Resposta à Impugnação do Sindicato Nacional das Empresas de Limpeza Urbana - SELURB **ao Edital de Concorrência nº 01/2020**

O Consórcio CONVALE, por intermédio da Comissão Especial de Licitações, divulga ao público em geral a resposta à impugnação do Sindicato Nacional das Empresas de Limpeza Urbana – SELURB ao Edital de Concorrência Pública n.º 001/2020 para a exploração e prestação dos serviços de coleta, transporte, transbordo e tratamento de resíduos sólidos domiciliares (RDO), bem como o de destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares (RDO) e da limpeza urbana (RPU) dos municípios do CONVALE, mediante delegação feita por contrato de concessão, e atividades correlatas.

A Impugnação foi indeferida pelos motivos apresentados abaixo.

1 – BREVE SÍNTESE DA IMPUGNAÇÃO

O Sindicato Nacional das Empresas de Limpeza Urbana - SELURB apresentou, em 02 de março de 2021, impugnação à Comissão Especial de Licitações, discutindo, em apertada síntese, (i) Ausência de motivação para pagamento de outorga para utilização do aterro de Uberaba: violação aos princípios da modicidade tarifária e da isonomia; (ii) Ausência de informações suficientes acerca do estado atual do aterro municipal de Uberaba; (iii) Ausência de clareza em relação à contabilização de resíduos recebidos de outros Municípios a título de projeto associado para fins de apuração das metas contratuais; (iv) Impacto desproporcional do descumprimento das metas e indicadores de desempenho na tarifa de RDO: cumulação (bis in idem) de descontos; (v) Ausência de indicação dos bens reversíveis; (vi) Indefinição quanto à atuação da agência reguladora e do Concedente na fiscalização dos serviços; (vii) Ausência de justificativas para o valor previsto para remuneração da agência reguladora; (viii) Vício na estruturação tarifária; (ix) Vícios nas definições técnicas e econômico-financeiras para caracterização do objeto da concessão.

2 – DO CONHECIMENTO DA IMPUGNAÇÃO

A impugnação foi encaminhada no dia 02 de março de 2021, ao CONVALE, observados o instrumento convocatório (item 5 do Edital) e a legislação aplicável (art. 41 da Lei Federal nº 8.666, de 1993).

Dessa forma, a Comissão Especial de Licitações considera tempestiva a referida impugnação.

Passa-se à análise o mérito dos questionamentos submetidos, demonstrando a necessidade da sua integral improcedência.

3 – DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

Inicialmente, deve ser destacado que o processo licitatório passou pelas etapas de Consulta e Audiência Pública, inclusive com a realização de *roadshow* com potenciais interessados.

Portanto, desde longa data, inclusive frente à publicação do Edital em 11 de dezembro de 2020, todos os interessados tiveram condições de participar das discussões do projeto, como fazer os questionamentos que lhes parecessem mais adequados.

Feita essa ressalva, passa-se a analisar os pontos impugnados.

3.1 Ausência de motivação para pagamento de outorga para utilização do aterro de Uberaba

Entende a Impugnante haver prejuízo na modicidade tarifaria e na competitividade do certame, o fato do não detalhamento dos parâmetros adotados para definição do valor a ser pago ao Município de Uberaba, a título de Transferência para Uso do Aterro.

Inexiste o prejuízo suposto pela Impugnante, pois, o valor estipulado em edital para pagamento ao Município de Uberaba a título de Transferência para Uso do Aterro, em caso de opção pela utilização do Aterro Sanitário Municipal, tem como objetivo o mesmo descrito no próprio Contrato de Programa, ou seja, a recuperação de investimentos feitos pelo Município recentemente naquele equipamento, posto que passará a ser compartilhado com os demais municípios.

O valor foi definido com base em critérios técnicos contemplados no projeto referencial, que incluem os investimentos não amortizados e o valor recuperável do ativo. O detalhamento de tal informação (composição do valor) no edital não é obrigatório, devendo também ser observado que o montante atribuído à Transferência para Uso do Aterro só deverá ser considerado na proposta caso o licitante faça a opção pelo uso do Aterro Municipal de Uberaba.

Além disso, caberá à Licitante avaliar a viabilidade técnica e econômico-financeira da utilização do referido aterro com o pagamento da outorga correspondente, conforme suas premissas mercadológicas, bem como as técnicas e tecnologias a serem empregadas. A responsabilidade por essa avaliação é exclusiva da licitante interessada.

Diga-se de passagem, que a outorga da concessão de um serviço público poder ter uma onerosidade, condição disposta pelo Poder Concedente, e esse aspecto é reconhecido pela própria doutrina. Vale citar os seguintes ensinamentos do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello:

> "Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do

> serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. (Bandeira de Mello, 2011, p.709-710)"

A Administração Pública pode transferir à concessionária a execução de serviço ou obra pública ou, ainda, quando autoriza particular a utilização, de forma privativa, de uso de bem público, com prazo determinado, devendo, ainda, o bem, ser utilizado de acordo com a finalidade prevista.

Tiago Marrara, em trabalho intitulado " Uso de Bem Público", da Enciclopédia Jurídica da PUC de São Paulo (https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/31/edicao-1/uso-de-bem-publico), assim se pronuncia a respeito da cobrança de uso de um bem público:

> "Daí porque, a princípio, os bens de uso especial também são compatíveis tanto com usos privativos por pessoas físicas ou jurídicas, **de modo remunerado ou não**, quanto com usos comuns pelo povo ou outras formas de uso especial secundário.
> (...)
> Em segundo lugar, o uso comum é geralmente gratuito. O Estado dispõe o bem ao uso da coletividade muitas vezes sem exigir um preço de utilização. **Contudo, o preço é possível como valor de retribuição de uso, tal como explicitamente autoriza o Código Civil brasileiro (art. 103)**. E esse uso comum pode ser remunerado tanto em bens de uso comum do povo, quanto em **bens de uso especial ou bens dominicais**. Assim, não importa se o uso comum é primário ou secundário, **sua cobrança é legal em qualquer hipótese** e, na prática, serve para estimular ou desestimular a demanda de uso, para garantir suas utilidades, para levantar recursos à manutenção do bem etc.".

Portanto, não há qualquer irregularidade em se cobrar pelo uso do aterro sanitário de Uberaba, logicamente daqueles que manifestarem na sua proposta a vontade dele se utilizar.

Dessa maneira, não assiste razão à impugnante quando afirma que o dever de motivação dos atos administrativos faz *"necessária a prova efetiva de que o valor oriundo da outorga foi empregado em melhorias para o sistema*." O entendimento do TCE foi descontextualizado, perdendo o sentido. Não há que se falar em prova efetiva de emprego de recursos quando a licitação sequer teve um vencedor.

Pelo exposto e esclarecidas as informações, não cabe provimento à impugnação apresentada com relação a este aspecto.

3.2 Ausência de informações suficientes acerca do estado atual do aterro municipal de Uberaba imprescindíveis para a elaboração das propostas

Reclama a impugnante que o Edital deveria indicar detalhadamente as condições do aterro para que se pudesse analisar as intervenções necessárias à sua regularização. Afirma sobre a área do aterro municipal que:

> "há fortes indícios de que o aterro municipal apresente irregularidades e passivos ambientais, os quais não foram identificados no Edital, sendo impossível, quiçá ilegal, para as licitantes elaborar proposta adequada para o caso concreto."

Não procede a percepção de "indícios" de irregularidades e passivos ambientais do impugnante. Em primeiro lugar, a competência para realizar o licenciamento ambiental em seu território é do Município. A Instrução Normativa SEMAN n° 01/2018 e a Orientação Técnica/Jurídica SEMAN n° 01/2018, por exemplo, estabelece ser da competência da Secretaria Municipal de Meio Ambiente (SEMAN) de Uberaba o

Licenciamento Ambiental de Uberaba nos termos do acordo de cooperação firmado entre o SEMAD (Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável) e o Município de Uberaba. O inteiro teor do acordo consta do site do Estado de Minas Gerais[1] e teve seu extrato devidamente publicado no Diário do Executivo – Minas Gerais – Caderno 1 – 18.12.2019 – pág. 29

Prevê a cláusula primeira desse Termo de Cooperação:

> "1. CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO
>
> 1.1. Este convênio tem por objeto estabelecer a cooperação técnica e administrava entre as partes, visando especialmente à delegação ao MUNICÍPIO das ações administravas referentes a intervenções ambientais passíveis de autorização pelo órgão ambiental estadual e ao licenciamento ambiental de atividades e empreendimentos efetiva ou potencialmente poluidores nos limites territoriais do MUNICÍPIO."

Diga-se mais que a Lei Complementar Federal n° 140/2011, ao fixar as normas para a "cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas (...) à proteção do meio ambiente", estabelece:

> Art. 4º Os entes federativos podem valer-se, entre outros, dos seguintes instrumentos de cooperação institucional:
>
> (...)

[1] http://www.meioambiente.mg.gov.br/images/stories/2020/REGULARIZACAO/MUNICIPAL/CONV%C3%8ANIOS°/uberaba.pdf)

> II - convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público, respeitado o art. 241 da Constituição Federal;
>
> (...)
>
> V - delegação de atribuições de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar;
>
> VI - delegação da execução de ações administrativas de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos nesta Lei Complementar."

Como referência, o Capítulo 4.2 do Relatório de Estudos de Engenharia e Afins, disponibilizado juntamente ao Edital e Anexos, apresenta o histórico de licenciamento pela SEMAD – MG[2], sendo a primeira LO (Licença de Operação) emitida em 2009 e a renovação da LO encaminhada para ao município "possuidor de convênio com o estado".

A Secretaria Municipal responsável pelo licenciamento regularizou a operação do Aterro até que finalize o apropriado licenciamento através do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) formalizado no dia 29/09/2020. O Anexo III – Termo de Administração do Aterro apresenta o referido TAC na íntegra. Informa que o processo de licenciamento está em curso, que os prazos vêm sendo cumpridos pelo empreendedor e apresenta as obrigações, até a efetiva emissão da LO, de manutenção de vias de acesso e sinalização, entrega de documentos e auto monitoramento da operação.

[2] (http://www.siam.mg.gov.br/siam/empreendedor/emprto_emprdor_list.jsp?cod_tipo_licenca=12&cod_empreendimento=24059&cod_atividades=&num_pa=&ano_pa=&tipoProcesso=1)

A celebração do TAC entre a Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Uberaba e o CODAU é totalmente hígido e válido por ser o órgão competente para a emissão do Licenciamento Ambiental.

No trabalho de Vanessa Vilarino Louzada, da Universidade do Paraná (Pós Graduação em Direito Ambiental) – "DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL COMO MEIO EFICIENTE DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS" (https://acervodigital.ufpr.br/), assim se expressa:

> "O termo de ajustamento de conduta tem por objeto a conformação às exigências da lei vigente ao momento da ocorrência da ameaça ou da violação do direito transindividual, para proteção ao meio ambiente, consumidor, ordem urbanística, patrimônio cultural, ordem econômica e economia popular, outros interesses difusos e coletivos (Lei LACP), somando-se ainda danos ao patrimônio público e social, prevenção de acidentes do trabalho, defender interesses de população indígena, crianças e adolescentes, pessoas idosas ou portadores de deficiência, investigar abusos do poder econômico, defender contribuintes, apurar falhas da Administração na prestação de serviços, acesso a educação.
>
> (...)
>
> Dado seu objeto, o objetivo portanto é adequar a conduta do causador (ou possível causador) do dano metaindividual, ainda que potencial, estipulando obrigações de fazer e de não fazer ou, ainda, de dar, conforme a amplitude da lesão, bem como a reparação a título de tutela específica ou reparatória/compensatória, tudo para observância do mínimo previsto pela legislação em vigor, em harmonia com os princípios que regem o direito."

E ainda completa:

> “Assim, quanto à legitimação ativa para a formalização do ajuste de conduta, firma-se ideia a partir da interpretação art. 5.º, § 6.º, da LACP e o disposto no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, referindo que "os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais...".

Deve ser informado ainda que, na forma esclarecida pelo Ministério Público, não foi por ele firmado qualquer TAC com o Município de Uberaba em relação ao aterro sanitário.

Não há, por outro lado, qualquer crime na operação do aterro sanitário, eis que devidamente autorizado pelo órgão ambiental competente (Secretaria Municipal de Meio Ambiente de Uberaba).

Com relação à consulta feita ao site da FEAM, o que o recorte parece informar é que a contaminação da área do aterro estaria ainda sob procedimento de investigação confirmatória, não havendo nas informações apresentadas qualquer declaração conclusiva de contaminação. De fato, o que se tem é um TAC entre a SEMAN e o CODAU em que aquela autarquia municipal se compromete a realizar ações periódicas referidas acima.

O cumprimento das exigências técnicas das Licenças e do TAC, a responsabilidade sobre os passivos ambientais já existentes ou originados em data anterior à data da assunção dos serviços, bem como pelas compensações ambientais e condicionantes que não estejam previstas no Edital é do Poder Concedente, conforme item 10 do Anexo VII – Matriz de Riscos.

Não há, portanto, ausência de informação acerca do estado atual do aterro e a responsabilidade pelos passivos anteriores ao início da concessão estão bem delimitadas no Edital e seus anexos.

3.3 Ausência de clareza em relação à contabilização de resíduos recebidos de outros Municípios a título de projeto associado para fins de apuração das metas contratuais

As dúvidas suscitadas nos Itens 36 e 37 do pedido de impugnação estão esclarecidas nas tabelas 2, 3 e 4 do Anexo I - Caderno de Encargos, onde se indica que as metas de redução da disposição de resíduos sólidos orgânicos e recicláveis secos, bem com a emissão de GEE, referem-se ao aterro sanitário **administrado** pela Concessionária.

A análise do regramento contido do Anexo I – Caderno de Encargos claramente indica que o volume de resíduos desviado do aterro será aferido por meio de valores percentuais. Ou seja, se o aterro administrado pela Concessionária receber resíduos de outros municípios de fora do CONVALE, esses resíduos serão considerados nos estudos de gravimetria periódicos e os percentuais de desvio constantes nas metas de redução das frações seca e orgânica do período deverão considerá-los separadamente, de acordo com o início do recebimento de resíduos de cada novo município.

As metas estipuladas não atingem outros serviços extraordinários.

3.4 Impacto desproporcional do descumprimento das metas e indicadores de desempenho na tarifa de RDO: cumulação (bis in idem) de descontos

A formulação do texto do Impugnante induz a uma interpretação equivocada do tema. Primeiramente, as metas referenciadas na Cláusula 7.2.3 do Contrato, contidas no Anexo I – Caderno de Encargos, estão relacionadas somente à “redução de resíduos encaminhados para o aterro”.

> **"9.9 Marco para Cobrança Integral da Tarifa**
> O modelo foi desenvolvido para escalonar, a cobrança do valor integral da tarifa. Este "marco' é definido pelo momento em que as metas da PNRS para o ano 5, relacionadas à redução dos resíduos encaminhados para o aterro, são alcançadas (Tabela 2 e Tabela 3)."

Desta forma, os demais indicadores definidos para avaliar o desempenho do futuro concessionário, não estão relacionados com o marco que autoriza a cobrança de 100% da Tarifa Base.

Outro aspecto importante a ser destacado é que o Fator de Avaliação não incide sobre o valor da Tarifa Base, e sim sobre o **seu reajuste**, não sendo pertinente a afirmativa do Impugnante, no "item 43" do referido pedido, a qual alega que *"o não atendimento aos indicadores de desempenho pode afetar em até 10% o valor da tarifa base"*.

Vale esclarecer que o desempenho da futura concessionária será avaliado por critérios operacionais e socioambientais, dos quais o atingimento das metas de redução de envio de resíduos para o aterro, significam 2/12 do total de indicadores de avaliação e, por definição da NT 001/20 FUNASA/SPPI/MDR, somente poderão ser aferidos a partir do ano 5. Até lá, o desempenho da concessionária relacionado a este item não será mensurado, por não haver tal obrigatoriedade de cumprimento entre os anos 1 e 4.

Uma vez atingidas, minimamente, as metas de redução de envio de resíduos para o aterro, a concessionária fará jus ao recebimento de 100% da Tarifa Base, inclusive, se o fizer antes do ano 5 (Anexo II – Contrato de Concessão / Cláusula 7.2.5).

Somente a partir do ano 5, a concessionária será avaliada de acordo com os critérios estabelecidos no Anexo VI – Indicadores de Desempenho.

Como demonstrado, não há um *bis in idem*, como diz a impugnante. Como diz a própria citação de Marcelo Harger, trazida pela impugnante, a proporcionalidade consiste "no aspecto da amplitude ou intensidade da atuação administrativa em relação aos fins que objetiva atingir." E o fim a ser atingido, baseado no interesse público, traz, como acima explicado, a exigência de avaliação do trabalho a ser desempenhado pela concessionária, valorando-o e, portanto, escalonando em marcos a serem atingidos pela futura concessionária.

Carlos Maurício Lociks de Araújo, na Revista TCU 2004 – págs. 19 e seguintes, em trabalho intitulado "Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e seu campo de aplicação nos julgados do TCU", assim apresenta a questão da proporcionalidade:

> "Para Celso Antônio Bandeira de Mello, esse princípio é uma faceta da razoabilidade. Com efeito, o ato que impõe ao administrado um ônus exorbitante em relação aos benefícios dele esperado, ou seja, que é desproporcional, não pode ser considerado razoável. A medida considerada desproporcional é também irrazoável por ser ilógica, incongruente, inadequada ao fim almejado na norma que, em tese, lhe dá amparo."

Citando ainda o v. Acórdão 1260/2003, do Plenário, continua o referido autor:

> "Tendo em vista a essencialidade dos serviços contratados – manutenção de elevadores –, ponderou-se que o princípio da proporcionalidade deveria nortear a solução do impasse, autorizando o gestor a privilegiar o interesse público, materializado na segurança necessária ao uso dos elevadores."

Conclui, portanto, que:

> "(...), entende-se demonstrado que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com enfoque nas decisões do TCU, permitem conciliar o interesse público e outras diretrizes da Administração com o rigor do princípio da legalidade que, eventualmente, pode gerar situações desarrazoadas ou provocar danos desproporcionais aos benefícios dele esperados."

Assim, no caso em questão, não se pode dizer que há uma desproporcionalidade excessiva para a futura concessionária, visando as regras editalícias aqui impugnadas o interesse público maior e o atendimento às exigências legais e do meio ambiente.

Portanto, não há o que se falar em "impacto cumulativo e desproporcional do eventual descumprimento de metas e indicadores de desempenho na tarifa", pois o valor da Tarifa Base sempre estará preservado.

3.5 Ausência de indicação dos bens reversíveis

A Impugnante entende não ter sido observada a exigência contida no artigo 18, inciso X, da Lei de Concessões (Lei n° 8.987/1995), no sentido de o Edital conter a relação dos bens reversíveis.

Como consta do segundo parágrafo (52) de sua impugnação, "**Edital e o Contrato estabeleçam regras sobre o regime de bens reversíveis, não há nenhuma menção, lista ou rol que descreva os bens existentes que já serão transferidos à concessionária sob a condição de bens reversíveis**".

Não assiste razão à Impugnante. Vejamos:

Os bens reversíveis foram citados. De fato, houve indicação e discriminação em diversos tópicos ao longo do Edital. E, ainda, por não se tratar de concessão anterior, não há que se falar em afronta à legislação vigente.

O que a Lei 8.987/95 quer evitar é a completa falta de indicação dos bens reversíveis no edital, impossibilitando que o licitante saiba quais bens deverão ou não ser amortizados durante a concessão, e impossibilitando também que a Administração adequadamente reverta os bens necessários à prestação do serviço público ao final da concessão.

Nesse sentido, temos os Anexos III (Termo de Administração e Recebimento do Aterro Sanitário Municipal) e XIII (Termo de Opção – Aterro Sanitário Municipal de Uberaba), que igualmente preveem que a área inicial para disposição dos resíduos poderá ser ofertada para as licitantes que assim optarem em sua proposta no aterro sanitário de Uberaba, “juntamente com as instalações nele existentes” (conforme consta expressamente do item 4 do Anexo I - Caderno de Encargos).

Aponta-se ainda que o Anexo III (Termo de Administração e Recebimento do Aterro Sanitário Municipal) apresenta a descrição do aterro, com suas medidas e localizações, bem como as instalações existentes, inclusive imagens do local.

Diga-se mais, o Edital indica quais são os bens a serem implantados pela concessionária, valendo lembrar o item 4 do Anexo I – Caderno de Encargos, onde se verifica a obrigação da concessionária em instalar as unidades de apoio operacional, tais como: “4.1 Ponto de Abastecimento de Veículos”; “4.2 Oficina e Almoxarifado”; “4. 3 Ponto Posto de Lavagem e Lubrificação” etc.

Outrossim, merece ser considerado o fato de que se trata de concessão de prazo muito extenso (30 anos), e que o Consórcio, visando o interesse público, teve por objetivo não limitar (*numerus clausus*) a oferta de novas tecnologias pelos licitantes nos anos futuros. É justamente por essa faculdade dada à administração pública que o art. 31, II, da Lei 8.987/95 obriga a concessionária a manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão.

Em momento algum o edital obrigou a aquisição de patrimônio certo, tampouco a investimentos certos. Foi indicado um mínimo necessário exigível e, a partir daí, o contrato deu liberdade à concessionária para montar e manter seus serviços do modo mais eficiente possível.

Como visto, o edital indicou claramente **o único bem que será eventualmente** (caso a concessionária assim o deseje – na forma indicada em sua proposta) **transferido, ou seja, o aterro de Uberaba e suas instalações**. Ademais, como não se trata de um caso de sucessão de concessionárias, não há bens reversíveis passíveis de caracterização, conforme dispõe o art. 18, XI, da Lei 8.987/95:

> Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:
> XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, **nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior**; (grifo nosso)

Uma leitura atenta do ANEXO II (Minuta do contrato) permite verificar que a lista mencionada no item 25.2 se refere exclusivamente aqueles bens que pertençam à concessionária ou seja por ela adquiridos para a execução do contrato, de acordo com o item 25.1.2.

Além disso, como exige o entendimento doutrinário e as decisões dos Tribunais de Contas a respeito do tema, obriga o Edital em seu ANEXO II (Minuta do contrato) a concessionária manter os bens reversíveis (item 25.3), reposição dos bens (item 25.3.1), depreciação integral dos bens reversíveis durante o período da concessão (item 25.4), proibição de alienação e cessão (item 25.6), etc.

Portanto, considerando que o presente Edital (i) identifica o único bem que poderá ser objeto de transferência para a concessionária (caso ela venha optar em sua proposta – o aterro de Uberaba), discriminando cada uma de suas instalações, com imagens e detalhamento do estado; (ii) exige e aponta os bens a serem fornecidos pela concessionária, de sua titularidade, especificando suas características; (iii) disciplina o regime dos bens reversíveis e o procedimento de reversão, (iv) traz a obrigatoriedade de os bens da concessionária reverterem em proveito do Poder Público cabendo, na verdade, à concessionária apresentar uma listagem com os dados dos bens e estado dos bens de sua titularidade necessários à prestação dos serviços, não merecem prosperar os argumentos da Impugnante.

3.6 Indefinição quanto à atuação da agência reguladora e do Concedente na fiscalização dos serviços

Entende a Impugnante haver indefinição quanto aos limites de atuação da agência reguladora e do Poder Concedente. Entretanto, inexiste qualquer sobreposição ou confusão na fiscalização e aplicação de medidas, pois tratando-se de meio ambiente, pode-se afirmar que a competência é comum em consonância com o teor do artigo 23 da Constituição da República, a qual atribui a todos os entes federativos o dever de proteção do meio ambiente.

Ademais, a aplicação das penalidades, nos termos do próprio artigo 38 da Lei 8.987/1995, deve respeitar “as normas convencionadas entre as partes", restando-nos, ainda, de forma análoga, constar que tanto a ANAC quanto a ANEEL, ambas agências reguladoras, disciplinam a forma a instauração do processo de caducidade:

> “Art. 9º O descumprimento do DECi ou do FECi, isoladamente ou em conjunto, por 3 (três) anos consecutivos ou do critério de eficiência com relação à gestão econômico-financeira por 2 (dois) anos consecutivos, caracteriza a

> inadimplência contratual da concessionária e **implicará na abertura pela ANEEL do processo administrativo punitivo voltado à aplicação da penalidade de declaração de caducidade da concessão**, nos termos da Resolução Normativa nº 846, de 11 de junho de 2019, ou normas supervenientes que vierem a sucedê-la." (Resolução Normativa ANEEL nº 896, de 17 de novembro de 2020)
>
> "Art. 3º Em caso de instauração de processo de caducidade do contrato de concessão, qualificação da concessão para relicitação, deferimento de pedido de recuperação judicial ou pedido de falência da Concessionária de aeroporto, esta deverá disponibilizar lista de todos os bens existentes no sítio aeroportuário, com as seguintes informações:" (Resolução ANAC nº 533, de 7 de novembro de 2019)

Pelo exposto e esclarecidas as informações, não cabe provimento à impugnação apresentada também com relação a este aspecto.

3.7 Ausência de justificativas para o valor previsto para remuneração da agência reguladora

O valor definido para custeio das atividades da Agência Reguladora, foi considerado na modelagem econômico-financeira e, portanto, integra o valor da tarifa base (R$/m³) definida para o certame.

Estudos realizados pelo Governo Federal (https://www.ppi.gov.br/residuos-solidos-urbano - **Modelo Regulatório - Modelos padrão de regulação das PPPs no setor de resíduos sólidos)** que avaliam e propõem modelo de regulação para a atividade de manejo de resíduos sólidos urbanos em projeto de PPPs, indicam referências que apontam que as taxas de custeio da atividade reguladora devem variar de 1% à 3% do

faturamento das concessionárias, quando se tratam de agências reguladoras municipais. Neste caso podemos observar que o valor destinado para custeio de tais atividades representa 2,58%, portanto dentro do intervalo apontado nos estudos.

O estudo também dimensiona o porte da Agência Reguladora, de acordo com o contingente populacional regulado.

> "O projeto REGULASAN realizou outra estimativa para o dimensionamento de agências, levando em conta duas dimensões principais de eficiência na atividade regulatória: as economias de escala (número de economias reguladas) e economias de escopo (número de serviços regulados). Nesse exercício, para o dimensionamento da estrutura mínima das agências reguladoras de saneamento (água e esgoto) foram considerados três tamanhos de agência, a saber, sendo o limiar estabelecido em termos do contingente populacional regulado:

Quadro 15 - Definição do porte de agências

Porte	Limiar	Média de funcionários por 1.000 economias
Pequeno	Até 100.000	0,124
Médio	Até 1.000.000	0,026
Grande	Até 15.000.000	0,008

Fonte: GUIA REGULASAN (2018)

Com base no estudo, a Agência Reguladora foi dimensionada como de médio porte, tendo em vista, o projeto CONVALE reunir uma população de aproximadamente 433 mil habitantes.

Outro aspecto observado no estudo é que foi indicado o valor referência de custeio anual de uma agência reguladora para atender ao projeto, sem considerar eventual economia de escopo.

> "Como resultado do exercício, foram obtidos os orçamentos apresentados a seguir, que não considera o potencial de economias de escopo que o regulador possa obter no contexto do projeto com uma adesão a agência de abrangência geográfica mais ampla."

Quadro 20 - Dimensionamento para os pilotos do FEP – agência individual

	Pequeno	Médio
São Simão-GO	R$ 4.522.923,18	
Bauru-SP		R$ 6.606.754,39
Teresina-PI		R$ 6.606.754,39
COMARES-CE		R$ 6.606.754,39
CONVALE-MG		R$ 6.606.754,39

Fonte: elaboração dos consultores a partir de fontes indicadas na metodologia.

Considerando a existência da ARISB (agência reguladora em atividade), definiu-se pela economia de escala e de escopo, levando em conta a possibilidade de aproveitamento de uma capacidade já instalada, o que também justifica o valor adotado.

Por outro lado, no que diz respeito à decisão trazida do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina (apesar de não dizer a fonte de onde foi obtida), deve ser considerado que o artigo 18, XV, da Lei 8.987/ trata da concessão de serviço precedida da execução de obra pública, o que não é o caso desta licitação.

Assim dispõe o referido dispositivo legal:

> "XV - nos casos de **concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública**, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem

> assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;"

Paulo Timponi Torrent, em trabalho intitulado Concessões de Serviços Públicos, demonstra a distinção entre os dois contratos:

> "Cabe mencionar, a partir dos ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho, a distinção, feita pela lei, de duas modalidades de concessão: a concessão de serviço público e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública.
>
> A concessão simples tem por objeto imediato a execução de determinada atividade caracterizada como serviço público, a ser desfrutada pela coletividade[4].
>
> Por outro lado, a concessão precedida de obra pública compreende uma duplicidade de objeto. "O primeiro deles encerra um ajuste entre o concedente e o concessionário para o fim de ser executada determinada obra pública. Há aqui verdadeiro contrato de construção de obra, assemelhado aos contratos administrativos de obra em geral, deles se distinguindo, contudo, pela circunstância de que o concedente não remunera o concessionário pela execução"[5]. O segundo objeto desta modalidade de concessão será a transferência da exploração da obra que foi realizada, por prazo determinado. O serviço público de exploração daquela obra é que se traduz na real concessão." (https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/40011/concessoes-de-servicos-publicos).

A própria Lei de Concessões, em seu artigo 2º., diferencia as duas atividades da seguinte forma:

> “II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;
>
> III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;”

Vale também mencionar os ensinamentos sobre a concessão de obra pública nas palavras de Odete Medauar:

> "Concessão de serviço público precedida de obra pública, também denominada concessão de obra pública consiste na construção, conservação, reforma, melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder público, mediante concorrência, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, para realiza-la por sua conta e risco, remunerando-se o investimento pela exploração do serviço ou da obra por prazo determinado (art. 2º, III da Lei 8.987/95), por exemplo: construção de estrada com remuneração propiciada pelo pedágio" (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 18ªedição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p.249).

Pelo exposto e esclarecidas as informações, não cabe provimento à impugnação apresentada também com relação a este aspecto.

3.8 Vício na estruturação tarifária

A impugnante questiona a metodologia utilizada para determinação da estrutura tarifária, que está fundamentada numa correlação entre o consumo de água e a geração de resíduos.

A relação da variável de consumo de água com a geração de resíduos sólidos domiciliares para fins de cobrança da tarifa de resíduos sólidos domiciliares, tem sido utilizada em outros estados brasileiros (Paraná, Espírito Santo, São Paulo) e é respaldada em estudos técnicos.

Via de regra, qualquer critério que se utilize para o rateio dos custos de coleta, tratamento e disposição final dos resíduos sólidos urbanos, entre a população usuária do sistema, apresentará algum nível de imprecisão na distribuição do custo dos serviços, frente a particularidade da demanda de cada usuário (volume, peso e composição dos resíduos gerados, distância dos pontos de tratamento e destinação final etc.).

O modelo proposto (cobrança de tarifa por uso do serviço) visa minimizar distorções entre o serviço prestado e a cobrança realizada, passando a cobrar do usuário, por sua efetiva geração de resíduo. O rateio dos custos de coleta, tratamento e disposição final dos resíduos sólidos urbanos, com base no consumo de água, promove uma adequada distribuição dos custos do serviço entre a demanda de cada usuário, inclusive com maior precisão quando comparado a “frequência de coleta”, “área construída”, dentre outros.

“Outro fato importante, é que a geração de resíduo não possui absolutamente nenhuma relação com a área de um imóvel. Deve ser considerado também, que os imóveis que não estão sendo habitados pagam por um serviço que não é utilizado, o que caracteriza uma injustiça, uma vez que se no imóvel não é habitado não ocorre geração de resíduos.” (SERVIÇO AUTÔNOMO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTO – SAMAE TIMBÓ - SETOR TÉCNICO.)

“De forma geral, as metodologias utilizadas até o momento têm se mostrado pouco eficazes em atender ao princípio que permite cobrar do gerador de resíduos sólidos de acordo com a sua capacidade de produzir tais resíduos. A área construída e a localização do imóvel são critérios bastante razoáveis para atender ao princípio da capacidade pagamento, mas pouco eficazes quanto à capacidade geradora. Sabe-se que a geração de resíduos sólidos está associada a fatores como renda, idade e nível educacional, difíceis de serem mensurados. Entretanto, recentemente, alguns estudos têm mostrado que há significativa correlação entre o consumo de água por economias (ou domicílios) e geração de resíduos.” Assim, a metodologia proposta por D’ella (2000 apud Onofre, 2011) consiste em incluir o volume de água consumido pelas economias no cálculo da taxa de coleta de lixo, como na equação a seguir” (PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO DE LAGOA SANTA – MG)

“Os resultados também mostraram fortes relações entre o consumo de água e o consumo de energia elétrica com a geração de RSD, quando os dados foram tratados de forma agrupada, por faixas de consumo, mostrando ser possível estimar a quantidade de RSD gerada por uma edificação a partir do seu consumo de água ou de energia elétrica” (FRANCO, D.; DE CASTILHOS JR, A.B. E.; DE SOUZA, K.S)

Outrossim, importante atentar que foi fixado um limite máximo para cobrança da tarifa, com o objetivo de, justamente, não penalizar as economias que não se enquadram como Grandes Geradores, e que possuem um consumo de água elevado.

Em relação ao art. 35 da Lei Federal nº 11.445/2007 o modelo proposto atende a Lei Federal uma vez que considera não só o consumo de água, como também a característica da área (tipo de ocupação). Sendo que os critérios elencados no artigo 35 (i ao v) são componentes que "poderão" ser utilizados, não havendo obrigatoriedade na lei de utilização de todos os componentes de forma conjunta.

> "Art. 35. As taxas ou as tarifas decorrentes da prestação de serviço de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos considerarão a destinação adequada dos resíduos coletados e o nível de renda da população da área atendida, de forma isolada ou combinada, e **poderão**, ainda, considerar: (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020) **(grifo nosso)**
> I - (revogado); (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)
> II - as características dos lotes e as áreas que podem ser neles edificadas; (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)
> III - o peso ou o volume médio coletado por habitante ou por domicílio.
> IV - o consumo de água; e (Redação pela Lei nº 14.026, de 2020)
> V - a frequência de coleta. (Incluído pela Lei nº 14.026, de 2020)"

Ademais, foi utilizado no modelo tarifário o "Fator de Uso", referente ao tipo de ocupação, que está associado às características dos resíduos produzidos e aos fatores socioeconômicos dos usuários.

O "Fator de Uso" tem como objetivo priorizar a atenção administrativa no sentido de proteger as camadas sociais reconhecidamente mais pobres, utilizando como base as categorias já existentes atualmente na estrutura tarifária de água e esgotamento

sanitário. Assim, o modelo tarifário foi desenvolvido para ser condizente com uma estrutura de cobrança socialmente justa economicamente coerente com seus objetivos.

Portanto, fica exposto que a Estrutura Tarifária proposta no modelo apresentado está em linha com a legislação vigente, em consonância com seus aspectos técnicos, sociais e econômicos, não cabendo razão à impugnação apresentada com relação a este aspecto.

Pelo exposto e esclarecidas as informações, não cabe provimento à impugnação apresentada também com relação a este aspecto.

3.9 Vícios nas definições técnicas e econômico-financeiras para caracterização do objeto da concessão:

3.9.1 – Impossibilidade de formulação adequada das propostas.

Inicialmente, a Impugnante alega impossibilidade na formulação adequada das propostas, sob o argumento do não atendimento do inciso XV, do Artº 18, da Lei 8.987/2005.

O inciso XV, do Artº 18, da Lei 8.987/2005, se refere aos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, o que não é o caso desta licitação. Por outro lado, o referido artigo legal não exige a apresentação de projeto básico, mas sim dos dados relativos à obra (repita-se, o que não é o caso do presente processo licitatório), incluindo-se os elementos do projeto básico que permitam a sua plena caracterização e as garantias exigidas para esta parte específica do contrato, isto é, a execução da obra pública.

Sendo assim, desde já incorre num equívoco a tentativa de a impugnante alegar vícios nas definições técnicas para caracterização do objeto da concessão.

A seguir são elencadas outras inconsistências contidas no pleito.

3.9.2 - Ausência de informações quanto à classificação dos resíduos gerados

Aponta a impugnante a ausência de referência a leis municipais que tratam de grandes geradores e da ausência de caracterização dos resíduos objeto do Edital. Incorre em erro ao não observar as informações contidas no Edital, seus anexos e os relatórios que o acompanham.

Grandes geradores: As leis municipais, como a lei municipal 10.697/08[3] e o decreto regulamentador de grandes geradores[4] (dec. 1.365/2017) estão descritos no Relatório de Estudos de Engenharia e Afins disponibilizado junto com o edital para orientar a elaboração das propostas pelos licitantes. Tais resíduos não fazem parte do objeto do contrato. Caso queira prestar este serviço, o futuro concessionário encontra-se automaticamente autorizado pelo Poder Concedente, nos termos do item 7.1.3 da Minuta do Contrato que trata dos serviços complementares, alternativos e acessórios.

Não há incongruência entre o texto resposta da consulta pública do edital reproduzido pela impugnante e as exigências de cumprimento de metas relacionadas à gravimetria. O primeiro justifica o uso de gravimetria para fins de escolha de tecnologias. As metas, diferentemente, deverão ser apuradas conforme a situação de fato encontrada pela concessionária ao iniciar a operação. Portanto, faz-se necessária a realização de gravimetria a partir da ordem de serviço e, posteriormente, duas vezes ao ano, conforme o Anexo I – Caderno de Encargos.

A avaliação regular das características dos resíduos tratados evita que a concessionária seja penalizada, ou beneficiada, em caso de alterações da composição gravimétrica abruptas de um ano para o outro, ou mesmo suavizadas ao longo da concessão. Por exemplo, o acompanhamento da meta de redução de GEE se dará pela

3 Lei em vigor modificada pela lei 12.100/14 citada pelo impugnante
4 Regulamenta os Grandes Geradores de que trata a Seção I do Capítulo III do Título III da Lei Municipal nº 10.697/2008, que "Dispõe sobre a Organização do Sistema de Limpeza Urbana do Município de Uberaba" e dá outras providências.

observação dos gases efetivamente captados no aterro comparados com os gases potencialmente gerados pelo tipo de resíduo recebido calculado por metodologia internacional. Essa potencialidade somente poderá ser calculada para características de resíduos reais, do momento da avaliação, para comparar com o gás captado real medido por manômetro, também durante a operação.

O Edital evitou imputar ao concessionário a redução de GEE e demais metas sobre resíduos com características diferentes das que encontrar, ainda que tivessem sido observadas recentemente, com um, dois ou três anos antes do início da operação.

O risco sobre a composição gravimétrica a que se refere a impugnante no item 91, também não procede. Refere-se a receitas extraordinárias ou acessórias cujos riscos, em qualquer circunstância, serão imputados à concessionária, conforme item 43 do Anexo VII – Matriz de Riscos:

> *"Todos os riscos relacionados à exploração de atividades que gerem receitas extraordinárias e possíveis prejuízos que resultem de sua execução."*

3.9.3 Contradição de informações quanto à quantificação dos resíduos gerados

A quantidade de resíduos gerados de RDO e RPU estimados para os 30 anos de contrato está apresentada na Tabela do 1 do Anexo I – Caderno de Encargos. A quantidade estimada por município no horizonte do projeto está detalhada no Anexo II-A do Relatório de Estudos de Engenharia e Afins.

Com os valores de RDO para o ano 1 (116 mil t/ano ou 370 t/dia) construiu-se o balanço de massa para beneficiamento dos resíduos potencialmente recicláveis e da fração orgânica (item 4.5 do relatório) e escolha da alternativa de tecnologia de redução de resíduos orgânicos aterrados e de emissão de GEE apresentada no Relatório de Estudos de Engenharia e Afins.

O RPU de Uberaba é considerado no cálculo da vida útil do aterro, estimada conforme Anexo II-B do Relatório de Estudos de Engenharia e Afins, que considera, também, a entrada em operação da unidade tecnológica e o aumento da coleta seletiva.

Os números e o balanço de massas do Anexo I – Caderno de Encargos estão coerentes com o Relatório de Estudos de Engenharia e Afins e deve ser utilizado como referência para construção da proposta do licitante. Os licitantes poderão revisar os estudos com base em sua experiência e construir sua proposta de acordo com estimativas médias de geração de resíduos para os 30 anos da concessão, conforme sugere o impugnante. Porém, devem considerar que os limites da matriz de riscos referem-se à estimativa do projeto apresentado junto ao Edital.

Para corrigir variações na geração de resíduos estimada e do consumo de água estimados, a cada 5 anos haverá revisão do Coeficiente de Geração com a consequente revisão da tarifa, conforme item 9.8 do Anexo I – Caderno de Encargos. O Anexo VII – Matriz de Riscos estabelece os limites de variação de resíduos geradores de equilíbrio do contrato.

3.9.4 Vícios na definição das tecnologias definidas nos estudos que embasaram o Edital

O projeto referencial foi desenvolvido com base nos estudos existentes e informações de fornecedores das tecnologias disponíveis no Brasil. O licitante poderá apresentar proposta diferente, com tecnologia diferente do projeto referencial, inclusive tecnologias de coprocessamento defendidas pela impugnante, desde que atenda aos critérios de desempenho, as diretrizes da PNRS, a legislação vigente e os demais condicionantes contidos no Edital de Concessão e seus anexos.

Como se trata de uma concessão regida pela Lei 8987/95, e não uma licitação de aquisição de bens e serviços regida pela Lei 8.666/93, o projeto básico construído é apenas referencial e a fiscalização se fará com base em indicadores de desempenho, não em quantidades de insumos entregues. Ou seja, as estratégias, tecnologias e quantitativos do projeto básico não são vinculantes, cabendo à futura concessionária apresentar a rota tecnológica e a tecnologia de beneficiamento que implantará, que poderá ser diferente da utilizada no projeto básico.

Para construção de sua proposta de preços, espera-se que o proponente visite os locais de prestação dos serviços e desenvolva os estudos necessários. Após a assinatura do contrato, as soluções da concessionária deverão ser apresentadas ao Poder Concedente na forma de Projeto Executivo, conforme detalhado no Caderno de Encargos.

3.9.5 - Demais inconsistências técnicas para a devida caracterização do objeto

a) As diretrizes ambientais legais aplicáveis aos investimentos e operação do projeto e que deverão ser observadas pelo concessionário estão listadas no PIGIRS, item 3.2 – Arcabouço Legal, onde se apresentam as leis federais, estaduais e municipais aplicáveis, os decretos e notas técnicas, as resoluções CONAMA e as normas técnicas da ABNT. Estão refletidas em todos os documentos do projeto, com destaque para as soluções de passivos e metas ambientais do PIGIRS, para as determinações do Anexo I – Caderno de Encargos quanto à implantação da unidade tecnológica (item 3,1); para encerramento e monitoramento de aterros (item 6.2.2); para os sistemas de implantação do novo aterro (item 6.3.3); e para elaboração dos projetos de remediação dos lixões (item 7.3). Também orientaram a elaboração do projeto referencial apresentado no Relatório de Estudos de Engenharia e Afins.

b) Os investimentos estimados da licitação estão calculados e apresentados no Plano de Negócios referencial, com valores de Capex e de Opex detalhados. Por não serem vinculantes, a licitante deverá elaborar sua própria estrutura de custos de acordo com sua experiência e apresentar sua alternativa no Projeto Executivo previsto para submissão ao poder concedente no início do contrato de concessão.
c) Os limites da variação de geração de resíduos que ensejará o reequilíbrio do contrato foi uma opção do projeto com base em estimativas consolidadas na experiência brasileira e na literatura técnica.
d) As diretrizes técnicas do Anexo I – Caderno de Encargos estão bastante detalhadas em todo o anexo, com destaque para os itens 5 e 6, que tratam da coleta e destinação, e o item 8, referente ao nível de serviço mínimo esperado.
e) Os programas sociais têm seus objetivos, duração e público alvo declarados no item 7 do Anexo I – Caderno de Encargos. O Plano a ser apresentado pela concessionária deverá ser aprovado pelo poder concedente. O item 8.1 do Plano de negócios Referencial apresenta os custos estimados de cada programa.

As considerações sobre tributos não possuem fundamentos, pois o modelo também não considera as receitas de comercialização de recicláveis e compostos, cabendo a decisão pela execução de tais atividades à futura concessionária, desde que observadas as regras dispostas no Edital e seus Anexos.

No que diz respeito à caracterização dos serviços de coleta e destinação não resta dúvida quanto a clareza do objeto do Edital quando, explicitamente, delimita os serviços a coleta de RDO e destinação final do RDO e RPU. A decisão por prestar serviços envolvendo outros tipos de resíduos, também é prerrogativa da futura concessionária, desde que observadas as regras contidas no Edital e seus Anexos.

Sendo assim, ratifica-se não haver fundamento em tais afirmações, tal qual as apresentadas anteriormente para este item e respondidas acima.

4 – CONCLUSÃO

Pelo exposto acima, a Comissão Especial de Licitações conhece a impugnação apresentada e, no mérito, NEGA PROVIMENTO com fundamento nas razões acima alinhadas.