¹⁾ (fl. 116): **obscuridade no Edital quanto à obrigatoriedade de pagamento,** pela futura contratada, de indenização à SABESP - condição essencial à transferência do serviço - prejudicando a formulação de propostas e pondo em risco o interesse público.

A Prefeitura invoca a existência da Lei Municipal n° 7.252, de 14 de maio de 2010 que entre as condições a constar no futuro edital e contrato está a de imputar à vencedora a responsabilidade pelo pagamento de eventuais débitos do Município com a SABESP, desde que reconhecidos em sentença judicial transitado em julgado.

O Município não reconhece qualquer dívida, o que só ocorreria - numa hipótese remota, que entende - se houvesse uma ação judicial que afirma inexistir, sendo certo que o Município discute a retomada dos serviços, cuja ação foi julgada improcedente em sede de recurso de apelação e sem imputar qualquer obrigação de pagamento de valores.

Conclui que neste ponto as regras editalícias são claras e objetivas, não havendo margem a dúvidas ou insegurança.

²¹ 76. A LICITANTE poderá assumir eventual obrigação de ressarcimento, ao PODER CONCEDENTE, dos pagamentos que este vier a fazer em favor da SABESP, reconhecidos em sentença judicial transitada em julgado, em virtude da extinção do contrato firmado entre o Poder Concedente e a SABESP, desde que estritamente atendida a sistemática disciplinada nas cláusulas 19.17 e 19.18 do CONTRATO DE CONCESSÃO, respeitado o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO. (grifos SDG)

A ATJ (fls.379) considera inconsistente a impugnação, entendendo que o Município não reconhece a dívida e se o fizer depende de procedimento administrativo específico.

Para a SDG (fls.399), conquanto não conste no Edital a existência de cinco processos de cobrança judicial - informação só veiculada por questionamento de licitante - , entende que a redação dos itens 19.17 e 19.18 da minuta do contrato possui clareza suficiente. Ressalta que em havendo determinação de retificação, é importante constar recomendação para que a Prefeitura inclua no edital todas as informações atinentes às demandas previamente existentes, com vistas a possibilitar correta elaboração de proposta comercial.

P) Item 48 (fls. 110/111) ⁽²²⁾ :
imprecisão do valor estipulado para garantia de proposta;

A Prefeitura reafirma a existência de estudo de viabilidade técnica e econômico-financeira e que todas as informações e dados necessários à elaboração das propostas comerciais estão declinadas no Edital e seus anexos.

Afirma que o valor estimado da contratação é de R\$ 1 bilhão e novecentos milhões de reais, e o valor exigido a título de garantia é de R\$ 10 milhões de reais, o que equivale a aproximadamente 0,5% (meio por cento) daquele valor, o que entende ser condizente com a segurança e a competitividade.

A questão está bem relatada no tópico D-2, com manifestação clara de SDG sugerindo a procedência da impugnação, conquanto ATJ aceite as razões da Prefeitura.

Q) Item 47 ⁽²³⁾ (fls.110) :
incompatibilidade dos índices

²² Dispositivo transcrito na nota de rodapé n° 03.

²³ Dispositivo transcrito na nota de rodapé n° 02.

econômico-financeiros eleitos pela Administração com aqueles usualmente encontrados no setor específico, bem como ausência de justificativas para sua adoção.

Defende que os índices exigidos atendem à jurisprudência deste Tribunal e cita alguns julgados; afirma que inicialmente os índices seriam exigidos em patamares mais altos, sendo que foram diminuídos em razão das discussões em audiências públicas.

Afirma que ao Município cabe fazer exigências legais e que atendam à jurisprudência, não lhe cabendo analisar as informações contábeis de cada empresa do setor.

A ATJ entende estar, a exigência, dentro dos limites aceitos pelo Tribunal.

A SDG, conforme relatado no tópico B, pondera que, conquanto sejam os índices aceitos pelo Tribunal, recentes discussões havidas no e. Plenário mostram a conveniência de que sejam exigidos índices considerando o segmento de mercado - razão pela qual, no caso, se mostram merecedores de retificação. Logo, **sugere procedência**.

SR. QUIRINO FERREIRA (TC-13759/026/11)

R) Item 21⁽²⁴⁾ (fls.103): **limitação do número de empresas componentes de cada consórcio** a, no máximo, duas consorciadas;

Como relatado no tópico E, tanto ATJ, quanto SDG, propõem improcedência.

S) Item 53, "a"⁽²⁵⁾ (fls.111/112): **conjugação com os itens 21 e 44**

²⁴ Dispositivo transcrito na nota de rodapé nº 01.

²⁵ 53. Os DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO, no caso de participação em consórcio, deverão ser entregues e comprovados individualmente por cada consorciada, admitindo-se, para efeitos de:

denotam cerceamento à ampla competição, eis que mesmo o consórcio de duas empresas não poderia somar seus quantitativos, tendo em vista a limitação de dois atestados por licitante;

Afirma a SDG que contrariamente à impugnação, o edital possibilita o somatório do quantitativo de atestados somente no caso de consórcios. **Logo, sugere improcedência da impugnação.**

T) Itens 75, "c"⁽²⁶⁾ e 76⁽²⁷⁾ (fls.115/116): **não especificação do valor,** ainda que estimativo, a ser ressarcido à SABESP, bem como ausência, no Edital, **do Plano de Negócios,** prejudicando a formulação das propostas;

A SDG entende que a ausência do Plano de Negócios não afeta a formulação de propostas porque o edital e seus anexos contém informações suficientes.

Quanto ao ressarcimento, remete ao comentário que fez para o tópico O, no qual entende haver clareza nos subitens da minuta do contrato, propondo, se houver determinação de retificação do edital, recomendação para que a Prefeitura inclua no edital todas as informações atinentes às demandas previamente existentes, com vistas a possibilitar correta elaboração de proposta comercial.

a) qualificação técnica, o somatório da experiência dos consorciados, observadas as disposições contida no item 44 acima;

²⁶ 75. Na elaboração da DOCUMENTAÇÃO, as LICITANTES deverão considerar, também, as seguintes condições, estabelecidas na Lei Municipal n°. 7.252/2010, e seus respectivos custos:

(...)

c) a obrigação, em favor do PODER CONCEDENTE, de reembolsar os dispêndios que ele vier a fazer para liquidação das faturas devidas à SABESP, objeto de cobrança judicial;

²⁷ Dispositivo transcrito na nota de rodapé n° 15.

U) Item 44 (fls. 107/108): **limitação no quantitativo - até 2 (dois) - de atestados para comprovação da capacidade técnica das licitantes.**

Como relatado no tópico F-1 cc F-3, a Assessoria de Engenharia de ATJ não aceita que se inclua num mesmo atestado experiência técnica e não; **já a SDG** ressaltou não existirem elementos técnicos que justifiquem a limitação e também ressalta a restrição à somatória e a ausência de dados, **sugerindo procedência.**

Por fim, a SABESP apresentou MEMORIAL - distribuído também aos eminentes Conselheiros - no qual ressalta os pontos que considera principais, sendo eles, em síntese: **a) indenização que entende ser-lhe devida pelo Município, e para a qual não há, segundo afirma, previsão do seu valor; b) exigência de qualificação econômico-financeira - notadamente o grau de endividamento - que, por ser muito baixo alijaria a SABESP (ressaltando ser a maior empresa do setor na América Latina); ausência de fundamento para a qualificação técnica (item 44, "f"); c) possibilidade de o responsável pela elaboração do Plano Municipal de Saneamento, participar da licitação; d) demonstração da viabilidade econômico-financeira da concessão e imprecisão do valor da garantia exigida. Reconhece que nas justificativas complementares a Prefeitura juntou o estudo, o qual, contudo não teve, a seu ver, a divulgação necessária. Insiste não haver sustentação para exigir-se 10 milhões de reais para a garantia da proposta (item 48); e) destinação do lodo - insiste estar ausente no edital e seus anexos; f) indefinição quanto à área de concessão e bens atrelados. Afirmando que 70% do abastecimento de Presidente Prudente provém do "Sistema Peixe" localizado no Município de Caiabu, entende que os bens que não são reversíveis e que estão em outro Município não poderão vir a ser operados pelo vencedor do certame; g) irregularidade que teria ocorrido na audiência**

pública, contrariando, a seu ver, o art. 11, inciso IV, da Lei 11.445/2007 e Constituição Federal; h) inobservância do cronograma de investimentos previstos no Plano de Saneamento.

A conclusão de ATJ, Assessoria de Engenharia é pela procedência parcial, no que respeita aos atestados; da Chefia de ATJ, pela improcedência, e de SDG pela improcedência da representação feita pela empresa PERENGE e pela procedência parcial das demais representações.

Este, o relatório.

VOTO.

O VOTO QUE ORA APRESENTO ABRANGE INÚMEROS QUESTIONAMENTOS FEITOS EM CINCO REPRESENTAÇÕES ABRIGADAS NOS PROCESSOS 9.023/026/11; 9.582/026/11; 12.945/026/11; 13.245/026/11; E 13.759/026/11, FORMULADAS, RESPECTIVAMENTE, PELAS EMPRESAS: **PERENGE** ENGENHARIA E CONCESSÕES LTDA; **EQUIPAV S.A** - PAVIMENTADORA, ENGENHARIA E COMÉRCIO; **SPL** CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LTDA; **SABESP** - CIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, E PELO **CIDADÃO QUIRINO FERREIRA.**

PROCUREI APRESENTAR NO RELATÓRIO TODOS OS PONTOS IMPUGNADOS, COM A DEFESA DA PREFEITURA E AS MANIFESTAÇÕES QUE SOBRE ELAS FIZERAM OS ÓRGÃOS DA CASA.

COMO ALI CONSTA **A CHEFIA DE ATJ SUGERIU,** NAS DUAS OPORTUNIDADES EM QUE SE MANIFESTOU, **A IMPROCEDÊNCIA DAS REPRESENTAÇÕES, CONQUANTO PELA ASSESSORIA DE ENGENHARIA, HÁ PROPOSTA DE PROCEDÊNCIA NO QUE SE REFERE À EXIGÊNCIA DE DOIS ATESTADOS (FLS.407).** JÁ PARA A SDG, **IMPROCEDÊNCIA** MERECE A APENAS A REPRESENTAÇÃO DA EMPRESA **PERENGE,** SUGERINDO **PARCIAL PROCEDÊNCIA, PARA TODAS AS DEMAIS REPRESENTAÇÕES.**

O ASSUNTO TRATADO, RECONHECIDAMENTE É COMPLEXO, E ATUALMENTE O SANEAMENTO BÁSICO TEM DIRETRIZES NACIONAIS ESTABELECIDAS NA LEI 11.445, DE

5 DE JANEIRO DE 2007, REGULAMENTADA PELO DECRETO N° 7.217, DE 21 DE JUNHO DE 2010, PORTANTO, COM MUDANÇAS RECENTES, SITUAÇÃO QUE JUSTIFICA CERTAS CONDUTAS DOS ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO, ENVOLVENDO A PRÁTICA EXISTENTE E A ALTERAÇÃO QUE A LEI EXIGE.

DISCUSSÕES, PORTANTO, NO ÂMBITO DO CONTROLE INTERNO E EXTERNO, E TAMBÉM DO PODER JUDICIÁRIO SÃO EXPLICÁVEIS E ACEITÁVEIS, SENDO CERTO O HISTÓRICO DE LITÍGIOS DECIDIDOS PELO E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, SEM QUE TENHA TRAZIDO, NO ENTANTO, SOLUÇÃO DEFINITIVA PARA INÚMEROS PONTOS.

NO PRESENTE CASO, ESTÁ EM EXAME A CONCESSÃO DOS SERVIÇOS DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO DO MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE, CUJOS SERVIÇOS VÊM SENDO PRESTADOS PELA SABESP, DESDE 1978, PORTANTO, HÁ MAIS DE TRINTA ANOS, E, COMO SE SABE, A SABESP É A MAIOR EMPRESA DE SANEAMENTO, NÃO SÓ NO ESTADO, COMO NA AMÉRICA LATINA.

ENTENDENDO ESTAR QUALIFICADA PARA CONTINUAR PRESTANDO OS SERVIÇOS, E, AINDA, TER PENDÊNCIAS A RESOLVER DO CONTRATO EXISTENTE, NÃO SE CONFORMA EM NÃO TER A POSSIBILIDADE DE PARTICIPAR DA CONCORRÊNCIA, RAZÃO PELA QUAL FAZ CORO COM OUTROS QUATRO RECLAMANTES QUE SE INSURGEM CONTRA ALGUMAS EXIGÊNCIAS/IMPOSIÇÕES, OMISSÕES QUE ENTENDEM CONTER O EDITAL EM EXAME.

COM EFEITO. UMA LICITAÇÃO QUE ELIMINE, POR EXIGÊNCIAS DUVIDOSAS QUANTO À LEGALIDADE, A EMPRESA QUE HÁ MAIS DE TRÊS DÉCADAS PRESTA O SERVIÇO NO MUNICÍPIO, E QUE, NO CASO, TEM CARACTERÍSTICAS TIDAS COMO DE EXCELÊNCIA E RECONHECIMENTO NO SEU SEGMENTO DE MERCADO, QUE ATÉ EXTRAPOLA OS LIMITES DO PAÍS, MOSTRA, DE FATO, SITUAÇÃO DE ESTRANHEZA A MERECEER REFLEXÃO.

ASSIM, TAL SITUAÇÃO É COM TANTAS IMPUGNAÇÕES DE EMPRESAS DIFERENTES, E, CONSIDERANDO, AINDA, A COMPLEXIDADE DO OBJETO DA LICITAÇÃO, QUE, COMO AFIRMADO, TEM LEGISLAÇÃO PRÓPRIA, A CONDUÇÃO DOS AUTOS IMPÕS A ESTE RELATOR, POR PRUDÊNCIA, DETERMINAR A MANIFESTAÇÃO DAS ASSESSORIAS DE ATJ, AS

QUAIS, INICIALMENTE NÃO HAVIAM SIDO OUVIDAS, E ENTENDE-SE QUE A RAZÃO SE DEVEU À CELERIDADE DO TRÂMITE PROCESSUAL BUSCADA PELA CHEFIA.

ATENTANDO PARA OS ITENS IMPUGNADOS, TEMOS QUE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL SUGERE - **E ESTE RELATOR, APÓS ANALISAR OS AUTOS A ACOLHE** - PARA PROPOR SEJAM **IMPROCEDENTES OS QUESTIONAMENTOS, QUANTO À:**

- **LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE EMPRESAS DE CADA CONSÓRCIO** - NÃO OFENDE A LEI E SE INSERE NO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO;
- **GARANTIA DE PROPOSTA** - ITEM 48 DO EDITAL - CONQUANTO POSSÍVEL DE SER EXIGIDA, E NISTO IMPROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO, **RESSALVA-SE QUE, SOFRE, NO CASO, RESTRIÇÃO AO VALOR ESTIPULADO NO EDITAL, FATO QUE ADIANTE SE VERÁ.**
- **DIVULGAÇÃO DO VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO** - CONQUANTO IMPROCEDENTE QUANTO À DIVULGAÇÃO, **HÁ RESTRIÇÃO QUE SE VERÁ, QUANTO AO VALOR ELEITO PELA PREFEITURA PARA A CONTRATAÇÃO.**
- **GARANTIA DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES** - ITEM 141 DO EDITAL - POSSÍVEL DE SER EXIGIDA, PORÉM, **HÁ RESTRIÇÃO AO VALOR ESTIPULADO NO EDITAL, COMO ADIANTE SE VERÁ.**
- **DESPROPORCIONALIDADE ENTRE GARANTIA DA PROPOSTA E GARANTIA DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES** - RESPEITADOS OS LIMITES LEGAIS NÃO HÁ CENSURA A FAZER, **EXCETO QUANTO À BASE DE CALCULOS, COMO SE VERÁ.**

- **PARTICIPAÇÃO MÍNIMA DE 20% DE CADA EMPRESA NO CONSÓRCIO** - ITEM 54 DO EDITAL - INSERE-SE NO PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO.

- **LIMITAÇÃO TEMPORAL PARA OS ATESTADOS** - ITEM 44 - EXIGÊNCIA DE PERÍODO MÍNIMO DE UM ANO DE EXPERIÊNCIA, NO ATESTADO, PARA UMA CONTRATAÇÃO FUTURA POR TRINTA ANOS, MOSTRA-SE ACEITÁVEL.

- **AUSÊNCIA DE ESTUDO DE VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA** - LOGROU ÊXITO, A PREFEITURA, EM DEMONSTRAR SUA EXISTÊNCIA, E, CONFORME BEM RESSALTA A INSTRUÇÃO, NÃO HÁ OBRIGATORIEDADE LEGAL PARA QUE CONSTE DO EDITAL.

- **DESTINAÇÃO FINAL DO LODO** - TRATA-SE DE OBRIGAÇÃO QUE A LEI IMPÕE À CONCESSIONÁRIA.

- **AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO, NA LICITAÇÃO, DE AUTOR OU RESPONSÁVEL PELO PROJETO BÁSICO** - APONTA, A INSTRUÇÃO, QUE A LEI NÃO TRAZ A VEDAÇÃO, NO CASO DE CONCESSÕES.

- **SOMATÓRIO DE QUANTITATIVOS** - ITEM 53 CC. 21 E 44 - APONTA, A INSTRUÇÃO, QUE HÁ PERMISSÃO NO EDITAL APENAS PARA CONSÓRCIOS - O QUE, EMBORA SE MOSTRE RESTRITIVO, E ISTO SERÁ APONTADO, É, NO ENTANTO, CONTRÁRIO AO QUE AFIRMA A REPRESENTAÇÃO, DAÍ SUA IMPROCEDÊNCIA.

POR OUTRO LADO, **MERECEM PROPOSTA DE PROCEDÊNCIA:**

➤ **ÍNDICES ECONÔMICO-FINANCEIROS - ITEM 47 DO EDITAL**

▶ **PROCEDENTE**

CONQUANTO OS INDICES EXIGIDOS SE ENCONTREM NOS PATAMARES ACEITÁVEIS POR ESTE TRIBUNAL - LIQUIDEZ GERAL, E, LIQUIDEZ CORRENTE $\geq 1,00$; ENDIVIDAMENTO $\leq 0,5$ - É IMPERIOSO ATENTAR PARA A REALIDADE DO SEGMENTO DE MERCADO.

DESDE QUANDO PASSOU A LEVAR EM CONTA QUE CADA SEGMENTO DA ECONOMIA TEM SUAS PARTICULARIDADES E, PORTANTO, MEDIDAS DIFERENTES EM SEUS RESULTADOS, É QUE O EGREGIO PLENÁRIO CORRETAMENTE MUDOU SUA POSIÇÃO PARA NÃO MAIS ACEITAR O MESMO ÍNDICE GENERICAMENTE EXIGIDO, INDEPENDENDO DO OBJETO DOS CERTAMES.

NESTE CASO EM EXAME, A INSTRUÇÃO PROCESSUAL PROCEDIDA POR SDG MOSTRA, COM CLAREZA, QUE A EXIGÊNCIA DO EDITAL RESULTARÁ EM RESTRIÇÃO À MAIORIA DAS EMPRESAS DO SETOR DE ÁGUA E ESGOTO, QUE TÊM SEUS ÍNDICES ECONÔMICO-FINANCEIROS DIVULGADOS PELO MINISTÉRIO DAS CIDADES - SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO (SNIS) (fls.401).

APONTA, A SDG, QUE DE 49 (QUARENTA E NOVE) EMPRESAS PRESTADORAS DOS SERVIÇOS, ALI LISTADAS, APENAS 4 (QUATRO) DELAS ATENDERIAM PLENAMENTE AO QUANTO EXIGE O EDITAL. ADUZ, MAIS, QUE DENTRE ELAS, 24 (VINTE E QUATRO) SÃO EMPRESAS PRIVADAS, E DAS QUAIS, APENAS UMA ATENDERIA À EXIGÊNCIA.

A CONSIDERAR, SEM DÚVIDA, QUE UMA CONTRATAÇÃO PARA ATÉ CINCO ANOS, COMO DE ROTINA É A MAIORIA DAS CONTRATAÇÕES, DEVE TER EXIGÊNCIAS DIFERENTES DE UMA CONTRATAÇÃO PARA TRINTA ANOS, COMO É O PRESENTE CASO.

DE SE CONCLUIR, PORTANTO, SER FATOR MERECEDOR DE DETERMINAÇÃO À PREFEITURA PARA QUE REANALISE O ASSUNTO E ALTERE SUAS EXIGÊNCIAS NESTE PONTO.

ASSIM, PROCEDENTE A IMPUGNAÇÃO.

➤ **VALOR ESTIMADO DA CONTRATAÇÃO**

▶ **PROCEDENTE**

A CORRETA ESTIMATIVA DESTE VALOR É IMPORTANTE PORQUE SERVIRÁ DE BASE PARA AS EXIGÊNCIAS DE PATRIMONIO LÍQUIDO E DAS GARANTIAS LEGALMENTE PERMITIDAS.

A INSTRUÇÃO PROCESSUAL TROUXE À COLAÇÃO, DESDE O PRIMEIRO MOMENTO, JULGADOS DESTE TRIBUNAL⁽²⁸⁾ - E TAMBÉM POSIÇÃO DOUTRINÁRIA -, APONTANDO QUE HÁ EQUÍVOCO DA ADMINISTRAÇÃO DE PRESIDENTE PRUDENTE, POIS, EM CASOS COMO ESTE, DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS, O QUE INTERESSA PARA EFEITO DE GARANTIAS A SEREM EXIGIDAS, É O VALOR TOTAL A SER INVESTIDO PELA FUTURA CONCESSIONÁRIA E NÃO A DA ESTIMATIVA DE ARRECADAÇÃO AO LONGO DO PERÍODO DE CONCESSÃO.

A PREFEITURA DE PRESIDENTE PRUDENTE ELEGEU, EQUIVOCADAMENTE, O VALOR DA ESTIMATIVA DA ARRECADAÇÃO, PELO FUTURO CONCESSIONÁRIO, CUJO MONTANTE ALCANÇA O VALOR DE R\$ 1 BILHÃO E 900 MILHÕES DE REAIS, QUANDO O VALOR ESTIMATIVO DE INVESTIMENTOS, PELO FUTURO CONCESSIONÁRIO, É DE R\$ 63 MILHÕES E 750 MIL REAIS, BEM DIFERENTE, POIS, DA ESTIMATIVA DE ARRECADAÇÃO.

DEVE, ASSIM, A PREFEITURA, RETIFICAR O SEU EDITAL.

➤ **QUANTIDADE DE DOIS ATESTADOS - SOMATÓRIO - TIPO DE EXPERIÊNCIA - ITEM 44 "d.1.1"; "d.2.1"; "d.3"; "e"; "g"**

²⁸ Fls. 254 - TCs 784/010/09, 785/010/09, 29697/026/07, 34871/026/09.

► **PROCEDENTE**

MEU VOTO ACOLHE, NESTE PONTO, A PROPOSTA DE SDG, PELA PROCEDÊNCIA, CONSIDERANDO NÃO HAVER, NOS AUTOS, JUSTIFICATIVA TÉCNICA PARA A LIMITAÇÃO DE DOIS ATESTADOS.

HÁ NECESSIDADE, TAMBÉM, DE QUE O EDITAL E/OU SEUS ANEXOS APONTEM DADOS QUE PERMITAM AFERIR SE OS QUANTITATIVOS EXIGIDOS PARA A COMPROVAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL MOSTRAM COMPATIBILIDADE COM A SÚMULA 24 DESTE TRIBUNAL.

NO QUE PERTINE À COMPROVAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL NÃO É POSSÍVEL QUE SE VENHA A EXIGIR EXPERIÊNCIA QUANTITATIVA IDÊNTICA À DA PESSOA JURÍDICA, SOB PENA DE AFRONTAR A LEI E A SUMULA 23 DESTA CORTE, COMO BEM SALIENTOU A D. SDG.

QUANTO À SOMATÓRIA, A RETIFICAÇÃO SE FAZ NECESSÁRIA PORQUE O EDITAL, COMO ESTÁ, SÓ ADMITE SOMATÓRIO DE EMPRESAS CONSORCIADAS, O QUE SE MOSTRA RESTRITIVO.

PARA A COMPROVAÇÃO NUM DOS ATESTADOS, DE EXPERIÊNCIA EM GESTÃO E OPERAÇÃO DE SERVIÇOS DE LEITURA DE HIDRÔMETROS, FATURAMENTO E DEMAIS, ACOLHO A PONDERAÇÃO DE ASSESSORIA DE ENGENHARIA DE QUE TAIS SERVIÇOS SÃO DIFERENTES DOS DEMAIS, QUE SÃO TÉCNICOS, NÃO SE JUSTIFICANDO ENGLOBALAR-SE NUM SÓ ATESTADO.

AO FAZER AS ALTERAÇÕES NESTES PONTOS, DEVERÁ OBSERVAR EVENTUAL NECESSIDADE DE MODIFICAÇÃO NO QUANTO DISPÕE A LETRA "F" DO ITEM 44.

► **SUBJETIVIDADE NOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO**

► **PROCEDENTE**

PARA ESTE PONTO ACOLHO A PROPOSTA DE PROCEDÊNCIA FEITA POR SDG, QUE AFIRMA NÃO ESPECIFICAR, O EDITAL, DE MODO CLARO, QUAIS

DEFICIÊNCIAS PODERÃO ENSEJAR A REDUÇÃO DA NOTA ATRIBUÍDA A CADA SUBITEM DA PROPOSTA.

DEVE, POIS, A PREFEITURA, REANALISAR O ANEXO II, NOS SEUS ITENS 1.2, 1.3, 1.4, e 1.5, PARA REFORMULAR OS SUBITENS, DE MODO A DEIXAR CLARO O QUE INTERFERE NA ATRIBUIÇÃO/REDUÇÃO DE NOTAS, ELIMINANDO SUBJETIVIDADE.

NÃO MERECEM ANÁLISE, EM SEDE DE EXAME PRÉVIO, ALGUNS DOS QUESTIONAMENTOS:

➤ **DEFINIÇÃO DA ÁREA DE CONCESSÃO E DOS BENS AFETOS (ITEM 3 DO EDITAL)**

O EDITAL DEFINE COMO ÁREA DE CONCESSÃO
- *'O LIMITE TERRITORIAL URBANO DO MUNICÍPIO (...) CONFORME DEFIINIDO NO PLANO DIRETOR, INCLUINDO OS DISTRITOS ESPECIFICADOS NO PLANO MUNICIPAL DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO.'*

TAL DEFINIÇÃO, APARENTEMENTE NÃO PODERIA SER DIFERENTE, E, TUDO INDICA ESTEJA CORRETA. DEVE GUARDAR RELAÇÃO COM O PLANO MUNICIPAL DE ABASTECIMENTO APROVADO PELO MUNICÍPIO.

➤ **NO QUE SE REFERE AOS BENS REVERSÍVEIS, A DEFINIÇÃO NO EDITAL É:**

'QUE SÃO OS BENS MÓVEIS E IMÓVEIS AFETOS À PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO QUE SÃO TRANSFERIDOS PARA O PODER CONCEDENTE AO FINAL DO CONTRATO, MEDIANTE INDENIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS NÃO AMORTIZADOS OU DEPRECIADOS'.

TUDO INDICA, ESTEJA TAMBÉM CORRETA, RESSALTANDO-SE AÍ A PREVISÃO DE INDENIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS, PONTO QUESTIONADO PELA SABESP E QUE SERÁ OBJETO DE COMENTÁRIO.

TRAZ, A SABESP, A INFORMAÇÃO - ATÉ CONFIRMADA PELA PREFEITURA - DE QUE O ABASTECIMENTO DE ÁGUA DO MUNICÍPIO DE PRESIDENTE PRUDENTE PROVÉM DO MUNICÍPIO DE CAIABU. AFIRMA QUE NO MUNICÍPIO DE CAIABU, ONDE ESTÁ LOCALIZADO O "SISTEMA PEIXE" ESTÃO BENS QUE NÃO SÃO REVERSÍVEIS, E, QUE, PORTANTO, NÃO PODERIAM SER OPERADOS PELO VENCEDOR DO CERTAME.

A PREFEITURA RESPONDE A ISTO, CONFIRMANDO A EXISTÊNCIA DE BENS LOCALIZADOS EM OUTROS MUNICÍPIOS, ESTANDO ENTRE ELAS, AS INSTALAÇÕES DO DENOMINADO 'SISTEMA PEIXE', MAS, AFIRMANDO QUE

"...A TITULARIDADE DOS SERVIÇOS É DO MUNICÍPIO E TUDO O QUE FOI CONSTRUÍDO PELA ATUAL PRESTADORA DEVE RETORNAR AO MUNICÍPIO E À POPULAÇÃO, CABENDO APENAS, EVENTUAL INDENIZAÇÃO NO CASO DE NÃO TER OCORRIDO A AMORTIZAÇÃO..."

PODE-SE ATÉ CONCLUIR QUE ESTEJA, COMO AFIRMADO, CORRETA DEFINIÇÃO DA ÁREA DE CONCESSÃO. IGUALMENTE COMO SE PODE TER COMO CORRETA A DA EXISTÊNCIA DE BENS REVERSÍVEIS EM OUTRAS LOCALIDADES, QUE NÃO O MUNICÍPIO LICITANTE.

PONTO DE INTERESSE, PORÉM, TEM-SE NA QUESTÃO DA INDENIZAÇÃO A QUE A SABESP AFIRMA TER DIREITO, E PARA A QUAL SE OBSERVA CONTROVERSIA E QUE FAREI COMENTÁRIO NO TÓPICO PRÓPRIO.

➤ **INCOMPATIBILIDADE COM O PROGRAMA DE INVESTIMENTOS PREVISTO NO PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO - ITEM 137 DO EDITAL.**

HÁ PREVISÃO DE CAPITAL MÍNIMO DA CONCESSIONÁRIA, PARA O QUAL NÃO SE TEM INDICAÇÃO CLARA DE QUALQUER AFRONTA À LEGISLAÇÃO.

➤ **IRREGULARIDADES NA AUDIÊNCIA PÚBLICA**

O QUESTIONAMENTO NÃO SE MOSTRA APROPRIADO, DE FATO, PARA EXAME PRÉVIO.

POR FIM, MERECE SER ENFRENTADO O QUESTIONAMENTO DA SABESP EM RELAÇÃO À INDENIZAÇÃO QUE ALEGA TERÁ DIREITO AO ENCERRAR SEU ATUAL CONTRATO, RECLAMANDO QUE O EDITAL É OMISSO SOBRE O VALOR E, COMO AFIRMA QUE A INDENIZAÇÃO EXIGIRÁ UM REEQUILIBRIO DO CONTRATO FUTURO, HÁ, NO SEU ENTENDER, OBSCURIDADE NO EDITAL QUE JUSTIFICARIA A NECESSIDADE DE ATUAÇÃO DESTE TRIBUNAL.

IMPORTA OBSERVAR QUE, A SABESP AFIRMA QUE A INDENIZAÇÃO ESTARIA NA FAIXA DE R\$ 500 MILHÕES - VALOR QUE TERIA SIDO APURADO POR CONSULTORIAS CONTRATADAS MEDIANTE ACORDO COM O MUNICÍPIO, E QUE TAL INDENIZAÇÃO SERVIRIA PARA FUTURO REEQUILIBRIO ECONOMICO-FINANCEIRO DO FUTURO CONTRATO. ⁽²⁹⁾

DE SEU LADO, A PREFEITURA RESPONDE QUE NÃO RECONHECE A DÍVIDA, MAS, CONQUANTO ISTO, ADUZ QUE FOI AUTORIZADA POR LEI MUNICIPAL A INSERIR NO EDITAL ⁽³⁰⁾ A POSSIBILIDADE DE TRANSFERIR À FUTURA CONCESSIONÁRIA O PAGAMENTO DE EVENTUAL INDENIZAÇÃO À ATUAL CONCESSIONÁRIA, SENDO QUE PARA TANTO, SERÁ NECESSÁRIA A INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO, E TAMBÉM JUDICIAL.

A SABESP QUER FAZER VALER O DISPOSTO NA CLÁUSUAL 16 DE SEU CONTRATO VIGENTE ⁽³¹⁾, QUE DISPÕE SOBRE A INDENIZAÇÃO, APÓS AVALIAÇÃO POR PERITOS DE RECONHECIDA IDONEIDADE E INDEPENDÊNCIA, ESCOLHIDOS DE MÚTUO ACORDO (§ 1º DA CLAUSULA), ENTENDENDO QUE TEM AMPARO NA LEI DE CONCESSÕES, A LEI 8.987/95 NO ARTIGO 42.

AINDA QUE NÃO SE DECIDA, EM SEDE DE EXAME PRÉVIO, EM TERMOS DEFINITIVOS OS RECLAMOS DA SABESP, RECOMENDÁVEL E OPORTUNO SE MOSTRA DETERMINAR À PREFEITURA DE PRESIDENTE PRUDENTE QUE AO RETIFICAR

²⁹ Fls.7 do TC-13245/026/11.

³⁰ FLS. 42 TC 13759/026/11:"76.A LICITANTE PODERÁ ASSUMIR EVENTUAL OBRIGAÇÃO DE RESSARCIMENTO AO PODER CONCEDENTE, DOS PAGAMENTOS QUE ESTE VIER A FAZER EM FAVOR DA SABESP, RECONHECIDOS EM SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO, EM VIRTUDE DA EXTINÇÃO DO CONTRATO FIRMADO ENTRE O PODER CONCEDENTE E A SABESP, DESDE QUE ESTRITAMENTE ATENDIDA A SISTEMÁTICA DISCIPLINADA NAS CLAUSULAS 19.17 E 19.18 D CONTRASTO DE CONCESSÃO, RESPEITADO O EQUILIBRIO ECONOMICO-FINANCEIRO DO CONTATO."

³¹ Tc 13.245/026/11 "clausula 16 - Finda a concessão, por qualquer causa, serão transferidos ao CONCEDENTE, mediante indenização à CONCESSIONÁRIA, todos os bens e direitos vinculados aos serviços de água e esgotos do Município...".

O EDITAL NOS PONTOS TIDOS COMO PROCEDENTES, E DESCRITOS NESTE VOTO, RETIFIQUE, TAMBÉM, NO QUE DIZ RESPEITO AOS ENCARGOS QUE PODERÁ O VENCEDOR SOFRER EM RELAÇÃO AO ATUAL CONTRATO, DE MODO A DEIXAR CLARO A TODOS OS INTERESSADOS, QUAIS OBRIGAÇÕES PODERÃO VIR A ASSUMIR. ISTO SE FAZ NECESSÁRIO NÃO SÓ EM RAZÃO DA INDENIZAÇÃO RECLAMADA PELA SABESP, MAS PORQUE O EDITAL NA SUA CLÁUSULA 25.5.C PREVÊ, TAMBÉM, QUE A FUTURA CONCESSIONÁRIA PODERÁ SUPOSTAR ENCARGOS DECORRENTES DE AÇÕES JUDICIAIS DE COBRANÇA DE FATURAS NÃO PAGAS. OCORRE QUE ÀS FLS. 278 DO TC 9023/026/11, RESPONDENDO À PERGUNTA DE EMPRESA INTERESSADA, A PREFEITURA LISTA CINCO AÇÕES DE COBRANÇA EM TRÂMITE. NÃO CONSTA QUE ESTA INFORMAÇÃO TENHA SIDO DIVULGADA PARA CONHECIMENTO DE TODOS OS INTERESSADOS; SÓ DELA TEVE CONHECIMENTO A EMPRESA QUE INDAGOU.

COM AS PROPOSTAS DE IMPROCEDÊNCIA PARA UNS QUESTIONAMENTOS, PROCEDÊNCIA PARA OUTROS, E RECOMENDAÇÕES PARA OS PONTOS QUE FOGEM À ANÁLISE EM SEDE DE EXAME PRÉVIO, MEU VOTO, PELAS RAZÕES EXPOSTAS, CONSIDERA PARCIALMENTE PROCEDENTE AS REPRESENTAÇÕES, E DETERMINA À PREFEITURA DE PRESIDENTE PRUDENTE QUE RETIFIQUE O EDITAL NOS PONTOS ABORDADOS AO LONGO DO VOTO, REANALISANDO O EDITAL EM TODAS AS DEMAIS CLÁUSULAS, COM VISTAS A ELIMINAR EVENTUAIS OUTRAS ILEGALIDADES OU AFRONTAS À JURISPRUDÊNCIA, DEVENDO, SOBRETUDO, ATENTAR PARA O QUANTO DISCIPLINA A LEI DO SANEAMENTO, EM VIGOR. AO REPUBLICAR O EDITAL, DEVE OBSERVAR O PRAZO LEGALMENTE EXIGIDO.

IMPORTA REGISTRAR, QUE A ANÁLISE, EM SEDE DE EXAME PRÉVIO, É FEITA CIRCUNSCRITA AOS PONTOS QUESTIONADOS, SENDO CERTO QUE O CONTRATO, NA SUA INTEGRA, HAVERÁ DE SER OBJETO DE JULGAMENTO FUTURO POR ESTE TRIBUNAL.

ESTE É O MEU VOTO.

APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO, DEVE O PROCESSO SEGUIR PARA A ÁREA COMPETENTE DA FISCALIZAÇÃO, PARA AS ANOTAÇÕES DE INTERESSE NO

ACOMPANHAMENTO DO QUANTO DECIDIDO, SEGUINDO APÓS, AO
ARQUIVO.

São Paulo, 27 de julho de 2011.

ANTONIO ROQUE CITADINI
CONSELHEIRO

OP