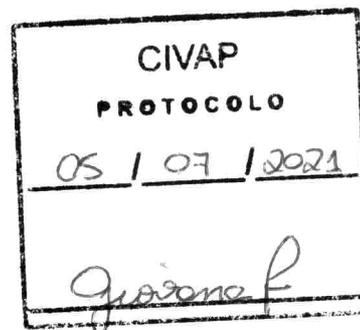


ILUSTRÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÕES



Ref.: Concorrência Pública nº 001/2021

REVITA ENGENHARIA S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 08.623.970/0001-55, com sede na Avenida Gonçalo Madeira, nº 400, São Paulo/SP, CEP 05.348-000, por seu bastante procurador que esta subscreve, vem, à presença de Vossa Senhoria, com fundamento no artigo 41, § 2º, da Lei federal nº 8.666/93 e na cláusula 10.3 do Edital, apresentar sua

IMPUGNAÇÃO AO EDITAL

fazendo-o na conformidade das razões a seguir expostas.

I – INTRODUÇÃO

Trata-se de Edital de Concorrência Pública nº 001/2021 cujo objeto é a concessão administrativa para a prestação dos serviços de tratamento e destinação final dos resíduos, com previsão de aproveitamento energético visando a redução de massa que se encaminhará destino final (a “Concessão”).

Interessada em participar do certame, a Impugnante adquiriu o Edital e, após minuciosa análise de seu conteúdo, detectou primeiramente que determinados itens não estão suficientemente claros e consistentes, podendo gerar diferentes interpretações entre os licitantes – o que acarretaria discrepâncias nas propostas comerciais a serem

apresentadas e, por consequência, a impossibilidade da Comissão Permanente de Licitação de avaliar objetivamente a proposta mais vantajosa.

Diante disso, submeteu pedido de esclarecimentos a essa D. Comissão Especial de Licitações, assim como outros interessados o fizeram; as respostas fornecidas, no entanto, em nada esclareceram as questões suscitadas, de modo que os vícios da presente licitação ainda comprometem sobremaneira seu regular andamento.

Além disso, *data venia*, constatou-se no Edital a existência de determinadas lacunas e condições ilegais e/ou inconsistentes que merecem reparo, por afrontarem a legislação de regência da matéria e os princípios aplicáveis a todos e quaisquer certames regidos pela Lei federal nº 11.079/2004 (“Lei de PPPs”), pela Lei federal nº 8.666/93 (“Lei de Licitações”), pela Lei federal nº 8.987/95 (“Lei de Concessões”) e pela Lei federal nº 11.445/2007 (“Lei de Saneamento”).

A seguir, a Impugnante apresenta as razões pelas quais tais vícios maculam o certame e comprometem não só sua lisura, mas também a participação das empresas interessadas em condições de igualdade entre si e a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços concedidos, um dos pilares fundamentais do Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei federal nº 14.026/2020).

Assim, mostra-se imperioso que o Edital em referência seja republicado, para a correção de seus inúmeros vícios, em conformidade com o artigo 21, § 4º, de Lei de Licitações.

II – ILEGALIDADES DO EDITAL

(i) Premissas e contexto da licitação

A licitação em apreço (a “Licitação”) foi instaurada pelo Consórcio Intermunicipal do Vale do Paranapanema (o “CIVAP”), tendo por escopo a contratação de “concessão administrativa para a exploração de serviços de tratamento e destinação final dos resíduos, com previsão de aproveitamento energético visando à redução de massa que se encaminhará ao destino final”.

Nos termos do Edital (item 1.1), os municípios consorciados que aderiram à concessão (os “Municípios”) são: Assis, Cândido Mota, Cruzália, Echaporã, Florínea, Ibirarema, Lutécia, Oscar Bressane, Palmital, Paraguaçu Paulista, Pedrinhas Paulista, Platina, Santa Cruz do Rio Pardo e Tarumã.

Ademais, conforme a documentação disponibilizada no *site* oficial do CIVAP, a Licitação decorre de um prévio procedimento de manifestação de interesse – PMI cujos estudos aprovados serviram de base para a instauração do certame e para a modelagem técnica, econômico-financeira e jurídica da contratação.

Nota-se, todavia, que **algumas informações constantes de tal documentação são insuficientes para um certame desse porte, assim como muitas outras contêm dissonâncias e inconsistências graves e em afronta clara à legislação aplicável.**

Já de partida, tais estudos e a documentação disponibilizada pelo CIVAP consideram e apontam 16 municípios consorciados como aderentes à Concessão, ao passo que do Edital constam 14. Tal fato é bastante relevante, uma vez que as projeções realizadas e que servem de base ao Edital (e às propostas a serem elaboradas) consideram dados (como população, volume de resíduos, logística etc) distorcidos em relação ao objeto do futuro contrato.

Não bastasse esse aspecto, outras irregularidades sérias estão presentes, como **inconsistências nas metas a serem atendidas** – os estudos apontam disposição final de resíduos de, no máximo, 40%, ao passo que o Termo de Referência (Anexo II do Edital) aponta o percentual de 15%. Uma diferença bastante significativa, sem que haja qualquer justificativa para essa discrepância.

E se é o Termo de Referência que deve prevalecer, como documento editalício, sobre os estudos de modelagem (sendo estes meramente referenciais), é de causar enorme preocupação que o **Anexo II do Edital – Termo de Referência / Especificações Técnicas para Execução do Contrato** seja um documento com **meras 4 páginas**, tratando-se de licitação para uma Concessão de 30 anos, com rota tecnológica inusual e de custos expressivos (e muito mais altos do que outras soluções existentes, como se demonstrará adiante), envolvendo nada menos que 14 Municípios.

Também o **Anexo VII – Metas e Obrigações** surpreende, para um contrato desse porte: **2 páginas de indicações vagas** das referidas “metas e obrigações”,

com meras repetições de disposições já estabelecidas na Minuta de Contrato de Concessão (Anexo III) e indicações de menor importância, como o dever de emitir relatórios mensais e prazos para a implantação de infraestruturas (o que em nada se confunde com metas graduais, ao longo de toda a Concessão, para o atingimento de níveis de serviço em metas, em atendimento à Política Nacional de Resíduos Sólidos).

Causa estranhamento também que referidos estudos apontem expressamente a solução técnica a ser adotada, sem que haja, efetivamente, qualquer avaliação de *Value for Money* e justificativa para o OPEX e o CAPEX do contrato em relação a outras soluções possíveis. **Adota-se um modelo técnico totalmente inusual, muito mais caro e não praticado no país, sem qualquer justificativa plausível.**

Como se vê à p. 17 dos Estudos Técnicos de Referência - Modelagem Técnica: “A tecnologia adotada atualmente de utilização de aterro sanitário como solução, não está sendo considerada diante das condições apontadas pelos estudos bem como pela determinação das administrações públicas estaduais e municipais em se adotar solução envolvendo aproveitamento energético imediato dos resíduos, como forma de reduzir o volume de resíduos depositados em aterros”.

Ora, não bastasse a ausência de justificativa efetiva, em termos de *Value for Money*, para a solução adotada e para a desconsideração da solução de aterro sanitário (amplamente adotada no país, sendo ambientalmente adequada e também compatível com a capacidade financeira dos municípios brasileiros, muitos dos quais, inclusive, ainda sequer encerraram seus lixões), **o modelo técnico adotado não está em consonância com o planejamento dos Municípios aderentes à Concessão, como se pode verificar claramente na análise de seus planos municipais**, também disponibilizados pelo CIVAP.

No que se refere à Modelagem Econômico-Financeira da Concessão, conforme se pode ver nos estudos fornecidos, bem como no Edital e em todos os seus anexos, são apresentados valores de investimentos, custos operacionais e da tonelada por resíduo a ser tratado e destinado, mas não há qualquer avaliação da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços e da respectiva cobrança específica dos usuários finais, que deveria ser procedida pelos Municípios, como exige expressamente a Lei de Saneamento, especialmente a partir do Novo Marco Legal de julho de 2020 (anterior aos estudos, frise-se).

Todas essas incongruências fragilizam – e mais, maculam – completamente a Licitação, evidenciando desconformidades flagrantes que definitivamente não podem se manter e prosperar.

(ii) Ausência de condições de validade para a contratação de parceria público-privada – Lei de PPPs

Trata-se, como se sabe, de Licitação para a contratação de concessão administrativa, modalidade de parceria público-privada regida pela Lei de PPPs, cujo art. 10 estabelece as condições essenciais para a instauração do certame, a saber:

“Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, **estando a abertura do processo licitatório condicionada a:**

I – autorização da autoridade competente, **fundamentada em estudo técnico que demonstre:**

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante **identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;**

b) **que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e**

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, **a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;**

II – **elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;**

III – **declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;**

IV – **estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;**

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital;

e VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

§ 1º **A comprovação referida nas alíneas b e c do inciso I do caput deste artigo conterà as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, observadas as normas gerais para consolidação das contas públicas, sem prejuízo do exame de compatibilidade das despesas com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.**

§ 2º Sempre que a assinatura do contrato ocorrer em exercício diverso daquele em que for publicado o edital, deverá ser precedida da **atualização dos estudos e demonstrações** a que se referem os incisos I a IV do caput deste artigo.

§ 3º As concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica.

§ 4º **Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto**, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica”. (grifos nossos)

Como se depreende da letra expressa do dispositivo, a autorização para a realização do certame deve fundamentar-se em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante **identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal**, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa;

e quando for o caso, **a observância dos limites e condições decorrentes da Lei de Responsabilidade Fiscal**, pelas obrigações assumidas pela Administração Pública em relação à Concessão.

A uma simples análise dos estudos técnicos que baseiam a Licitação (fornecidos pelo CIVAP em seu *site* oficial), verifica-se de forma absolutamente inequívoca que tais requisitos não estão satisfatoriamente atendidos. Não há qualquer justificativa da razão pela qual foi escolhida uma PPP administrativa (e não uma patrocinada ou uma concessão comum), inexistindo qualquer informação referente à observância à Lei de Responsabilidade Fiscal por parte dos 14 Municípios que figuram como poder concedente.

Muito ao contrário, o que se tem é a indicação de uma solução tecnológica de alto custo, totalmente inusual no país, adotada por Municípios de pequeno porte, muitos dos quais com menos de 10.000 habitantes. Não há qualquer exame da situação orçamentária e fiscal desses Municípios e dos impactos que a Concessão lhes acarretará por 30 anos, para a demonstração, inclusive, da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços concedidos.

Tampouco foi satisfatoriamente apresentada estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento do contrato por parte Administração Pública. O item 7.1 do edital dispõe que “As despesas decorrentes da execução do CONTRATO correrão por conta da dotação orçamentária indicada no item 27.1 do contrato”. A Cláusula 27 do contrato, por seu turno, estabelece que:

“CLÁUSULA 27. DOS RECURSOS DE PODER CONCEDENTE PARA PAGAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO

27.1. As despesas decorrentes da execução deste CONTRATO correrão por conta da dotação orçamentária: ficha 33 - funcional 18.130.0010.2012.0000 - natureza 3.3.90.39, no exercício de 2021.

27.2. Os recursos para o pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO PECUNIÁRIA MENSAL, pelo PODER CONCEDENTE, durante a vigência do CONTRATO, advirão de dotações orçamentárias específicas, a serem incluídas nos orçamentos municipais dos exercícios seguintes”.

Como se vê, a indicação é dos recursos do “poder concedente”, ou seja, dos 14 Municípios indicados como tal no próprio Edital. No entanto, a Subcláusula 27.1 aponta apenas uma dotação orçamentária – de qual ente, exatamente? Se do CIVAP,

não está correto, uma vez que o poder concedente não é o CIVAP (este é apenas o “contratante”, mas os recursos advirão dos Municípios), conforme, reitere-se, as definições do próprio Edital. Então, onde estão e quais são as 14 dotações orçamentárias dos 14 Municípios?

Note-se também que o Edital dispõe, em seu item 7.2.1, que “Os recursos financeiros advirão de contratos de rateio a serem firmados entre o CIVAP e os municípios participantes da licitação”. De fato, de acordo com a Lei federal nº 11.107/2005 (Lei de Consórcios Públicos), os contratos de rateio são os instrumentos pelos quais os Municípios repassam valores para o CIVAP para que este, como contratante, efetue os pagamentos assumidos.

Entretanto, não há qualquer indicação de que esses contratos de rateio serão efetivamente assinados (saliente-se: pelos 14 Municípios), em que proporcionalidade, e se há previsões e dotações orçamentárias suficientes, em todos os entes municipais, para as vultosas obrigações a serem honradas em decorrência da Concessão.

Cumprе ressaltar, ainda, outro aspecto da maior relevância: não há qualquer informação, nos estudos e documentos integrantes do Edital e seus anexos, sobre qual a situação da cobrança pelos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos nos 14 Municípios e quais recursos que serão utilizados – se gerais, advindos de impostos, ou se específicos, originários de taxas ou tarifas cobradas dos usuários finais.

Outro ponto que merece destaque quanto às condições necessárias à instauração do certame: conforme dispõe o § 4º acima transcrito, **“Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto”**.

Tal como já mencionado no tópico anterior, a Modelagem Técnica fornecida pelo CIVAP é não apenas genérica como imprecisa, partindo de premissas distintas das estabelecidas no Edital (considerando, por ex., 16 Municípios e percentuais de metas distintas). Chama a atenção que metade do documento denominado Modelagem do Projeto Técnico-Operacional é a proposta de um fornecedor específico de equipamentos elétricos, como se esta fosse uma especificação técnica com nível de detalhamento de anteprojeto de toda a Concessão.

Ademais, conforme também já acentuado, o Termo de Referência e Especificações Técnicas (Anexo II do Edital), que deveria ser o norteador técnico-

operacional e de valor de investimentos mais importante, são um documento de meras 4 páginas e informações completamente gerais.

Verifica-se, portanto, que, embora tenham sido realizadas audiência e consulta pública e existam Diretrizes Ambientais no Edital (Anexo V), todas as demais condições do art. 10 da Lei de PPPs não foram devidamente cumpridas, o que compromete indubitavelmente a validade da Licitação, a qual não poderia sequer ter sido instaurada.

(iii) Ausência de condições de validade para a contratação de concessão de saneamento básico – Lei de Saneamento

Como é de amplo conhecimento, os serviços públicos de manejo de resíduos sólidos integram o saneamento básico, sendo-lhes aplicável, portanto, a Lei de Saneamento – Lei esta que sofreu importantes alterações em 2020, por meio da Lei federal nº 14.026, denominando-se o Novo Marco Legal do Saneamento.

Assim, além dos requisitos da Lei de PPPs, também devem ser cumpridas as condições da Lei de Saneamento, conforme se segue:

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

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a **existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira** da prestação dos serviços, **nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;**

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

IV - a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato.

V - a **existência de metas e cronograma de universalização** dos serviços de saneamento básico.

§ 1º **Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico.**

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 3º Os contratos não poderão conter cláusulas que prejudiquem as atividades de regulação e de fiscalização ou o acesso às informações sobre os serviços contratados.

§ 4º Na prestação regionalizada, o disposto nos incisos I a IV do caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo poderá se referir ao conjunto de municípios por ela abrangidos.

§ 5º Fica vedada a distribuição de lucros e dividendos, do contrato em execução, pelo prestador de serviços que estiver descumprindo as metas e cronogramas estabelecidos no contrato específico da prestação de serviço público de saneamento básico”.

Ademais, o art. 10-A também estabelece outros requisitos obrigatórios:

“Art. 10-A. Os contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico **deverão conter, expressamente, sob pena de nulidade**, as cláusulas essenciais previstas no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, além das seguintes disposições:

I - **metas de expansão dos serviços**, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reúso de efluentes

sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os serviços a serem prestados;

II - possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reúso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o contratante e o contratado, caso aplicável;

III - **metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato;** e

IV - repartição de riscos entre as partes, incluindo os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”.

À luz dessas disposições – relativas, frise-se, a condições obrigatórias de validade da contratação –, infere-se claramente que a Licitação não atende a muitos desses requisitos essenciais, razão pela qual a futura contratação respectiva será nula de pleno direito.

Tais as flagrantes ilegalidades no presente caso:

a) Os estudos prévios não comprovam, por si sós, “**a viabilidade técnica e econômico-financeira** da prestação dos serviços”, muito menos “**nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico**” – conforme já mencionado, os estudos de viabilidade são genéricos e não demonstram a justificativa real, inclusive quanto ao *Value for money*, para as soluções técnicas adotadas, muito menos apontam a viabilidade econômico-financeira, para os 14 Municípios, da Concessão tal como modelada.

Ademais, como se percebe ao examinar os 14 Planos Municipais de Gerenciamento de Resíduos Sólidos dos Municípios (não uniformes entre si, outro problema que será abordado mais adiante), não se constata a compatibilidade entre os estudos e os Planos, alguns dos quais sequer aventam a solução proposta nos estudos.

Também o § 1º acima transcrito estabelece que “**Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico**”, o que tampouco existe no presente caso.

Para ilustrar esse fato, note-se, por ex., o Plano Municipal de Santa Cruz do Rio Pardo, um dos 14 Municípios ora concedentes – indica-se que a destinação

final de seus resíduos é realizada em aterro sanitário, apontando-se no prognóstico que essa solução será mantida, não havendo previsão da solução adotada para a Concessão.

b) Ausência de designação ou qualquer menção a entidade reguladora – esse é uma das lacunas mais flagrantes do Edital e da Minuta de Contrato de Concessão, sendo contrária não apenas à letra expressa da Lei, mas a todas as boas práticas que vêm se consolidando no país para o aprimoramento do saneamento básico.

É notória a obrigatoriedade de ente regulador na prestação dos serviços de saneamento básico, em qualquer regime e especialmente por meio de contrato de concessão (condição de validade).

Não bastasse a clareza do art. 11, III, acima transcrito, também o art. 21, da mesma Lei de Saneamento, versa que: “**A função de regulação, desempenhada por entidade de natureza autárquica dotada de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira**, atenderá aos princípios de transparência, tecnicidade, celeridade e objetividade das decisões”.

Ou seja, o ente regulador deve ser independente e autônomo, daí se inferindo que tal função não pode ser exercida pelo mesmo ente contratante ou poder concedente, os quais, naturalmente, não teriam a imprescindível independência para tanto.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já se posicionou a respeito da matéria:

“Bem por isso que a Lei 11.445/07 – a qual estabelece as diretrizes para o saneamento básico, entre outras formalidades, **impõe que são condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico a existência de norma de regulação que prevejam os meios para cumprimento das diretrizes dessa lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização**”. (Processos nº 12948.989.18-1 e 12991.989.18-7, Rel. Cons. Cristiana de Castro Moraes) – (grifos nossos)

Causa estranheza que tenha sido estipulado na Minuta do Contrato de Concessão (Anexo III ao Edital), como um dos “direitos” do poder concedente, “Delegar, total ou parcialmente, as competências de regulação, supervisão e fiscalização do CONTRATO a outro ente ou órgão da Administração Pública” (Subcláusula 18.1.3).

Ora, essa cláusula contratual é inadequada, sob a ótica legal. A designação de ente regulador não se trata de direito, mas, sim, de **dever** expressamente estabelecido em Lei. E mais, a referida cláusula permite a delegação “total ou parcial”, bem como prevê ser essa uma prerrogativa do “poder concedente”, ou seja, de cada um dos 14 Municípios do CIVAP que aderiram à Concessão.

Ou seja, além de se publicar um Edital sem condições essenciais de validade, ainda se prevê a “possibilidade” de delegação da regulação para ente regulador, de forma totalmente aleatória (“total ou parcial”) e ainda podendo ser feita por um Município e por outro não, ou por cada um de uma forma diferente e para ente distinto.

Essas previsões são absolutamente incompatíveis com toda a legislação aplicável ao saneamento básico, inclusive, também, com o Decreto federal nº 10.588/2020, que regulamenta a prestação regionalizada (como a gestão associada por meio de consórcio público, tal como o CIVAP), exigindo, em seu art. 2º, “uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização” nos casos de prestação regionalizada.

Portanto, no presente caso, não só a designação de entidade reguladora independente e autônoma, já na Minuta do Contrato de Concessão, é fundamental, como é imprescindível que seja o mesmo ente para toda a prestação regionalizada dos serviços, em todos os 14 Municípios abrangidos.

Desse modo, não havendo qualquer designação de ente regulador independente e autônomo no Edital, a Licitação está absolutamente maculada, não havendo condições de validade para a assinatura do futuro contrato.

c) Outra inobservância flagrante à Lei de Saneamento refere-se à **inexistência de metas e cronograma de universalização** dos serviços de saneamento básico – o que se tem, em realidade, são informações dissonantes e totalmente vagas, não apenas para a futura prestação dos serviços, como até mesmo para a elaboração da proposta pelos licitantes.

O Edital indica que o percentual de disposição final de resíduos em aterro deve ser de até 15% - número bastante desafiador, sendo que não se estabelece qualquer cronograma ou metas gradativas para que esse percentual seja atingido. Aliás, não há sequer justificativa para esse número, uma vez que, conforme já mencionado, os estudos técnicos indicam outro percentual.

Inexiste, na Minuta de Contrato ou em qualquer outro documento editalício, a **inclusão das metas progressivas e graduais de expansão dos serviços**, muito menos “**em conformidade com os serviços a serem prestados e com o respectivo plano de saneamento básico**”, inclusive porque cada um dos 14 Planos Municipais apresenta informações distintas entre si, sem uniformidade. Reitere-se ainda que o Anexo VII, embora se denomine “Metas e Obrigações”, é totalmente vago e não indica absolutamente qualquer progressividade ou gradação de metas referentes aos serviços.

Trata-se, portanto, de ausência de outra condição de validade para a contratação ora licitada.

d) Quanto às **condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços**, tal como já informado, não se encontram essas informações nos estudos ou no Edital e seus anexos – simplesmente porque **inexiste qualquer demonstração dessa sustentabilidade**.

Saliente-se que, em se tratando de concessão administrativa, não haverá cobrança de tarifa dos usuários finais por parte da futura concessionária. Esta receberá sua remuneração por meio de contraprestação pecuniária a ser paga pelo CIVAP, com recursos repassados por meio de contratos de rateio dos 14 Municípios. Estes, por sua vez, devem necessariamente dispor de recursos orçamentários suficientes para cumprir com as obrigações contratuais e também observar as regras de responsabilidade fiscal.

E onde, na Minuta de Contrato de Concessão (ou qualquer outro documento) se encontram tais condições e dados? Em absolutamente nenhum documento – o que torna nulas a Licitação e a futura contratação pretendida.

e) Em relação aos **mecanismos de controle social nas atividades de planejamento, regulação e fiscalização dos serviços**, trata-se de outra condição de validade do contrato não só descumprida, mas absolutamente ignorada.

Mais uma vez não se encontra em qualquer documento da Licitação a previsão desses mecanismos, sequer uma menção abstrata dos estudos da Modelagem Jurídica. Mais uma mácula evidente do certame.

f) Outro ponto que, nos termos do art. 10-A supratranscrita, deve constar do contrato de concessão, sob pena de nulidade: a **metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato**.

No entanto, trata-se de mais uma condição descumprida e absolutamente ausente, a impedir o prosseguimento da Licitação.

(iv) Ausência de planejamento uniforme e compatível com o modelo adotado para a Concessão

Consoante mencionado acima, 14 Municípios integrantes do CIVAP aderiram à Concessão ora licitada, e, de acordo com os documentos disponibilizados, cada qual possui seu Plano Municipal de Resíduos Sólidos, fato que em nada contribui para a segurança jurídica e para a boa prestação dos serviços pela futura concessionária, interferindo frontalmente com a compatibilidade entre os planos de investimento e soluções propostas no Edital e o conteúdo de tais Planos, distintos entre si.

Como se sabe, o Novo Marco Legal do Saneamento traz incentivos à prestação regionalizada dos serviços. Nesse passo, o art. 13 da Lei federal nº 14.046/2020, que estabeleceu o Novo Marco, previu que decreto presidencial disporá sobre o apoio técnico e financeiro da União para adaptação dos serviços públicos, observados os seguintes critérios: “adesão pelo titular a mecanismo de prestação regionalizada”; “estruturação da governança de gestão da prestação regionalizada” e “elaboração ou atualização dos planos regionais de saneamento básico.”

Desse modo, foi publicado em dezembro de 2020 o Decreto federal nº 10.588, cujo art. 2º dispõe que “a prestação regionalizada de serviços de saneamento visa à geração de ganhos de escala e à garantia da universalização e da viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços, **com uniformização do planejamento, da regulação e da fiscalização.**” (grifo nosso)

Isto é, o arcabouço normativo hoje vigente, ao incentivar a prestação regionalizada dos serviços, leva em consideração justamente a necessidade imperiosa de uniformização do planejamento – o que significa dizer que o modelo mais eficaz e técnica e economicamente mais viável é aquele que se desdobra a partir de um plano integrado dos serviços, o qual servirá de balizador uniforme para a prestação regionalizada por meio de um só instrumento (no presente caso, uma só Concessão).

Todavia, o que se tem no caso concreto é exatamente o oposto da “uniformização” expressamente determinada: 14 Planos Municipais de Resíduos Sólidos, que naturalmente não convergem entre si e que, portanto, ainda não atendem ao que se

espera a partir do Novo Marco Legal. Não bastasse a diferença entre 14 diagnósticos e prognósticos distintos para os serviços em cada Município, reitere-se que mesmo cada Plano em si muitas vezes não prevê as diretrizes que foram adotadas nos estudos e na Licitação. Ou seja: não estão em conformidade à legislação aplicável ao setor de saneamento básico.

Vale mencionar um importante detalhe quanto a esse ponto: como se pode verificar da análise dos 14 Planos Municipais citados, muitos deles (não todos) foram elaborados com apoio do CIVAP. O que definitivamente não significa uniformização ou integração de planejamento, que fique claro. O CIVAP apoiou a elaboração de parte dos 14 Planos (não todos), mas tais Planos são inequivocamente Municipais, dizendo respeito às soluções individuais dos respectivos Municípios.

Tanto é assim que, no preâmbulo desses Planos elaborados com apoio do CIVAP, consta expressamente a informação de que cada um desses documentos “é parte integrante do processo de elaboração do Plano Intermunicipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos que será elaborado pelo Consórcio Intermunicipal do Vale do Paranapanema – CIVAP, para cumprimento da Política Nacional de Resíduos Sólidos – PNRS”.

Ou seja, está expressamente declarado que a necessária uniformização, por meio de um Plano Intermunicipal, ainda não se realizou, não estando cumprido não apenas o Novo Marco Legal do Saneamento (como apontado acima), como tampouco a Política Nacional de Resíduos Sólidos, como expressamente informado.

Note-se que só foram disponibilizados, para a Licitação, os 14 Planos Municipais, inexistindo, portanto, o referido Plano uniformizado e integrado. De igual forma, os estudos de viabilidade que serviram de base à modelagem da Concessão também não consideraram um planejamento uniforme, propondo uma solução inusual que não tem por diretriz nem os Planos Municipais isolados nem qualquer planejamento uniforme e integrado entre os 14 Municípios.

Essas discrepâncias de planejamento evidenciam ainda mais a total insegurança jurídica da Licitação. Além de não estarem presentes condições de validade expressamente fixadas em Lei, nota-se claramente o não engajamento uniforme dos poderes concedentes com o modelo a ser concedido.

Há, inclusive, decisões administrativas de alguns Municípios isolados que destoam claramente da “uniformização” de planejamento para a adoção de uma solução regionalizada.

Como exemplo, pode-se citar o Decreto nº 116, de maio de 2020 (bastante recente), do Município de Santa Cruz do Rio Pardo, pelo qual se atribui a prestação dos serviços de destinação final de resíduos sólidos à autarquia municipal CODESA – Serviços e Obras.

Já em Paraguaçu Paulista, outro dos 14 Municípios, foi publicada em 2017 a Lei nº 3.167, pela qual se ratifica sua adesão (anos depois da adesão ao CIVAP) ao Consórcio Intermunicipal de Resíduos Sólidos do Oeste Paulista, para a gestão associada de tais serviços com outros entes municipais distintos do CIVAP.

Percebe-se, portanto, que inexistente uniformização de planejamento e sinergia entre os 14 Municípios para a contratação da Concessão suficiente a proporcionar a necessária segurança jurídica para todos os envolvidos.

(v) Ausência de Sustentabilidade Econômico-Financeira e Cobrança Específica

O Novo Marco Legal do Saneamento determina a cobrança específica pelos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos, a qual deve assegurar plenamente sua sustentabilidade econômico-financeira, com recuperação total dos custos e a eficiência da operação, entre outros pilares. Assim, a Lei de Saneamento dispõe que:

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

[...]

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

[...]”.

“Art. 35. [...]

§ 2º A não proposição de instrumento de cobrança pelo titular do serviço nos termos deste artigo, no prazo de 12 (doze) meses de vigência desta Lei, configura renúncia de receita e exigirá a comprovação de atendimento, pelo titular do serviço, do disposto no art. 14 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, observadas as penalidades constantes da referida legislação no caso de eventual descumprimento”. (grifos nossos)

Como é sabido, muitos dos municípios brasileiros não realizam, atualmente, a cobrança específica pelos serviços públicos de manejo de resíduos sólidos, ou a realizam de forma insuficiente à recuperação total dos custos incorridos e ao aprimoramento da prestação, conforme dados oficiais do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS.

O Novo Marco Legal trouxe a obrigatoriedade da proposição dessa cobrança, pelos municípios, até 15 de julho de 2021, sendo que o não atendimento a essa determinação configurará renúncia de receita e exigirá a observância de regras rigorosas da Lei de Responsabilidade Fiscal.

No caso em apreço, o CIVAP instaurou a Licitação envolvendo 14 Municípios, sendo que não há qualquer demonstração, nos estudos e nos documentos licitatórios, dos recursos públicos que serão utilizados para o pagamento da contraprestação pecuniária à futura concessionária. Não há qualquer indicativo da cobrança específica dos serviços de manejo por tais Municípios e de sua situação orçamentária, o que se torna ainda mais grave ao se perceber que as soluções adotadas para a Concessão estão longe de ser as mais vantajosas economicamente, não tendo havido qualquer demonstração de *Value for Money* do modelo.

Não há qualquer informação, portanto, quanto à cobrança de taxas ou tarifas, pelos 14 Municípios, que assegurem a sustentabilidade econômico-financeira dos serviços que se pretende conceder por meio de parceria público-privada. Existe, sim, o risco bastante real (e iminente) de que a situação de tais Municípios configurem renúncia de receitas e irresponsabilidade fiscal, com severas consequências que afetam diretamente a Licitação e a Concessão.

Mostra-se inadmissível, portanto, que a máquina administrativa e as empresas do setor se mobilizem para um certame que já nasce comprometido em suas bases e com a probabilidade de gerar nefastas consequências para contratantes

e contratado. Não pode prosperar e ter seguimento um procedimento licitatório nesses termos, em ostensiva afronta às normas legais aplicáveis.

(vi) Inexistência de Contrato de Interdependência

Como se constata a uma simples leitura do Edital, o objeto da Concessão é a prestação dos serviços de tratamento e destinação final de resíduos sólidos, não englobando os serviços de coleta e transporte, os quais permanecerão sob a responsabilidade dos respectivos 14 Municípios.

Tem-se, assim, que da cadeia de serviços que compõem o manejo de resíduos sólidos, uma parte das atividades será executada por um prestador (municipais ou seus terceirizados), e a outra parte por outro prestador (a futura concessionária). Tais atividades são estritamente interdependentes, uma vez que, para o tratamento e a destinação final dos resíduos, é fundamental que estes sejam coletados e transportados (pelos Municípios) até a central de tratamento que será operada pela concessionária.

A Lei de Saneamento disciplina expressamente situações como essa, em seu art. 12, a saber:

“Art. 12. Nos serviços públicos de saneamento básico em que mais de um prestador execute atividade interdependente com outra, a relação entre elas deverá ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e de fiscalização.

§ 1º A entidade de regulação definirá, pelo menos:

- I - as normas técnicas relativas à qualidade, quantidade e regularidade dos serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos;
- II - as normas econômicas e financeiras relativas às tarifas, aos subsídios e aos pagamentos por serviços prestados aos usuários e entre os diferentes prestadores envolvidos;
- III - a garantia de pagamento de serviços prestados entre os diferentes prestadores dos serviços;
- IV - os mecanismos de pagamento de diferenças relativas a inadimplemento dos usuários, perdas comerciais e físicas e outros créditos devidos, quando for o caso;
- V - o sistema contábil específico para os prestadores que atuem em mais de um Município.

§ 2º O contrato a ser celebrado entre os prestadores de serviços a que se refere o caput deste artigo deverá conter cláusulas que estabeleçam pelo menos:

- I - as atividades ou insumos contratados;
- II - as condições e garantias recíprocas de fornecimento e de acesso às atividades ou insumos;
- III - o prazo de vigência, compatível com as necessidades de amortização de investimentos, e as hipóteses de sua prorrogação;
- IV - os procedimentos para a implantação, ampliação, melhoria e gestão operacional das atividades;
- V - as regras para a fixação, o reajuste e a revisão das taxas, tarifas e outros preços públicos aplicáveis ao contrato;
- VI - as condições e garantias de pagamento;
- VII - os direitos e deveres sub-rogados ou os que autorizam a sub-rogação;
- VIII - as hipóteses de extinção, inadmitida a alteração e a rescisão administrativas unilaterais;
- IX - as penalidades a que estão sujeitas as partes em caso de inadimplemento;
- X - a designação do órgão ou entidade responsável pela regulação e fiscalização das atividades ou insumos contratados.

§ 3º Inclui-se entre as garantias previstas no inciso VI do § 2º deste artigo a obrigação do contratante de destacar, nos documentos de cobrança aos usuários, o valor da remuneração dos serviços prestados pelo contratado e de realizar a respectiva arrecadação e entrega dos valores arrecadados.

§ 4º No caso de execução mediante concessão de atividades interdependentes a que se refere o caput deste artigo, deverão constar do correspondente edital de licitação as regras e os valores das tarifas e outros preços públicos a serem pagos aos demais prestadores, bem como a obrigação e a forma de pagamento”.

Como se verifica, sendo interdependentes as atividades, a relação entre o prestador da coleta e do transporte e o prestador do tratamento e da destinação final **“deverá” (trata-se de obrigação legal) ser regulada por contrato e haverá entidade única encarregada das funções de regulação e de fiscalização**. Trata-se do conhecido **contrato de interdependência**, expressamente disciplinado na Lei de Saneamento.

Uma vez que se trata de obrigação legal, a previsão da assinatura desse contrato de interdependência deveria ser expressa já no Edital da Licitação, e mais: sua minuta deve constar como anexo ao Edital, para que seus termos sejam devidamente

conhecidos por todos os potenciais licitantes, inclusive para dimensionamento de riscos a serem considerados na elaboração das propostas.

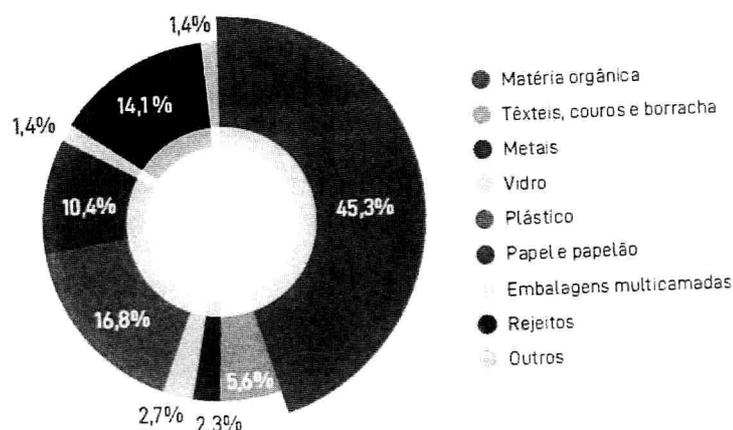
No presente caso, não só não existe tal contrato de interdependência (nem por menção), como não há qualquer especificação detalhada de como se dará essa relação operacional entre diversos prestadores, não obstante a execução de uma atividade impactar diretamente na da outra.

Além de o contrato de interdependência em si ser uma obrigação (e com o conteúdo mínimo determinado na Lei), também deve haver um mesmo ente regulador, para funções de regulação e fiscalização – no presente caso, contudo, sequer existe ente regulador para o contrato de concessão, inexistindo também para o contrato de interdependência, este também inexistente, embora obrigatório. Como se vê, as ilegalidades são diversas e atingem diversos aspectos da Licitação.

(vii) Insustentabilidade do projeto licitante. Ausência de informações seguras no Edital sobre a técnica de geração de energia a partir de resíduos sólidos

De início, é preciso apontar a composição gravimétrica apresentada pelo CIVAP é irreal quando se leva em consideração os dados de gravimetria brasileiros. A imagem abaixo, retirada do Panorama de Resíduos Sólidos no Brasil de 2020, apresenta valores maiores de matéria orgânica, e consideravelmente menores de têxteis, couros e borrachas.

No panorama brasileiro, estes últimos representam 5,6% do total dos resíduos produzidos, ao passo que no modelo adotado pelo CIVAP, são 18,72%. Quanto ao plástico, o panorama apresenta 16,8% no total, enquanto o modelo apresenta 15,1% de “outros plásticos” (plásticos “PET, PEAD e PEBD” foram retirados em triagem prévia e, portanto, não compõem o percentual).



Dessa forma, entende-se que o resíduo sólido urbano (“o RSU”) bruto considerado, em realidade, trata-se de RSU triado e numa perspectiva extremamente otimista em relação ao poder calorífico, com porcentagens longe da realidade de resíduos reconhecidamente combustíveis como têxteis, borrachas e pneus.

A acurácia da gravimetria no tratamento térmico de resíduos é de extrema importância, pois além de a energia necessária para secagem prévia aumentar, a produção de energia é reduzida, podendo inviabilizar tecnicamente o projeto.

Para a preparação de combustível derivado de resíduos (o “CDR”), ademais, é necessária planta de triagem, a qual, na perspectiva de atingir valores significativos de eficiência, deve contar com automatização sofisticada, impactando no valor de investimento da planta. A eficiência de triagem da coleta comum é conhecida entre 5% a 8%, conforme sua automatização. Assim sendo, é necessário que sejam expostos os valores de eficiência considerados na planta de triagem para verificação do balanço de massa e energia em relação à gravimetria da região.

De mais a mais, resíduos inertes não removidos na triagem fazem volume no rejeito da gaseificação. No modelo adotado na Licitação, são expostos valores contraditórios e otimistas para o rejeito do processo. É tecnicamente conhecido em plantas operacionais que o rejeito da incineração (processo em maior temperatura) é de cerca de 20 a 25%. Assim, o rejeito mencionado no projeto de cerca de 10% é muito otimista – irreal, a bem dizer.

Mas não é só. Os rejeitos de processos térmicos são separados em dois tipos: cinzas volantes (*fly ash*) e escória (*bottom ash*).

As cinzas volantes, consideradas de Classe I, são resultado do abatimento de gases por meio de filtros ou torres de lavagem, sendo necessários, portanto, esclarecimentos quanto ao seu dimensionamento, classificação conforme ABNT 10.004 e tratamento. É que os resíduos classificados como Classe I simplesmente não podem ser destinados em aterros sanitários para resíduos domiciliares.

Também em relação ao efluente gerado pela valorização dos resíduos, não está esclarecida no modelo adotado a metodologia de tratamento ou sua forma de reaproveitamento no sistema. É sabido que o tratamento em estação de tratamento de efluentes gera lodo, cuja destinação também não está esclarecida.

Quanto à escória, é preciso salientar que esta depende do teor de cinzas dos resíduos que entram no processo de gaseificação, estando o valor aquém do esperado, circunstância agravada por inconsistências na gravimetria da proposta.

Some-se a isso tudo a certeza de que, atualmente, não há no Brasil estudos disponíveis contemplando avaliação técnica, econômica e eficiência de processo em plantas de gaseificação de resíduos sólidos urbanos com geração de energia e em operação plena. Assim, os valores de eficiência de geração de energia e rejeito do projeto licitado estão baseados em testes e cálculos meramente teóricos. Tal valores devem ser verificados sob a ótica operacional e realista para que seja feita uma avaliação técnica e econômica com mais segurança e precisão.

Diante do exposto, conclui-se que os resíduos gerados pela valorização devem ser dispostos corretamente em locais licenciados adequadamente e ao rigor da lei. A indefinição da classificação desses resíduos imputa em valores adicionais de destinação e transporte não previstos no contrato, ou, caso a classificação permita ser destinado no aterro, comprometerá a vida útil projetada.

A modelagem tecnológica analisa os dados gravimétricos para definição do desempenho tecnologia da rota escolhida, a taxa de eficiência do tratamento, dimensionamento da tecnologia de queima e geração de energia. Uma incerteza da gravimetria impacta diametralmente no desempenho do projeto, no cumprimento do contrato e em sua viabilidade técnica e econômica.

(viii) Total inconsistência da garantia do parceiro público

De acordo com a Modelagem Econômico-Financeira do projeto, pretende-se garantir o pagamento da contraprestação pecuniária devida pelo CIVAP à concessionária com a constituição de conta garantia com valores advindos de repasses da arrecadação de ICMS e do FPM – Fundo de Participação dos Municípios. Nessa linha, a Minuta do Contrato de Concessão dispõe que:

“28.3. A conta vinculada receberá recursos advindos do repasse dos valores recebidos a título de FPM pelos MUNICÍPIOS participantes, bem como a participação dos MUNICÍPIOS no resultado da arrecadação do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e prestação de Serviços de transporte interestadual e intermunicipal e comunicação - ICMS”.

O Termo de Referência do Contrato de Garantia de Pagamento (Anexo VI ao Contrato), por sua vez, dispõe o seguinte:

“5. O CONTRATO DE GARANTIA conterá os seguintes termos e condições:
a) Autorização, por parte do PODER CONCEDENTE, para que o AGENTE FINANCEIRO INDEPENDENTE centralize, em conta segregada, de não movimentação (“Conta Centralizadora”), percentual das receitas de repasses constitucionais devidos pela União e pelo Estado de São Paulo, ao PODER CONCEDENTE, a título de direito de participação no Fundo de Participação dos Municípios – FPM (art. 159, I, “b”, “d” e “e” da Constituição Federal) e no produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (art. 158, IV, da Constituição Federal) (“Receitas Vinculadas”).”

A garantia oferecida – ou melhor, vagamente indicada, sem qualquer instrumento de constituição efetiva – pelo parceiro público é, no entanto, de manifesta inconsistência, comprometendo seriamente a segurança jurídica e financeira do projeto, de modo a tornar pouco atrativa a PPP para as empresas eventualmente interessadas.

Embora a garantia do parceiro público não seja exatamente uma obrigação legal, é mais que sabido, de acordo com as melhores práticas já consolidadas, que não existe parceria público-privada sem uma robusta garantia pública constituída. Inclusive por razões claras de interesse público: caso não haja uma boa garantida, os licitantes necessariamente precificarão o risco de inadimplência da contraprestação que lhe

é devida, sendo que ofertarão propostas mais caras e menos vantajosas à Administração Pública.

A garantia do parceiro público, portanto, adquire enorme relevância, o que se verifica nas diversas PPPs em que modalidades cada vez mais consistentes são apresentadas – inclusive sendo sua constituição uma condição para a assinatura do contrato de concessão ou para sua eficácia.

No presente caso, além de todas as inconsistências e fragilidades já pontadas, inclusive econômico-financeiras, a conta garantia indicada nos documentos licitaórios é totalmente abstrata, não havendo sequer prazo estabelecido para que seja efetivamente constituída.

E sejamos realistas: a constituição de uma garantia séria e eficaz já é algo complexo, ainda mais quando envolve nada mais nada menos que 14 Municípios, sendo que a situação orçamentária, fiscal e financeira desses Municípios sequer foi devidamente avaliada para a instauração da Licitação. Ou seja, está mais do que evidente que a indicação da garantia do parceiro público é letra morta e assim deve permanecer ao longo da execução contratual (cogitando-se por mera hipótese que esta venha a prosperar, o que seria completamente temerário).

Não bastasse isso, saliente-se também que são indicados abstratamente, como recurso que algum dia comporão a conta garantia, receitas advindas de repasses de ICMS e FPM. No entanto, no julgamento da ADI 553-RJ, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inconstitucional a vinculação de receitas tributárias a fundo destinado a projetos de desenvolvimento de pequenas e médias empresas. Estava em análise pela Suprema Corte, na ocasião, dispositivo da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que criava o Fundo de Desenvolvimento Econômico, para o qual seriam destinados 10% (dez por cento) do total anualmente transferido para o Estado, proveniente do Fundo de Participação dos Estados, previsto no artigo 159, inciso I, letra 'a', da Constituição da República.

O STF julgou inconstitucional o dispositivo em razão da afronta ao artigo 167, IV, da Constituição Federal. Segundo trecho do voto da relatora, ministra Carmen Lúcia:

“O art. 226, § 1º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro determina a vinculação de parte da arrecadação destinada ao Fundo de Participação dos

Municípios e dos Estados à promoção de projetos de micro e pequenas empresas daquela entidade. O art. 167, inc. IV, da Constituição da República veda, expressamente, a vinculação da receita de impostos a órgãos, fundos ou despesas, excepcionadas as seguintes situações: a) repartição do produto da arrecadação dos impostos dos arts. 158 e 159; b) destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária; c) prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º; e d) prestação de garantia ou contragarantia e à União e pagamento de débitos para com ela. O disposto na Constituição do Estado do Rio de Janeiro não está previsto entre as situações autorizadas para vinculação pela Constituição da República, demonstrando-se a incompatibilidade entre as normas, traduzida pela inconstitucionalidade do dispositivo da Constituição estadual.”

Importante esclarecer, nessa linha do entendimento do STF, que a não vinculação das receitas de impostos a órgão, fundo ou despesa alcança inclusive a parcela transferida aos entes federados por força do artigo 159 da CF. Isto é, **mesmo após entregue pela União o percentual do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados nos termos citado dispositivo para composição do Fundo de Participação dos Municípios, vige a regra constitucional da não vinculação orçamentária para qualquer destinação específica.**

Em outras palavras, de acordo com a decisão do Supremo, o imposto não se desnatura após a transfrência ao FPM, sendo mantida, destarte, a regra da não vinculação. Em assim sendo, o Município não pode atrelar referidos recursos a qualquer destinação, como no caso um contrato de PPP.

Nesse sentido, importante trazer à baila o entendimento de Wallace Paiva Martins Junior¹:

“A interpretação constitucional revela que para a entidade dotada de competência tributária a destinação de parcela da receita oriunda de seus impostos é vinculada às entidades políticas beneficiadas com a participação na arrecadação, e não que a titularidade ou o ingresso da receita daí partilhada na entidade beneficiada possa ser por ela vinculada, salvo aquela oriunda dos arts.

¹ Princípio da Não Afetação. In: CONTI, José Maurício; SCAFF, Fernando Facury. Orçamentos Públicos e Direito Financeiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 865

198, §2º, e 212 da CF e se tratando de receita resultante da arrecadação e participação de imposto estadual (como o ICMS, por exemplo) a sua afetação (ou vinculação) só é admitida nas hipóteses constitucionalmente previstas. **Ora, como a regra é a não afetação da receita de impostos, não há espaço tampouco para arguição de sua inaplicabilidade em razão de a receita repassada ao Município por conta de repasse de parcela do ICMS não se referir a tributo da competência tributária municipal. Para o efeito do alcance do princípio da não afetação é irrelevante se a receita é oriunda de impostos de competência própria ou alheia (isto é, resultante da participação). A fórmula constitucional expressiva da regra da não afetação não menciona ‘vinculação de impostos’, mas, e com maior dimensão, ‘vinculação da receita de impostos’, o que abrange, destarte, a arrecadação tributária própria ou partilhada.** De fato, o dado relevante é a consideração do ingresso decorrente da participação do produto de impostos de outro ente tributante (transferência corrente), é como receita pública derivada de natureza tributária, pois, obtida a partir de obrigação legal que grava o patrimônio particular e transfere suas riquezas ao Estado – perfeitamente amoldada ao conceito de tributo constante do art. 3º do CTN. Recorde-se que, como salientado em julgamentos do STF, é ‘irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos.’ (grifos nossos)

Especificamente sobre a vinculação do ICMS a despesas contraídas pelos entes federativos, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no mesmo sentido:

“IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS – MAJORAÇÃO DE ALÍQUOTA – VINCULAÇÃO DA DIFERENÇA A ÓRGÃO, FUNDO OU DESPESA. A teor do disposto no inciso IV do artigo 167 da Constituição Federal, é vedado vincular receita de impostos a órgão, fundo ou despesa. Inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º da Lei nº 10.983/97, do Estado do Rio Grande do Sul ” (RE 419.795-AgR, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 25.3.2011).

A jurisprudência da Suprema Corte, como se vê, **sinaliza a impossibilidade de utilização das duas fontes de receitas que os documentos da Licitação do CIVAP aponta como garantias para o cumprimento das obrigações contraídas pelo parceiro público**, o que significa dizer que a garantia pública, no presente caso, não oferece absolutamente qualquer segurança aos eventuais participantes do certame.

Reitere-se que, em projetos dessa envergadura, é essencial o oferecimento de garantia à concessionária privada que demonstre a real capacidade do contratante público de honrar com seus compromissos. No caso em exame, é bom lembrar que a futura concessionária não disporá de receitas tarifárias, **mas única e exclusivamente da contraprestação pecuniária a ser paga pelo parceiro público**, cuja fonte, como se viu, está pretensamente protegida por garantias já desqualificadas pela jurisprudência do STF.

Por tais razões, impõe-se a reformulação dos termos do Edital neste aspecto, de modo a que sejam apresentadas garantias efetivas de que o parceiro público irá honrar com os seus compromissos.

(ix) Inexistência de relação dos bens reversíveis

O Edital prevê, em seu item 3.1, que “a CONCESSIONARIA deverá se responsabilizar pelos imóveis e os bens móveis que lhe eventualmente sejam transferidos por força do presente CONTRATO, conforme o inventário a ser realizado pelo PODER CONCEDENTE em até 60 (sessenta) dias após a assinatura do CONTRATO.”

A Minuta do Contrato de Concessão (Anexo III do Edital), por seu turno, dispõe o seguinte:

“8.1. A CONCESSÃO ADMINISTRATIVA será integrada pelos bens que lhe estão vinculados, considerados como as instalações, equipamentos, máquinas, aparelhos, edificações, acessórios, necessários à adequada execução dos SERVIÇOS, incluindo as ÁREAS e os demais bens que venham a ser adquiridos, cedidos ou construídos pela CONCESSIONÁRIA, ao longo do período da CONCESSÃO ADMINISTRATIVA.

8.1.1. Na data da assunção dos SERVIÇOS, as PARTES deverão assinar o Termo de Arrolamento e Transferência dos Bens, que relacionará todos os bens vinculados à CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, que serão entregues pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA”.

De saída há, como se pode facilmente perceber, uma clara divergência entre os dois documentos. O instrumento convocatório prevê que um inventário para levantamento dos bens será feito em até 60 dias após a assinatura do contrato, ao passo que

a Minuta do Contrato estabelece que, da data da assunção dos serviços (ou seja, na própria data da assinatura, conforme previsto), as partes contratantes deverão assinar um Termo com a relação de tais bens.

Não fosse o bastante, o Edital descumpre frontalmente a Lei de Concessões, que em seu art. 18 determina de forma expressa que **o Edital conterà “a indicação dos bens reversíveis”**.

No presente caso, todavia, não há qualquer relação de bens reversíveis, de sorte que é impossível aos licitantes conhecer quais bens serão entregues pelo poder concedente a serem utilizados pela concessionária durante a prestação dos serviços concedidos, assim como não é sabido quais os bens, entre aqueles a serem implantados e/ou adquiridos pela concessionária, que deverão ser revertidos ao final do contrato.

Além do descumprimento flagrante de exigência legal, há que se ressaltar outro ponto de grande relevância: a ausência da indicação dos bens reversíveis impacta diretamente na elaboração das propostas pelas licitantes, uma vez que não são disponibilizadas todas as informações necessárias e os devidos dimensionamentos relativos a investimentos e amortizações, já que não se sabe o que lhe será transferido no início do contrato e o que deverá ser revertido ao final do contrato.

Trata-se, portanto, de grave mácula a comprometer a Licitação e os princípios elementares da igualdade, da objetividade e da competitividade, além da ostensiva afronta a dispositivo expresso de Lei.

(x) Ilegalidade das exigências de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes

Os itens 17.12 e 17.14 do Edital dispõem que:

“17.12. A PROPONENTE deverá comprovar por meio do balanço patrimonial indicado no item anterior, possuir patrimônio líquido de, no mínimo, R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais).

[...]

17.14. O PROPONENTE deverá apresentar comprovante de GARANTIA DE PROPOSTA, no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais),

com prazo mínimo de 120 (cento e vinte) dias, além da validade da proposta, em qualquer uma das seguintes modalidades: [...]”.

Tais dispositivos desobecem claramente, de início, a regra expressa do art. 31, § 2º, da Lei de Licitações, que assim versa:

“§ 2º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado”.

Veja-se, portanto, que o dispositivo supratranscrito possibilita a exigência de três formas alternativas para a comprovação de qualificação econômico-financeira dos licitantes, quais sejam, o capital mínimo, o patrimônio líquido ou alguma das garantias previstas no § 1º do art. 56 da referida Lei.

A matéria, a propósito, está pacificada no âmbito do Tribunal de Contas da União, que editou a Súmula 275 com o seguinte teor:

“Para fins de qualificação econômico-financeira, **a Administração pode exigir das licitantes, de forma não cumulativa, capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantias** que assegurem o adimplemento do contrato a ser celebrado, no caso de compras para entrega futura e de execução de obras e serviços”. (grifos nossos)

No Superior Tribunal de Justiça, também existe interpretação consolidada no mesmo sentido:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PREGÃO. LEIS Nºs 8.666/93 E 10.520/02. CUMULAÇÃO DE EXIGÊNCIAS. IMPOSSIBILIDADE (ARTIGO 31, § 2º DA LEI DE LICITAÇÕES).

I - À licitação modalidade pregão, aplicam-se, subsidiariamente, disposições da Lei nº 8.666/93.

II - O artigo 31, § 2º da Lei de Licitações determina que a Administração eleja um dos três requisitos, na fase de habilitação, em termos de exigência de comprovação da qualificação econômico-financeira da empresa licitante, para depois estabelecer que tal requisito também será suficiente a título de garantia ao contrato a ser posteriormente celebrado”. (Resp 822.337/MS, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15.05.06) (grifos nossos)

No presente caso, no entanto, o Edital determina ambas as formas de comprovação (patrimônio líquido e garantia de proposta), afrontando claramente a Lei aplicável, bem como tornando o certame restritivo à ampla participação das empresas interessadas, em total dissonância com a jurisprudência sedimentada e também com o princípio da competitividade, essencial nas concorrências públicas.

Mostra-se mais uma vez, portanto, estar a Licitação maculada em aspectos basilares de seu procedimento.

(xi) Total ausência de objetividade nos critérios de avaliação da metodologia de execução

O instrumento convocatório prevê a apresentação de metodologia de execução para fins de qualificação técnica, nos termos do Anexo IV do Edital, o qual supostamente estabeleceria os critérios objetivos que nortearão a aceitação de tal metodologia apresentada pelos licitantes.

Entretanto, ao prever as condições para elaboração e avaliação da metodologia, o referido Anexo IV revela **total e absoluta ausência de critérios objetivos para tal avaliação**, impactando diretamente na habilitação (ou inabilitação) dos licitantes de modo inadmissível, já que completamente subjetivo – o que pode acarretar, como se sabe, graves desvios na competitividade e na moralidade do certame.

Com efeito, de acordo com o item 3 do referido Anexo, a licitante será considerada habilitada desde que apresente abordagem em relação a todos os itens constantes de uma determinada tabela, e será inabilitada caso deixe de abordar um ou mais desses itens. Ao se analisar a referida tabela, contudo, percebe-se que o método de avaliação da Comissão será extremamente simplório, impedindo mesmo que se saiba se a avaliação será feita mediante algum critério objetivamente aferível.

Como se vê no Anexo IV, o resultado da avaliação da metodologia de execução permite apenas duas conclusões: “apresentou” ou “não apresentou”. O Anexo IV explicita o que são estes critérios:

“a) APRESENTOU – assim considerada a abordagem apresentada 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.

b) NÃO APRESENTOU – assim considerado caso não seja abordado o item no conteúdo da METODOLOGIA DE EXECUÇÃO ou quando a abordagem fugir total ou parcialmente 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”.

Observe-se que, mesmo com mera aparência de se apresentar objetiva, nota-se manifestamente que a avaliação será de fato extremamente subjetiva. Afinal de contas, o que seria uma metodologia apresentada “em nível adequado, detalhado e especificado com sólida fundamentação metodológica inerente à comprovação de sua exequibilidade e eficiência”?

O Anexo IV não permite aos licitantes inferir esse tipo de qualidade porque exige das empresas interessadas a apresentação pura e simples da metodologia em relação a quatro campos, sem impor quaisquer especificações ou detalhamentos: Conhecimento do problema; Plano de Execução – Tratamento de Resíduos Sólidos Urbanos; Plano de Execução – Compactação de Resíduos Sólidos Urbanos e Plano de Execução – Tratamento de Resíduos Domiciliares Utilizando Tecnologia de Redução de Massa e Geração de Energia.

Observe-se que, em relação aos quatro campos citados, não existe qualquer especificação mais particularizada: impõe-se apenas a apresentação do conhecimento da situação dos resíduos e de procedimentos para implantação, operação, manutenção e monitoramento em relação a tratamento e compactação dos resíduos sólidos urbanos e tratamento de resíduos domiciliares, com utilização de tecnologia de redução de massa e geração de energia.

Além da total imprecisão e vagueza das exigências e critérios, ressalte-se também que inexiste qualquer gradação da avaliação, com parâmetros intermediários para atendimentos parciais e proporcionalidade quanto à real qualificação dos proponentes.

Ora, a metodologia de execução não é uma etapa obrigatória nas licitações – conforme disposto no § 8º do art. 30 da Lei de Licitações, essa exigência se justifica (e é opcional) em casos de “obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica”. Ou seja, a finalidade é de que, nesses casos, se avalie mais criteriosamente a capacidade técnica das licitantes.

No entanto, ao se exigir metodologia de execução de forma totalmente subjetiva e vaga, não apenas não se avaliará devidamente qualquer qualificação técnica (o que seria a finalidade da exigência), mas, o que é pior, se pode propiciar distorções e afrontas a direito dos licitantes, com habilitações ou inhabilitações descabidas, com grave comprometimento da lisura do certame.

A propósito, a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo consolida-se no seguinte sentido:

“Veja que, se de um lado **os temas do Anexo 5.1 estão revestidos de notada subjetividade**, por não se saber clara e objetivamente qual o alvo a ser atingido nas dissertações, temos, de outro lado, que os ‘Critérios de Avaliação da Metodologia de Execução dos Serviços’, previstos no Anexo 6.1, estão regidos por parâmetros igualmente subjetivos, e que **afrontam os princípios da isonomia e do julgamento objetivo**, sendo ainda possível verificar que tais critérios proporcionarão uma **indevida margem de discricionariedade à comissão de licitação**”. (TC-032676/026/10, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho) (grifos nossos)

À vista do exposto, impõe-se o reconhecimento dessa ilegalidade, afetando diretamente a objetividade, a escolha da proposta mais vantajosa à Administração e a imprescindível igualdade entre os licitantes.

(xi) Flagrantes irregularidades na exigência dos atestados

O Edital apresenta graves e manifestas irregularidades tanto em relação aos atestados exigidos para a comprovação da capacidade técnico-operacional, quanto aos atestados para demonstração da aptidão técnico-profissional.

As alíneas “b” e “c” do item 17.9 do instrumento convocatório dispõem que:

- “b) Comprovação de aptidão técnica da PROPONENTE, através de comprovação de capacidade operacional da empresa por atestado técnico para desempenho de atividades pertinentes e compatíveis com o objeto da LICITAÇÃO e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos através de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público e/ou privado, que comprovem que a PROPONENTE executou, satisfatoriamente, obras e serviços de características semelhantes e de complexidade tecnológica e operacional equivalentes ou superiores aos discriminados no Termo de Referência, Anexo II deste Edital. [
- c) Comprovação de ter executado contrato de destinação final de resíduos sólidos que contemple ao menos 120 toneladas/dia”.

Conforme salta aos olhos, tais exigências são extremamente vagas e imprecisas, deixando totalmente a critério de cada licitante apresentar o atestado que melhor lhe aprouver, na interpretação de cada um quanto ao que seria equivalente ao exigido no Termo de Referência - Anexo II do Edital – Termo de Referência este que, conforme já apontado anteriormente, é um documento de meras 4 páginas com indicações e descrições completamente genéricas e simplórias, o que contradiz totalmente a complexidade do objeto licitado, que justificou, inclusive, a exigência de metodologia de execução pelo CIVAP.

Além da exigência de um atestado completamente vago (na alínea “b” supratranscrita) – o que só poderá gerar apresentação de documentos díspares e disputas judiciais altamente custosas ao interesse público –, o outro atestado (alínea “c”) parece ser a mesma exigência da alínea “b”, embora tampouco seja possível verificar sua adequação, sobretudo pela total insuficiência de informações do Termo de Referência.

Embora não faça sentido, dá a parecer que o Edital exige dois atestados distintos exatamente para a mesma comprovação. Exigem-se atestados diferentes

para a comprovação de *expertise* para o mesmo serviço, o que certamente está a causar confusão sobre o que efetivamente deve ser apresentado pelas licitantes.

Mas não é só. A exigência contida na alínea “d” obriga a apresentação de atestado que demonstre a execução de serviços no quantitativo de 120 toneladas diárias. No entanto, a exigência afronta ostensivamente a **Súmula 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, que assim determina:

“Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado”.

Todavia, como o Edital não indica o volume médio de toneladas/dia que deve ser considerado pelas licitantes – o que, inclusive, compromete totalmente a elaboração da proposta comercial, como se verá mais adiante –, mostra-se materialmente impossível saber se a exigência de atestação atende o percentual admitido como lícito pela Corte de Contas.

E as irregularidades continuam: a alínea “d.1” do mesmo item 17.9 do Edital prevê que “a experiência anterior do(s) profissional(is) deverá ser comprovada por atestado(s) de responsabilidade técnica, fornecido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, acompanhado(s) da(s) respectiva(s) CAT(s) - Certidão(ões) de Acervo Técnico [...]”.

Tal exigência afronta a jurisprudência do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, cuja Súmula 23 dispõe ser bastante para a comprovação da capacidade a apresentação da CAT, de sorte a tornar ilegal a exigência de atestados para qualificação profissional. Observe-se o teor do verbete: “Em procedimento licitatório, a comprovação da capacidade técnico-profissional, para obras e serviços de engenharia, se aperfeiçoará mediante a apresentação da CAT (Certidão de Acervo Técnico), devendo o edital fixar as parcelas de maior relevância, vedada a imposição de quantitativos mínimos ou prazos máximos.”

Ao julgar os TC 001314/989/12-0 e TC-001317/989/12-7, que abordavam questionamentos sobre Edital lançado para a contratação de serviços de implantação, operação e manutenção de sistema de tratamento de resíduos, a Corte de Contas Paulista reafirmou o entendimento:

“A cláusula consubstanciada no subitem “6.5.2”, do Edital, não pode exigir para a comprovação da qualificação técnico-profissional a apresentação de atestados emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, acompanhados do respectivo Certificado de Acervo Técnico- CAT, porque é desconforme com o dispositivo do inciso I, do artigo 30, e dicção da Súmula nº 23, deste Tribunal, **que preconiza que somente o documento CAT basta para a comprovação da capacidade técnicoprofissional**. A correção do item editalício é de rigor, com base na dicção do enunciado sumular nº 23, deste Tribunal”. – (grifos nossos)

Outra flagrante irregularidade referente à exigência de atestados consta da alínea “c.3” do item 17.9: “Não serão admitidos atestados emitidos em nome de eventuais subconcessionárias ou de outras empresas que não sejam as PROPONENTES”.

Ora, esse dispositivo é totalmente restritivo, afetando de forma inadmissível a competitividade do certame. Isto porque o objeto ora licitado é a prestação de serviços públicos de manejo de resíduos sólidos. Quando essa prestação ocorre por meio de concessão, a prestadora é uma sociedade de propósito específico – SPE, logo, tal empresa não poderia, ela própria, participar de um certame como esta Licitação. No entanto, ela detém a *expertise*, razão pela qual, caso a licitante seja do mesmo grupo econômico, deve poder utilizar essa experiência (por ex., como controladora ou coligada).

Essa é a prática corrente nas licitações de concessões, exatamente pela razão acima exposta. A restrição estabelecida na alínea “c.3” do item 17.9 não tem qualquer fundamento fático ou jurídico, estando em total dissonância com as boas práticas dos procedimentos licitatórios relativos a concessões.

(x) Não indicação do capital social da concessionária

Nos termos do Edital e da Minuta de Contrato de Concessão, tem-se a obrigação do licitante vencedor constituir sociedade de propósito específico (SPE), que será a concessionária que celebrará o contrato com o CIVAP e os Municípios.

Para que haja segurança jurídica e financeira da Concessão, é fundamental que tal concessionária seja empresa com capacidade econômico-financeira compatível com os investimentos e a operação a serem assumidas, razão pela qual faz parte das melhores práticas que se estabeleça, já no Edital, o capital social da futura SPE – inclusive com valores mínimos de subscrição e integralização na assinatura do contrato e cronograma de integralização total em determinado tempo.

No presente caso, a Subcláusula 9.3 da Minuta do Contrato de Concessão prevê que “Cabe à CONCESSIONÁRIA, durante a vigência do CONTRATO, manter capital social subscrito e integralizado no valor de XXX, vedada, em qualquer hipótese, a sua redução sem a prévia e expressa autorização do PODER CONCEDENTE”.

Ou seja, o capital social da futura concessionária é de “XXX”. As licitantes sequer poderão projetar corretamente suas obrigações e sua estrutura de capital, em seu plano de negócios, uma vez que sequer sabe qual o capital social que deverá subscrever e integralizar na hipótese de se sagrar vencedora no certame e tiver que constituir uma SPE.

Essa ausência de uma regra tão relevante apenas indica, mais uma vez, a inconsistência do Edital e do Contrato de Concessão e as máculas manifestas de toda a Licitação.

(xi) Indefinição quanto à classificação dos resíduos objeto da contratação. Incompatibilidade com a tecnologia do Edital e consequências para a formulação das propostas

Nos termos do item 4.3 do instrumento convocatório:

“4.3. As atividades de tratamento de RESÍDUOS SÓLIDOS e respectivos efluentes compreenderão o uso de tecnologias adequadas de separação e classificação dos resíduos para utilização no aproveitamento energético e destinação final em Aterro Sanitário Licenciado, em locais estratégicos e com técnicas de engenharia adequadas à proteção do meio ambiente e da saúde pública, conforme diretrizes previstas no Anexo II – Termo de Referência deste EDITAL.”

O subitem 3.3 do VOLUME I – MODELAGEM DO PROJETO TÉCNICO – OPERACIONAL determina que a concessionária será responsável pelo

recebimento dos resíduos sólidos urbanos domiciliares entregues pelos Municípios. A princípio, portanto, estão compreendidas entre as obrigações da futura concessionária os resíduos de natureza domiciliar, não havendo, como se vê, qualquer menção a resíduos perigosos ou de saúde.

No entanto, isso discrepa do que consta expressamente dos itens 4.5 e 4.6 do Edital, segundo os quais:

“4.5. Os RESÍDUOS PERIGOSOS, inclusive os de saúde pública passíveis de serem classificados como perigosos, deverão ser objeto de tratamentos diferenciados e especiais, compatíveis com a posterior destinação final de tais resíduos por meio de tecnologias sanitária e ambientalmente adequadas, que deverão observar as diretrizes previstas no Anexo II – Termo de Referência deste EDITAL e as condicionantes para a obtenção de licença específica para execução dessa atividade previstas na Lei Federal n. 12.305/2010, que incluem a inscrição no Cadastro Nacional de Operadores de Resíduos Perigosos e a aprovação do Plano de Gerenciamento de tais resíduos pelo órgão ou entidade pública ambiental competente.”

“4.6. Serão objeto de tratamento e destinação final os seguintes RESÍDUOS SÓLIDOS e respectivos efluentes: urbanos, que compreendem os resíduos domiciliares e os resíduos de limpeza urbana; de estabelecimentos econômicos e prestadores de serviços; e de serviços de saúde pública, conforme diretrizes e especificações previstas no Anexo II – Termo de Referência deste EDITAL. “

Essa discrepância de informações gera um ambiente de insegurança entre as empresas interessadas em participar do certame na medida em que impossibilita definir, com precisão, qual o objeto do certame e, conseqüentemente, prejudica a elaboração de uma proposta objetiva e que possa ser assim avaliada pela Comissão Especial de Licitações.

Assim porque:

a) o recebimento de resíduos perigosos não é sequer compatível com a tecnologia proposta no Anexo II – Termo de Referência do Edital, sendo que, tal como ocorre com os resíduos de serviço de saúde pública, tais devem obrigatoriamente ser submetidos a um processo de inertização ou até mesmo serem dispostos em tecnologias apropriadas e independentes da que foi indicada no instrumento convocatório;

b) a definição da rota tecnológica e a balança de massa são influenciadas pela classificação dos resíduos. A indefinição do resíduo a ser recebido compromete totalmente a eficiência do tratamento e o cumprimento das metas contratuais;

c) a geração dos resíduos considerou somente os resíduos gerados pelas populações dos Municípios participantes do CIVAP, não tendo sido apresentadas informações sobre a geração dos resíduos limpeza pública, de estabelecimentos econômicos e prestadores de serviços, resíduos perigosos e de serviços de saúde pública. A ausência dessa quantificação e classificação impacta econômica e tecnicamente o sistema de gerenciamento de resíduos.

A ausência e a discrepância de informações compromete de modo significativo o prosseguimento do certame que, por essa razão, deve obrigatoriamente ser paralisado até que estas irregularidades sejam sanadas.

(xii) Evidente confusão quanto ao percentual de redução de resíduos a ser observado pela concessionária

O item 4.8.1 do Edital dispõe que “a tecnologia proposta deverá atender às exigências de eliminação dos resíduos, restringindo o material destinado a aterro em no máximo 15% (quinze por cento) de toda a quantidade recebida.”

O item 4.1 do Anexo X – Estudos Técnicos de Referência – Modelagem Técnica dispõe no entanto que:

“4.1. A CONCESSIONÁRIA deverá propor e implementar novas e melhores tecnologias de reciclagem e minimização de resíduos sólidos urbanos, de forma a reduzir a massa a ser disposta em aterro sanitário a no máximo 40% (quarenta por cento) dos resíduos recebidos na Central.”

Há, de partida, uma clara indefinição nos percentuais considerados. Ainda que o Edital e seu Termo de Referência devam prevalecer, conforme já acima mencionado, a discrepância referida demonstra a fragilidade dos estudos elaborados para tão importante concorrência a envolver nada menos que 14 Municípios paulistas. Sem se desconsiderar, demais disso, que o Termo de Referência da presente licitação é documento extremamente vago e impreciso, composto de meras 4 páginas.

De mais a mais, a referência contida na Modelagem Técnica à tecnologia a ser adotada indica a geração de 3.300kw de energia elétrica para um universo de 60% de resíduos – dado que 40%, no máximo, poderão ser dispostos na Central. É óbvio concluir, a partir desses números percentuais, que a tecnologia e o conjunto de equipamentos discriminados no projeto estão subdimensionados para o atendimento da meta de redução de 85% - conforme definido no Edital.

Impõe-se, deste modo, a retificação das incongruências apontadas, as quais obviamente comprometem a seriedade do projeto e a própria elaboração das propostas pelas licitantes.

(xiii) Ainda sobre a ausência de indicação precisa da média de toneladas a ser considerada. Grave falta de objetividade para a elaboração e o julgamento da proposta comercial

O Edital determina que “O critério de julgamento desta LICITAÇÃO será o de menor valor da CONTRAPRESTAÇÃO por tonelada de resíduo entregue a ser paga pelo PODER CONCEDENTE” (item 18.12), fixando, como valor máximo por tonelada é de R\$ 94,00 (noventa e quatro reais).

Ou seja, para o cálculo do valor da contraprestação a ser apresentado (critério basilar da proposta comercial), os licitantes precisam ao menos ter conhecimento da média de toneladas mensal a ser considerada, valor este que deve ser claramente indicado, com a obrigação de que seja igualmente utilizado por todas as licitantes – caso contrário, por óbvio, cada uma utilizará um valor distinto para tal volume, distorcendo completamente a igualdade entre si quanto aos parâmetros para a elaboração das propostas, que não serão os mesmos.

Entretanto, nem o Edital nem o Termo de Referência para a Elaboração da Proposta Econômica (Anexo IX) indicam qual é a referida média de toneladas a ser considerada igualmente por todos, o que impossibilita que as propostas possam ser igualmente avaliadas e julgadas. Isto porque o critério de variação crucial para o julgamento é o valor por tonelada – essa deve ser a única variável, sendo que quem oferecer o menor valor será o vencedor.

Ora, para avaliar esse valor a ser ofertado, cada licitante precisa ter em mente o volume, por toneladas, a ser considerado – naturalmente, aspectos de escala e de

volume serão decisivos para a determinação do valor, razão pela qual todos os concorrentes devem partir de uma mesma premissa. Apenas dessa forma é possível haver igualmente de tratamento entre todos e objetividade no julgamento, para a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa, sem distorções.

Caso cada licitante considere uma quantidade diferente de resíduos, certamente haverá impacto no valor por tonelada. Ainda maiores serão as distorções ao se ponderar que, no presente caso, se trata de Concessão que abrange 14 Municípios distintos, com portes diversos, propiciando grandes variações.

Em situação bastante análoga, ao também analisar a contratação de serviços de coleta e transporte de resíduos sólidos, o Tribunal de Contas do Estado e São Paulo decidiu que:

“Entretanto – a despeito de prever vigência de 12 meses –, pecou pela falta de objetividade ao não indicar o número de dias para a prestação dos serviços (ano comercial ou civil; exclusão ou não dos finais de semana ou domingos).

Como resultado, cada licitante formulou proposta com base em quantidade distinta de dias trabalhados; [...]”. (TC-002863/989/14, Rel. Cons. Edgard Camargo Rodrigues)

E nem se alegue que, para fins de elaboração de proposta, as licitantes devem se utilizar dos volumes projetados que são indicados nos estudos técnicos de referência – Modelagem Técnica (p. 16). Ainda que o devam, primeiramente há que se ressaltar que inexistente, no Edital ou no Termo de Referência para Elaboração da Proposta Econômica (Anexo IX), qualquer orientação nesse sentido – o que seria imprescindível, para a clareza quanto aos parâmetros a serem empregados igualmente por todas as licitantes.

E mais: conforme já mencionado anteriormente, a referida Modelagem Técnica integram estudos que foram realizados com algumas premissas distintas do que foi adotado no Edital em si, como, por ex., considerando-se 16 Municípios concedentes, ao passo que, em realidade, apenas 14 Municípios aderiram à Concessão.

Portanto, além de não haver qualquer indicativo de qual valor de toneladas deveria ser objetivamente considerado, mesmo os valores constantes dos estudos referenciais seriam distorcidos, pois tais estudos têm pressupostos distintos da Licitação que veio a ser instaurada.

E ainda que se considerassem apenas as informações constantes dos estudos referenciais, note-se que, ainda assim, persistem imprecisões que comprometem a seriedade e objetividade da modelagem técnica, de tal modo que nem tais estudos poderiam servir de fundamento para subsidiar a elaboração das propostas pelas licitantes.

Como base inicial para o estudo do CIVAP, foi considerada uma estimativa de recebimento médio de 250 a 300 ton/dia, num total de geração de 345 ton/dia no ano 30 da Concessão, levando-se em consideração um aumento anual de produção de 0,5%.

No entanto, em informações autodeclaradas pelos respectivos Municípios na composição do SNIS 2019, a população dos 16 Municípios considerados é de 328.785 (não sendo considerada a população de Lutécia, cujas informações não foram publicadas), tendo sido coletadas 242 ton/dia, o que levaria a uma geração de 0,737 kg/hab x dia. Levando-se em conta a taxa média de crescimento populacional de 0,09%, ter-se-ia então geração de 240 ton/dia, ao contrário do que apontado na tabela de p. 16 da Modelagem Técnica.

Mas não é só.

Como se sabe, o CIVAP é composto atualmente por 37 municípios, sendo certo que estaria sendo analisada a adesão de outros entes municipais ao Consórcio, conforme consta da Modelagem Técnico-Operacional da concorrência. Entretanto, não foi apresentado um prazo fatal para a aderência de eventuais outros municípios ao Consórcio, mas é certo que a implantação da solução de tratamento e destinação final poderá se dar por fases a depender das respectivas adesões, devendo ser necessário, de qualquer modo, garantir a destinação adequada para 100% dos resíduos sólidos urbanos coletados.

Segundo os dados populacionais do CIVAP, o estudo foi elaborado para atender cerca de 52% do total da população pretendida para o CIVAP. Ou seja, para atendimento de 100% da população pretendida, haverá a necessidade de incrementos no dimensionamento das tecnologias para garantir o pleno atendimento ao longo dos anos. Assim sendo, considerando-se que a adesão dos demais municípios ao modelo proposto e hoje já incorporado por 14 deles é opcional, os equipamentos e tecnologias a serem calculados podem estar super ou subdimensionados.

Por fim, leve-se em consideração que, de acordo com o item 4.6. do Edital, “serão objeto de tratamento e destinação final os seguintes RESÍDUOS SÓLIDOS e respectivos efluentes: urbanos, que compreendem os resíduos domiciliares e os resíduos de limpeza urbana; de estabelecimentos econômicos e prestadores de serviços; e de serviços de saúde pública, conforme diretrizes e especificações previstas no Anexo II – Termo de Referência deste EDITAL”.

Entretando, não há informações a respeito da quantidade de resíduos de saúde e efluentes previstos na contratação, nem quantificação e definição de grandes geradores para os estabelecimentos comerciais.

A respeito das informações constantes da Modelagem Técnica pode-se concluir que:

- a) a projeção da quantidade de resíduos está discrepante dos dados autodeclarados pelos municípios participantes do CIVAP no diagnóstico SINIS-2019. Os valores estimados estão cerca de 39% maiores do que aqueles autodeclarados. Um erro na quantificação dos resíduos no projeto, é certo concluir, compromete o plano de negócio, a vida útil do aterro, os investimentos e dimensionamento de equipamentos, além do desempenho, eficiência e cumprimento das metas contratuais;
- b) igualmente, adiciona-se a esse contexto o incremento de aproximadamente 93% na geração dos resíduos a partir da eventual adesão dos 21 municípios ainda sob análise, os quais não foram considerados no dimensionamento das tecnologias apresentadas no estudo.

Vê-se, claramente, que não há parâmetros objetivos a se considerar na formulação das propostas, seja com base nas informações constantes do Edital, seja em relação àquelas constantes da própria Modelagem Técnica. Essa falha compromete a formulação das propostas e, de conseguinte, a própria objetividade do julgamento.

Saliente-se que a questão da objetividade do julgamento das propostas é crucial nos procedimentos licitatórios, estando expressamente disciplinada no art. 45, *caput*, da Lei de Licitações, a saber:

“Art. 45. **O julgamento das propostas será objetivo**, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os **critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a**

possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle". (grifos nossos)

Trata-se de um dos princípios mais elementares das licitações, estando estabelecido também no art. 3º da Lei de Licitações, que assim versa:

"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". (grifos nossos)

Não bastassem tais dispositivos legais expressos, também a Constituição Federal assim dispõe:

"Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante **processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[...]". (grifos nossos)

Assim, o edital de qualquer certame licitatório deve, imprescindivelmente, estar em consonância com as normas constitucionais e legais pertinentes e também com os princípios que regem as atividades da Administração Pública. A propósito, leciona o Prof. Adilson Abreu Dallari, com a propriedade que lhe é peculiar, em "Aspectos Jurídicos da Licitação", p. 103:

“A primeira questão é salientar é a da situação hierárquica das normas contidas do edital. Foi afirmado que seus dispositivos constituem a lei interna da licitação. Mas é preciso que se diga que o edital não é um documento hermético, isto é, desvinculado do sistema normativo e capaz de criar direitos e obrigações para efeitos internos, dentro do procedimento licitatório, sem qualquer vinculação com o mundo jurídico. Ora, **o edital, como ato administrativo que é, está subordinado a todas as normas que condicionam os atos administrativos em geral. Assim sendo, seus dispositivos não podem contrariar as normas constitucionais, legais e regulamentares que lhe sejam aplicáveis.**” (grifo nosso)

Mostra-se manifesta, portanto, a ilegalidade patente (e gravíssima) quanto aos parâmetros para a elaboração da proposta comercial, comprometendo inequivocamente a imprescindível objetividade de julgamento e a seleção da proposta mais vantajosa, em igualdade de condições.

(xiv) Ausência de caracterização dos resíduos

Dentre todos os documentos disponibilizados pelo CIVAP, não foi demonstrada a caracterização dos resíduos por meio de metodologias gravimétricas que garantam a representatividade dos percentuais orgânicos e não orgânicos dos resíduos a serem tratados conforme disposto em Contrato.

Fato é que a ausência dessa caracterização impacta diretamente no balanço de massa, na definição da melhor tecnologia para valorização dos resíduos, no aproveitamento energético dos resíduos, na taxa de eficiência de tratamento, cujos fatores associados impactam diretamente no atendimento das metas contratuais, no dimensionamento da tecnologia de queima e geração de energia, como também na vida útil do aterro e, por consequência, no plano de negócios da concessionária.

III – DO PEDIDO

Por todo o exposto, a Impugnante requer que a presente impugnação seja recebida e processada por essa D. Comissão Especial de Licitações e lhe seja dado provimento, para que sejam, mediante a suspensão do certame, realizadas as devidas retificações e adaptações no Edital, sanando-se os vícios apontados no tópico “II”.

Em consequência, aguarda a republicação do Edital e a consequente reabertura dos prazos previstos em lei, inclusive para apresentação da documentação de habilitação e proposta comercial, tudo nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei de Licitações, já que referidas retificações e adaptações afetam a formulação das propostas e apresentação dos documentos.

Termos em que pede deferimento.

São Paulo, 05 de julho de 2021.

TIAGO
SLOVAC:308
42622845

Assinado de forma
digital por TIAGO
SLOVAC:30842622845
Dados: 2021.07.05
14:08:30 -03'00'

REVITA ENGENHARIA S.A.