

PROCESSO: 00.036/2020/APRES/SANESUL

OBJETO: PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA, NA MODALIDADE DE CONCESSÃO ADMINISTRATIVA, PARA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO EM 68 (SESSENTA E OITO) MUNICÍPIOS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL.

Vistos e etc.

Trata-se de tempestiva Impugnação apresentada por BRK AMBIENTAL PARTICIPAÇÕES S.A., que pede que se *"suspenda o Edital, com o objetivo de sanear todas as irregularidades que o maculam, para que, posteriormente, possa vir a ser republicado, reabrindo-se o prazo original de 120 (cento e vinte dias)"*.

Quanto a tais supostas irregularidades, alega a Impugnante que o Projeto estaria *"maculado em virtude de as suas premissas se mostrarem inviáveis"* e que, ademais, haveria *"diversas incompatibilidades entre o Edital e o ordenamento jurídico vigente, especificamente a Lei nº 8.666/93, o Novo Marco, e a Lei Estadual nº 4.303/12"*.

Nos capítulos a seguir analisamos cada um dos temas abordados pelo Impugnante.

I. Da natureza jurídica da PPP Administrativa objeto da Licitação. Contextualização necessária diante da confusão de conceitos e das premissas equivocadas de que parte a Impugnante

Preliminarmente, cumpre salientar que em momentos diversos da Impugnação a Impugnante confunde conceitos e pretende aplicar para a Licitação em tela (PPP Administrativa a ser contratada pela SANESUL) dispositivos legais a ela flagrantemente inaplicáveis.

Aduz a Impugnante, por exemplo, que a Licitação *"tem como objeto a delegação, à futura concessionária ("Concessionária"), da prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário em 68 (sessenta e oito) municípios do Estado do Mato Grosso do Sul"*.

Ocorre que, como é cediço, a PPP Administrativa a ser contratada pela SANESUL não é caracterizada pela delegação de um serviço público.

Nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei Federal nº 11.079/2004, a *"concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens"*. Em outras palavras, trata-se de modalidade de contratação que tem como objetivo a

prestação de serviços à Administração Pública, e não a exploração de uma concessão propriamente dita junto aos usuários consumidores dos serviços.

Nesse contexto, e diante de tal confusão conceitual e de premissas por parte da Impugnante, reforça-se que, com a contratação da PPP Administrativa objeto da Licitação, a SANESUL permanecerá exatamente na mesma posição jurídica em que sempre esteve, não consistindo a PPP Administrativa qualquer tipo de subdelegação ou transferência de responsabilidades da SANESUL frente aos municípios ou usuários.

Desta forma, não possui guarida o entendimento equivocado refletido na Impugnação no sentido de que se estaria diante de algum tipo de subdelegação, dependente de um contrato de delegação principal para ser considerado juridicamente válido, e que atrairia para a referida contratação eventuais e supostas dificuldades decorrentes da reformulação do marco legal do saneamento perpetrado pela nova Lei Federal nº 14.026/2020.

II. A validade jurídica da PPP Administrativa não depende de nenhum tipo específico de contrato mãe ou principal. Os contratos de programa firmados são atos jurídicos perfeitos

Como consequência imediata de tal entendimento equivocado da Impugnante, basicamente toda a Impugnação decorre da afirmação equivocada de que o marco legal do saneamento, conforme reformulado pela Lei Federal nº 14.026/2020, além de proibir a celebração de novos contratos de programa entre os municípios e a SANESUL, proibiria também a prorrogação dos referidos contratos.

Assim, a Impugnante questiona o prazo de vigência dos atuais contratos de programa, que seriam inferiores ao prazo de vigência da PPP Administrativa, fixado pelo Edital em 30 (trinta) anos, o que supostamente representaria um risco para o licitante que se sagrar vencedor do certame *“praticamente tornado como certo pelo advento do Novo Marco”*, uma vez que *“ao proibir a renovação dos Contratos de Programa, tornou-se certo, agora, que os Municípios vão se retirando aos poucos do Projeto antes do advento do termo do Contrato de PPP”*.

Tal afirmação não procede. Ainda que estivesse correto o entendimento da Impugnante de que os contratos de programa atualmente em vigor não poderão ser prorrogados (o que está errado), fato é que a prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos Municípios atualmente atendidos pela SANESUL, ao fim da vigência dos contratos de programa, poderá ser prestada mediante a celebração de outros instrumentos jurídicos aplicáveis, inclusive por meio de eventual contrato de concessão decorrente de concorrência realizada pelo respectivo Município.

De qualquer forma, sem prejuízo do anterior, o fato é que a Lei Federal nº 14.026/2020, como não poderia deixar de ser, e até mesmo como corolário do art. 5º, XXXVI, da CF, reconhece expressamente a existência, validade e eficácia dos contratos de programa já celebrados pela SANESUL e os municípios por ela atendidos, como expressamente consta do art. 10, § 3º: (...) *“§ 3º Os contratos de programa regulares vigentes*

permanecem em vigor até o advento do seu termo contratual". (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)

Além do mais, os contratos de programa realizados pela SANESUL com os Municípios, ao teor do § 1º do art. 6º da LINDB, consideram-se atos jurídicos perfeitos e, como tais, não pode a lei nova prejudicá-los, conforme estabelece a própria Constituição Federal em seu art. 5º XXXVI.

Assim, uma vez que os contratos de programa firmados pela SANESUL são atos jurídicos perfeitos, e que foram realizados sob a égide de lei que permitia a previsão de cláusula de renovação, não há óbice para que estes contratos sejam renovados no futuro, pois a lei atual não poderia alcançar a regra contratual de prorrogação.

Além disso, e como reconhece a própria Impugnante, vale ressaltar que a matriz de riscos do contrato da PPP Administrativa determina que, na hipótese eventual e futura de que se materialize o risco de que um ou mais municípios deixem de ser atendidos pela SANESUL, o contrato de PPP Administrativa estará sujeito a uma revisão extraordinária para se apurar os eventuais impactos no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de PPP.

Caso reste demonstrado impacto relevante na equação econômico-financeira inicial, o contrato de PPP deverá ser aditado para se prever a forma de recomposição do equilíbrio contratual, a qual não possui relação direta com as tarifas pagas pelos usuários dos serviços prestados pela SANESUL nos demais municípios que permanecerão sendo atendidos pela SANESUL (como equivocadamente ventila a Impugnante).

Portanto, improcedente a impugnação também nesta seara.

III. Da solução adequada prevista no Contrato para a eventualidade de prazos não coincidentes entre os Contrato de Programa e o Contrato de PPP

Em relação ao ponto trazido pela Impugnante relativo ao hipotético risco de término dos contratos de programa durante a vigência da PPP, tal possibilidade (de término antecipado ou de não-renovação dos Contratos de Programa) consiste em risco intrínseco ao setor de saneamento como um todo, decorrente da forma como a prestação desses serviços foi constitucionalmente estruturada e distribuída entre as esferas de governo municipal e estadual.

Além disso, caso efetivamente se materialize tal descasamento entre a vigência do contrato de programa e o contrato de PPP, os riscos decorrentes do evento estão contratualmente alocados à SANESUL, e seus efeitos deverão ser compensados mediante reequilíbrio econômico-financeiro, conforme já reforçado no capítulo anterior. Portanto, improcedente a alegação da Impugnante.

Ademais, não possui fundamento a especulação da Impugnante a respeito da capacidade financeira da SANESUL em suportar eventual reequilíbrio econômico-financeiro em tal hipótese. Sobre esse aspecto, destaca-se que, com exceção do Município de Coxim (cujo contrato de programa vencerá em março de 2024), em todos os demais Municípios

GR



abrangidos pelo Projeto os respectivos contratos terão vencimento a partir de 2038, ou seja, a partir do décimo sétimo ano de execução do contrato da PPP (etapa de execução contratual na qual parcela considerável dos investimentos implantados pela SPE estará amortizada). Para ilustrar esse aspecto, o quadro abaixo apresenta, para cada vencimento de contrato de programa, o respectivo tempo de execução do contrato de PPP:

MUNICÍPIO	ASSINATURA	VENCIMENTO	TEMPO DE EXECUÇÃO DO CONTRATO DA PPP	INSTRUMENTO
Água Clara	10/02/2020	10/02/2050	30 anos	Contrato de Programa
Nova Alvorada do Sul	07/07/2020	07/07/2050	30 anos	Contrato de Programa
Anaurilândia	22/05/2019	22/05/2049	29 anos	Contrato de Programa
Caarapó	16/05/2019	16/05/2049	29 anos	Contrato de Programa
Corumbá	23/05/2019	23/05/2049	29 anos	Contrato de Programa
Dois Irmãos do Buriti	16/05/2019	16/05/2049	29 anos	Contrato de Programa
Douradina	15/05/2019	15/05/2049	29 anos	Contrato de Programa
Dourados	09/09/2019	09/09/2049	29 anos	Contrato de Programa
Fátima do Sul	16/10/2019	16/10/2049	29 anos	Contrato de Programa
Figueirão	20/05/2019	20/05/2049	29 anos	Contrato de Programa
Iguatemi	16/05/2019	16/05/2049	29 anos	Contrato de Programa
Itaquiraí	05/08/2019	05/08/2049	29 anos	Contrato de Programa
Japorã	10/07/2019	10/07/2049	29 anos	Contrato de Programa
Juti	26/06/2019	26/06/2049	29 anos	Contrato de Programa
Novo Horizonte do Sul	17/07/2019	17/07/2049	29 anos	Contrato de Programa
Santa Rita do Pardo	25/06/2019	25/06/2049	29 anos	Contrato de Programa
Sete Quedas	10/07/2019	10/07/2049	29 anos	Contrato de Programa
Sonora	11/07/2019	11/07/2049	29 anos	Contrato de Programa
Taquarussu	15/10/2019	15/10/2049	29 anos	Contrato de Programa
Vicentina	31/07/2019	31/07/2049	29 anos	Contrato de Programa
Bonito	29/03/2016	29/03/2046	26 anos	Contrato de Programa
Ladário	21/12/2016	21/12/2046	26 anos	Contrato de Programa
Naviraí	21/12/2016	21/12/2046	26 anos	Contrato de Programa
Brasilândia	21/12/2015	21/12/2045	25 anos	Contrato de Programa
Miranda	23/09/2014	23/09/2044	24 anos	Contrato de Programa
Selvíria	04/06/2013	04/06/2043	23 anos	Contrato de Programa
Paranhos	08/03/2012	08/03/2042	22 anos	Contrato de Programa
Ponta Porã	02/04/2012	02/04/2042	22 anos	Contrato de Programa
Tacuru	29/05/2012	29/05/2042	22 anos	Contrato de Programa
Alcinópolis	21/03/2011	21/03/2041	21 anos	Contrato de Programa
Antônio João	03/08/2011	03/08/2041	21 anos	Contrato de Programa
Aquidauana	15/08/2011	15/08/2041	21 anos	Contrato de Programa
Bataguassu	09/09/2011	09/09/2041	21 anos	Contrato de Programa
Caracol	13/09/2011	13/09/2041	21 anos	Contrato de Programa
Deodápolis	15/12/2011	15/12/2041	21 anos	Contrato de Programa
Eldorado	15/12/2011	15/12/2041	21 anos	Contrato de Programa
Ivinhema	04/08/2011	04/08/2041	21 anos	Contrato de Programa
Maracaju	10/06/2011	10/06/2041	21 anos	Contrato de Programa
Nova Andradina	27/04/2011	27/04/2041	21 anos	Contrato de Programa
Porto Murtinho	30/05/2011	30/05/2041	21 anos	Contrato de Programa
Ribas do Rio Pardo	15/12/2011	15/12/2041	21 anos	Contrato de Programa
Três Lagoas	11/02/2011	11/02/2041	21 anos	Contrato de Programa
Aral Moreira	23/03/2010	23/03/2040	20 anos	Contrato de Programa



MUNICÍPIO	ASSINATURA	VENCIMENTO	TEMPO DE EXECUÇÃO DO CONTRATO DA PPP	INSTRUMENTO
Chapadão do Sul	10/08/2010	10/08/2040	20 anos	Contrato de Programa
Mundo Novo	29/12/2010	29/12/2040	20 anos	Contrato de Programa
Rio Verde	11/03/2010	11/03/2040	20 anos	Contrato de Programa
Coronel Sapucaia	29/12/2009	29/12/2039	19 anos	Contrato de Programa
Inocência	01/10/2009	01/10/2039	19 anos	Contrato de Programa
Jardim	24/09/2009	24/09/2039	19 anos	Contrato de Programa
Laguna Carapã	29/12/2009	29/12/2039	19 anos	Contrato de Programa
Pedro Gomes	29/12/2009	29/12/2039	19 anos	Contrato de Programa
Rio Brilhante	29/12/2009	29/12/2039	19 anos	Contrato de Programa
Sidrolândia	15/12/2009	15/12/2039	19 anos	Contrato de Programa
Amambai	18/12/2008	18/12/2038	18 anos	Contrato de Programa
Anastácio	04/11/2008	04/11/2038	18 anos	Contrato de Programa
Angélica	18/12/2008	18/12/2038	18 anos	Contrato de Programa
Batayporã	18/12/2008	18/12/2038	18 anos	Contrato de Programa
Bodoquena	18/12/2008	18/12/2038	18 anos	Contrato de Programa
Camapuã	04/11/2008	04/11/2038	18 anos	Contrato de Programa
Guia Lopes da Laguna	18/12/2008	18/12/2038	18 anos	Contrato de Programa
Itaporã	18/12/2008	18/12/2038	18 anos	Contrato de Programa
Jatei	18/12/2008	18/12/2038	18 anos	Contrato de Programa
Nioaque	04/11/2008	04/11/2038	18 anos	Contrato de Programa
Paranaíba	05/12/2008	05/12/2038	18 anos	Contrato de Programa
Rio Negro	19/09/2008	19/09/2038	18 anos	Contrato de Programa
Terenos	04/11/2008	04/11/2038	18 anos	Contrato de Programa
Coxim	18/03/2004	18/03/2024	4 anos	Convênio de concessão
Aparecida do Taboado	05/07/2000	05/07/2020	-	Convênio de concessão

No entanto, para fins meramente especulativos, considerando a hipótese de não-renovação dos contratos de programa ao longo da execução contratual da PPP, estima-se um impacto mínimo e residual sobre a tarifa-teto.

Assim, dadas as indefinições que ainda cercam o Novo Marco Regulatório do Saneamento, e considerando a plena capacidade de a Sanesul seguir como prestadora dos serviços de saneamento nesses Municípios, os reequilíbrios econômico-financeiros, caso e quando necessários, apresentam-se como a solução mais adequada.

Além disso, nunca é demais lembrar que os arranjos contratuais realizados por meio de uma PPP, que de modo geral regulam situações por 20 ou 30 anos, são, por sua própria natureza, flexíveis e mutáveis, haja vista a necessidade de sua adaptação no tempo. Logo, os eventuais reequilíbrios devem ser tratados de modo natural e ordinário em contratos desta natureza.

Assim, e seguindo a lógica de que eventuais alterações fáticas e jurídicas sempre serão abarcadas pela possibilidade natural de reequilíbrio mediante procedimento de revisão extraordinária previsto no Contrato, não há como entender que este seja um risco para a contratação.



IV. A população de Aparecida do Taboado e de Coxim merece o mesmo tratamento dado à população dos demais Municípios

A Impugnante desafia a legitimidade da PPP Administrativa a ser contratada pela SANESUL em razão da alegada necessidade de haver compatibilidade entre o prazo da PPP e o prazo remanescente de vigência dos contratos de programa ou de concessão atualmente em vigor entre a SANESUL e referidos municípios (Aparecida do Taboado e Coxim).

No entanto, e como já visto acima, a atuação da SANESUL em cumprimento aos seus objetivos sociais, nos municípios por ela atendidos, por meio da celebração de PPP Administrativa, não depende juridicamente da vigência de um contrato de programa ou concessão. Cabe à SANESUL estar estruturada para prestar os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos municípios por ela atendidos, independentemente do tipo de vínculo jurídico existente entre a Companhia e tais municípios.

Especificamente no caso de Aparecida do Taboado, a SANESUL permanece sendo a prestadora dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no município, não havendo razão – quer jurídica, quer fática – para excluir o atendimento a essa população da PPP.

Em relação ao Município de Coxim, o atual instrumento de delegação tem vigência assegurada até março de 2024, de modo que, até o encerramento do referido vínculo, a SANESUL poderá ainda viabilizar a celebração de um novo instrumento contratual, seja ele regido pela Lei Federal nº 8.666/1993 ou pela Lei Federal nº 8.987/1995.

Por todo o exposto, também improcedente a Impugnação neste particular.

V. Da inexistência de vício de motivação

A Impugnante novamente aborda a hipótese de que os contratos de programa poderão se encerrar antes do advento do termo contratual da PPP Administrativa como fundamento para uma suposta nulidade do Edital por falta de motivação.

No entanto, como já destacado, reforça-se que a SANESUL continuará fazendo exatamente o que faz desde 1979, quando de sua constituição, por prazo indeterminado, e atendendo e se adaptando à evolução da legislação aplicável ao seu setor de atuação, à luz do seu Estatuto Social e da função social atribuída à Companhia pelo Governo do Estado do Mato Grosso do Sul quando de sua criação.

Além disso, e igualmente como já repisado, a celebração de PPP Administrativa, por ser contrato de prestação de serviços que não implica delegação da exploração de serviços públicos, não depende da existência, validade e eficácia de um tipo específico de contrato mãe ou principal de delegação.

Outrossim, os contratos de programa celebrados entre a SANESUL e os municípios por ela atendidos são atos jurídicos perfeitos e poderão, sim, ter seus prazos de vigência

prorrogados nos termos contratualmente estabelecidos. Igualmente, poderão ter seus prazos de vigência estendidos como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Finalmente, ainda que assim não fosse, como já visto, poderão os municípios e a SANESUL, ao término do prazo de vigência dos contratos de programa, celebrar contratos administrativos com base na Lei Federal nº 8.666/1993 com dispensa de licitação, ou ainda, e caso seja esse o desejo dos municípios, poderá a SANESUL participar de eventual licitação da concessão dos serviços.

Ou seja, é justo, juridicamente mandatório e razoável que a SANESUL considere como premissa básica a manutenção de vínculo jurídico com os Municípios por ela atendidos durante o prazo de vigência da PPP a ser contratada. Improcedente, portanto, a Impugnação.

VI. Os parâmetros para elaboração de propostas são claros e objetivos. Não existe qualquer ofensa ao princípio da Licitação

A suposta ilegalidade apontada pela Impugnante nesse aspecto seria a suposta ausência de critério objetivo para a formulação de propostas, na medida em que a *“desconsideração de um aspecto inexorável e obrigatório por força de lei terá por efeito a adoção de premissas diferentes pelos licitantes. É dizer, (i) enquanto alguns licitantes formularão suas propostas comerciais considerando que os Contratos de Programa vigerão por todo o prazo do Contrato de PPP, em alinhamento ao disposto atualmente no Edital, (ii) outros farão suas ofertas de preço de forma aderente às disposições do Novo Marco a esse respeito, levando em conta a extinção dos Contratos de Programa nas datas de seus termos de vigência originais, com a conseqüente retirada do Projeto”*.

Entretanto, resta evidente que os licitantes devem adotar como premissa que a SANESUL permanecerá exercendo as suas atividades regularmente e por prazo indeterminado como vem fazendo desde a sua criação pelo Governo do Estado do Mato Grosso do Sul e nos termos de seu Estatuto Social, adaptando-se, por óbvio, à evolução da legislação.

Está igualmente claro que, na hipótese de algum município decidir não mais contar com o *expertise* técnico e a capacidade jurídica e econômica da SANESUL por meio da prorrogação da vigência dos atuais contratos de programa, e caso a SANESUL venha a perder a licitação para uma concessão nesse município, havendo comprovado impacto futuro na equação econômico-financeira do contrato de PPP, esse contrato será objeto de revisão extraordinária, recompondo-se o equilíbrio inicial, fixado com base na premissa jurídica indisputável de que a SANESUL permanecerá prestando os serviços aos municípios do Estado.

Não há, portanto, qualquer espaço para a adoção de premissa diferente dessa por qualquer licitante. Portanto, também por esse viés a Impugnação é infundada.

OR



VII. PPP Administrativa não se confunde com Subdelegação. Inexistência de qualquer limite de 25%

Equivocadamente, afirma a Impugnante que as PPPs Administrativas no setor de saneamento estariam sujeitas ao limite de 25% do valor do contrato aplicável para as subdelegações.

Ocorre que tal afirmação é frontalmente contrária ao texto literal do art. 11-A que, como não poderia deixar de ser, é expresso ao separar as PPPs, regidas pela Lei Federal nº 11.079/2004, do conceito de subdelegação.

Além do tratamento legal claramente distinto concedido pela novo marco do saneamento (que por si só já seria suficiente para rechaçar a alegação da Impugnante), ressalta-se que no caso do objeto da Licitação há uma série de características que reforçam sua natureza de PPP Administrativa (e, conseqüentemente, afastam qualquer possibilidade de caracterizá-la como uma subdelegação): (i) a remuneração da contratada se dará por meio de contraprestação a ser paga diretamente pela SANESUL e sem qualquer vinculação à tarifa de esgoto cobrada dos usuários do sistema; (ii) a contratação da prestação dos serviços será realizada pela SANESUL, sendo que o titular dos serviços de esgotamento (Poder Concedente/Município) não terá que autorizar ou mesmo participar como interveniente do contrato de PPP (como exige a Subdelegação), consolidando o formato jurídico de que a relação contratual será de prestação de serviço pelo parceiro privado à SANESUL, (iii) o contrato de PPP possui regras próprias de cumprimento de Metas e Indicadores de Desempenho diversos (mais rígidos e exigentes) do que aqueles constantes dos Contratos de Programa, ao passo que na Subdelegação há, por imposição conceitual, uma mera reprodução (“espelhamento”) das metas do contrato de programa, (iv) a fiscalização e regulação do contrato de PPP ficará a cargo da SANESUL. Esta, por sua vez, será fiscalizada e regulada em sua relação com os usuários dos serviços pelo órgão da Administração Pública encarregado da regulação dos contratos de programa. Na Subdelegação, ao contrário, a fiscalização do subdelegatário é ato de competência do órgão da Administração Pública vinculado ao Poder Concedente, (v) na PPP Administrativa não há uma subordinação do contratado (parceiro privado) ao Poder Concedente (no caso, aos municípios) e nem mesmo um contato direto com o usuário dos serviços (já que não realizam, por exemplo, a cobrança de tarifa, o atendimento direto do usuário, etc.), relação esta que será mantida pela SANESUL, até mesmo porque a gestão comercial dos serviços permanece como sua atribuição.

Portanto, diante da clareza do texto legal (que expressamente exclui as PPPs da regra dos 25%) e do fato de que o objeto da Licitação corresponde a uma PPP Administrativa, é flagrantemente improcedente a Impugnação também nesse particular.

VIII. A manutenção da gestão comercial pela SANESUL é da essência da PPP Administrativa – não há qualquer ofensa ao §4º do art. 29 da Lei nº 11.445/07

A Impugnante afirma, ainda, que a SANESUL deveria, em razão da PPP Administrativa, atribuir ao parceiro privado a gestão comercial (leia-se: a responsabilidade pelo



relacionamento comercial com os usuários dos serviços) para o parceiro privado, tudo isso como suposto corolário do § 4º do art. 29 da Lei Federal nº 11.445/07. E isso porque referido artigo estabelece que “na hipótese de prestação dos serviços sob regime de concessão, as tarifas e preços públicos serão arrecadados pelo prestador diretamente do usuário, e essa arrecadação será facultativa em caso de taxas”.

Trata-se de novo pleito improcedente. Como é cediço e conforme já ressaltado, quem atua sob regime de concessão junto aos municípios é a SANESUL. O parceiro privado da PPP Administrativa a ser contratada pela SANESUL é mero prestador de serviços, ainda que de serviços relevantes para o objetivo da SANESUL de entregar a universalização dos serviços de esgotamento sanitário nos municípios em que atua.

Em tal contexto, e à luz da legislação aplicável, não há nenhum fundamento legal que obrigue a SANESUL a repassar a gestão comercial para o parceiro privado. Trata-se, pois, de mais um equívoco interpretativo da Impugnante.

IX. Prestação regionalizada e suposta vedação de acesso a recursos federais – Ausência de nexó

Quanto a esse ponto, a Impugnante tenta extrair de uma resposta a um pedido de esclarecimentos feito à Comissão de Licitação que a SANESUL não teria acesso a recursos federais caso prosseguisse com a licitação da PPP Administrativa.

Com efeito, não há como entender o que efetivamente pretende a Impugnante com tal capítulo de sua Impugnação.

Não obstante, cumpre salientar que, enquanto o contrato de PPP Administrativa é um contrato de prestação de serviços à SANESUL, a prestação regionalizada de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário diz respeito a organização regional coordenada pelo Estado, por meio de lei complementar, no caso de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas ou microrregiões; lei ordinária estadual, no caso de unidade regional de saneamento básico, ou constituição de consórcio de municípios, no caso de bloco de referência.

Portanto, não é possível vislumbrar em que medida um contrato de PPP Administrativa poderia influenciar na adoção ou não de um modelo de prestação regionalizada, que como visto depende da participação não só do Poder Executivo, mas igualmente do Poder Legislativo do Estado da federação, ou ainda da constituição voluntária de consórcio de municípios para a gestão associada por blocos.

Finalmente, por certo que a partir da novel redação do art. 3º, VI, da Lei Federal nº 11.445/2007 o Governo do Estado e a Assembleia Legislativa discutirão a conveniência e oportunidade de se adotar um ou outro modelo de prestação regionalizada, discussão esta que deverá ocorrer a tempo e modo, e em nada impactará a contratação da PPP Administrativa objetivada pela SANESUL.

Portanto, alegação improcedente da Impugnante.



**GOVERNO
DO ESTADO**
Mato Grosso do Sul



X. O Edital não sofreu alterações que recomendem a sua republicação

A Impugnante alega, ainda, que os adendos nº 02 e 03 teriam modificado “*temas bastante sensíveis à formulação das propostas*”.

Não obstante, fato é que os três adendos publicados possuem natureza de meros ajustes e/ou complementos que em nada afetam nem prejudicam a formulação das propostas, e nem de longe seriam “*relevantes*” a ponto de “*impactar profundamente a formulação das propostas*”.

Corroborando o anterior, basta observar o próprio exemplo utilizado pela Impugnante, referente ao item nº 15 do adendo nº 02 (correspondente a uma linha de uma tabela do Termo de Referência, relativa à cobertura mínima do Município de Nova Alvorada do Sul). Trata-se de item que simplesmente detalhou os percentuais mínimos de cobertura aplicáveis ao Município de Nova Alvorada do Sul, dividindo-os entre os anos 2020 (12%), 2025 (50%), 2035 (72%) e 2050 (72%), de modo a refletir o que foi estabelecido no contrato de programa firmado entre o Município e a SANESUL.

Trata-se de um complemento de menor relevância, sobretudo se considerarmos que tais percentuais mínimos necessariamente já deveriam (e deverão) ser atendidos tão somente pelo que já dispõe as próprias metas de cobertura do Contrato em si (Tabela 7 do mesmo Termo de Referência), considerando a “premissa-mãe” do projeto que é atingir 98% de cobertura em 10 anos em toda a área de abrangência da contratação.

Além disso, vale destacar que o referido adendo nº 02 (no qual constou tal item destacado pela Impugnante) foi publicado em 21 de agosto de 2020, tempo adequado e suficiente para qualquer avaliação pelos licitantes.

Portanto, improcedente a Impugnação também em relação a esse ponto.

XI. Suposta exigência cumulativa de índices/patrimônio líquido na Licitação e Garantia de Execução do Contrato

Aduz a Impugnante que “*é possível identificar que a qualificação econômico-financeira relativa a esse certame licitatório apenas pode ser comprovada por meio da demonstração do atendimento a determinados índices contábeis*” (grifamos). Além disso, pelo próprio título escolhido para seu capítulo (e também pela forma como conduz o tema), a Impugnação poderia induzir ao erro de que haveria “*exigência cumulativa de índices/patrimônio líquido*” na Licitação.

Seja como for, inconsistências da Impugnação à parte, o fato inafastável é que tais afirmações não são verdadeiras.

O Edital exige como documentos de habilitação econômico-financeira a comprovação dos índices de liquidez previstos no item 14.21 e, alternativamente, caso determinado licitante não consiga comprovar o atendimento de qualquer de tais índices, deverá comprovar um

GP



patrimônio líquido mínimo de R\$ 100 milhões (ou de R\$ 130 milhões no caso de consórcio), nos termos claramente previstos no item 14.25 e 14.25.1 do Edital.

Portanto, não há que se falar em comprovação “*apenas*” pelos índices de liquidez, na medida em que o Edital claramente também garante ao licitante a possibilidade de demonstração de qualificação econômica por meio de comprovação de Patrimônio Líquido mínimo.

Dessa forma, também não faz nenhum sentido o pedido da Impugnante ao requerer que a SANESUL revise o Edital “*no sentido de passar a permitir a comprovação da qualificação econômico-financeira por meio do patrimônio líquido ou do capital social, tudo como medida de se ampliar a competitividade neste caso*”, tendo em vista que, como prevê claramente o Edital, a comprovação por patrimônio líquido já é uma possibilidade conferida aos licitantes.

Ainda, também não possui qualquer fundamento o outro aspecto ventilado pela Impugnante em relação a suposta restrição à competição por conta da exigência de índices de liquidez cumulada com garantia de execução contratual. A Impugnação confunde e confunde-se em conceitos básicos atinentes à qualificação econômico-financeira, sobretudo em relação ao conceito de garantia de execução contratual.

Como é cediço, a garantia de execução do contrato não se confunde com garantia da proposta e nem mesmo constitui documento de comprovação de habilitação econômico-financeira. Além disso, à luz da lei, trata-se de decisão discricionária da Administração.

No caso em tela, justamente diante da magnitude do projeto licitado, que abrange vultuosos investimentos e envolve imprescindível serviço público de esgotamento sanitário, a decisão da SANESUL, balizada na lei, é de exigir garantia de execução contratual nos termos previstos no Contrato publicado (Subcláusula 23.2).

Portanto, não há qualquer ilegalidade ou vício no Edital em relação aos requisitos de qualificação econômico-financeira, bem como não há que se falar em qualquer redução/alteração no que tange à garantia de execução do contrato.

XII. Ausência de disponibilização das minutas de contrato com Agente Depositário

Em relação a esse capítulo, alega a Impugnante que a não publicação das minutas com Agente Depositário (contrato de vinculação dos Recebíveis e contrato com Agente Depositário) impediria o “*saudável escrutínio por parte dos licitantes, além de se restringir, indevidamente, o campo de vinculação da administração pública ao instrumento convocatório*”.

Trata-se, entretanto, de alegação infundada. O fato de não haver uma minuta específica de contrato com Agente Depositário não implica qualquer prejuízo ao “*saudável escrutínio*” dos licitantes, na medida em que as regras que estruturam a Garantia de Adimplemento da SANESUL (e que vinculam expressamente a SANESUL no tocante aos Recebíveis, Conta Vinculada, Conta Garantia, Saldo Mínimo etc.) estão clara e

expressamente previstas no Edital e no Contrato (bem como em respostas aos pedidos de esclarecimento recebidos).

Assim, o racional, as diretrizes e a estrutura do mecanismo estão clara e previamente estabelecidos, e serão observados e respeitados quando da celebração dos instrumentos contratuais que operacionalizarão tal mecanismo de vinculação dos Recebíveis, de modo que não há que se falar em “surpresas”.

Portanto, de igual forma não há que se falar em restrição ao “campo de vinculação da administração pública ao instrumento convocatório”, uma vez que a SANESUL permanece totalmente vinculada às regras do Edital (e do Contrato) já publicadas e que regulam o tema, nos termos da lei.

XIII. Das inexistentes ofensas à Lei Estadual nº 4.303/12:

a) Central de Atendimento ao Usuário

A Impugnante ventila também uma suposta “grave ofensa à Lei Estadual nº 4.303 de 2012” mediante a não contemplação no Contrato de PPP da obrigação de implantação de uma Central de Atendimento ao Usuário.

Trata-se, contudo, de mais um ponto infundado da Impugnação.

Justamente em razão da forma com que foi modelada a contratação da PPP Administrativa (a SANESUL permanece como delegatária dos serviços e como responsável frente a todo e qualquer usuário dos referidos serviços públicos, inclusive por celebrar os contratos de consumo dos referidos serviços e realizar a sua cobrança mensal), não se mostra aplicável o disposto no art. 17, III, da Lei nº 4.303/2012, como inclusive constou expresso em parecer jurídico exarado pela PGE/MS¹, já que o atendimento aos usuários será realizado diretamente pela SANESUL, na forma e modos legais impostos pelas regras de regulação dos serviços vigentes.

Como consequência lógica disso, e conforme claramente prevê o Contrato, cabe à SANESUL responsabilizar-se pelo atendimento aos usuários (Subcláusula 25.2). Portanto, equivocada a Impugnante novamente quando argumenta que seria “a partir da central de atendimento aos usuários que a futura Concessionária conseguirá ter acesso a relevantes informações advindas dos usuários sobre a prestação do serviço público de esgotamento sanitário”. Como já dito, a relação com o usuário permanecerá com a SANESUL, e a ela caberá repassar as informações relevantes à SPE (conforme se

¹ - Parecer PGE/MS/PAG/Nº 004/2020, p. 32: “(...) esta obrigação somente tem aplicabilidade quando os serviços públicos são delegados para serem prestados diretamente pela concessionária aos usuários. No caso presente, como a concessão dos serviços públicos de esgotamento sanitário é realizada pelos entes municipais à SANESUL, sendo esta quem presta estes serviços diretamente aos usuários, não há aplicabilidade da regra legal para a configuração da relação contratual ora sob exame. (...)”

depreende, por exemplo, das Subcláusulas 25.2.3 e 25.2.11, ambas estabelecendo obrigações à SANESUL²).

Portanto, não há que se falar em qualquer irregularidade, muito menos em qualquer “grave ofensa” à legislação estadual.

b) A ausência de previsão de taxa de regulação no Contrato de PPP Administrativa não representa qualquer vício

Por fim, supostamente como segunda e última “grave ofensa” à legislação estadual de PPP, alega a Impugnante que o Edital deveria ser republicado para que passasse a contemplar a obrigação de pagamento da taxa de regulação na minuta do Contrato de PPP.

Trata-se de mais um equívoco da Impugnante no entendimento do projeto. Conforme já reforçado à exaustão: a SANESUL permanecerá como delegatária e responsável pela exploração dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos 68 municípios.

Assim sendo, não há que se falar em qualquer previsão de taxa de regulação no Contrato de PPP Administrativa a ser firmada com a SPE, tendo em vista que, nos termos da legislação aplicável³, a taxa de regulação devida à AGEPLAN deve ser paga pelas “delegatárias do serviço público de saneamento básico no Estado de Mato Grosso do Sul” (ou seja, no caso concreto, pela SANESUL).

Portanto, também improcedente a Impugnação nesse aspecto.

Diante do exposto, e considerando que as alegações sobre os pontos objeto da Impugnação não procedem, a Comissão Especial de Licitação constituída pela Portaria/L/SANESUL/Nº 149 de 10 de junho de 2020, por unanimidade, julga totalmente improcedente a Impugnação apresentada.

Campo Grande - MS, 14 de outubro de 2020.


Gabriela Rodrigues

Presidente da Comissão Especial de Licitação

WALTER BENEDITO
CARNEIRO
JUNIOR:60953853187

Assinado de forma digital por WALTER
BENEDITO CARNEIRO JUNIOR 60953853187
DN: c=BR, ou=ICP-Brasil, ou=Secretaria da
Diretoria Federal de Brasil - REB, ou=DF, ou=CF
AL, ou=FA, ou=BR, ou=BR, ou=BR, ou=BR
Módulo Digital, cn=WALTER BENEDITO CARNEIRO
JUNIOR 60953853187
Data: 2020.10.15 16:38:42 -0400

Walter B. Carneiro Jr.
Diretor-Presidente Sanesul

² - 25.2.3. Fiscalizar a boa qualidade dos Serviços de Esgotamento Sanitário, bem como receber e encaminhar queixas e reclamações dos Usuários para a SPE;

25.2.11. Receber, apurar e resolver queixas e reclamações dos Usuários, informando à SPE sobre as ocorrências;

³ LEI Nº 4.147, DE 19 DE DEZEMBRO DE 2011; PORTARIA Nº 092, DE 09 DE OUTUBRO DE 2012.