



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA

EDITAL Nº SF. 001/2018

RESPOSTA - IMPUGNAÇÃO AO EDITAL DE LICITAÇÃO

INTERESSADO: Sindicato dos Engenheiros no Estado de São Paulo – SEESP

Trata-se de impugnação ao EDITAL Nº SF. 001/2018 (Processo nº 12091-959115/2016), apresentada pelo Sindicato dos Engenheiros no Estado de São Paulo – SEESP, em via física, em 24 de setembro de 2018, às 17h12.

A COMISSÃO DE LICITAÇÃO, nos termos do §1º do artigo 41, da Lei federal n. 8.666/93 e do item 1.6.2 do EDITAL, conhece a impugnação, mas, no mérito, julga-a IMPROCEDENTE pelas seguintes razões:

DA IMPUGNAÇÃO

A Impugnante, em suma, ataca a Cláusula Quarta, Subcláusula Primeira, inciso “ii” da minuta do novo Contrato de Concessão a ser firmado pela CESP para a Usina de Porto Primavera, aprovado pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL em Despacho de 30.05.2018, publicado no Diário Oficial da União em 06.06.2018 e que constou como Anexo IV ao EDITAL Nº SF. 001/2018 (Processo nº 12091-959115/2016).

Elenca, para tanto, os seguintes argumentos:

- i. Vício de ilegalidade da delegação de competência, alegando que (a) a ANEEL não poderia delegar à Concessionária a competência por definir o



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA

- “aproveitamento ótimo”; e (b) nem mesmo a agência teria essa competência, a qual, desde 2004, “retornou ao Poder Concedente”;
- ii. Vício de ilegalidade na realização dos estudos após a licitação, alegando que, nos termos do art. 5º, §2º, da Lei nº 9.074/1995 “nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do ‘aproveitamento ótimo’ pelo poder concedente”;
- iii. Existência de uma recomendação do Tribunal de Contas da União - TCU para que o Ministério de Minas e Energia - MME avaliasse “a oportunidade e conveniência de buscar meios próprios para desenvolver os estudos” e a suposta falta de resposta ao TCU por parte do Ministério; e
- iv. A ausência de manifestação do MME.

DA INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA PELA IMPUGNANTE

O parágrafo 1º, do artigo 41 da Lei federal n. 8.666/93 reconhece que qualquer cidadão é parte legítima para “impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei”.

No caso concreto, a Impugnante impugna unicamente um dispositivo do Contrato de Concessão a ser celebrado entre a concessionária e a ANEEL, cuja competência para alteração não cabe ao Estado de São Paulo, mas a própria ANEEL. É o que dispõe o Decreto nº 9.271/2018:

Art. 3º A minuta de contrato de concessão de geração de energia elétrica deverá ser aprovada pela Aneel e integrará o edital do leilão de privatização da pessoa jurídica de que trata o caput do art. 1º.

Ou seja, a impugnação não tem por objeto qualquer irregularidade em relação à aplicação da Lei federal n.8.666/93 ao EDITAL N° SF. 001/2018, mas, sim, matéria afeta exclusivamente à ANEEL, o que, por si só, demonstra seu total descabimento no caso.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA

omitiu o fato de que o Poder Concedente delegou à ANEEL essa competência por meio do art. 1º, inciso II, do Decreto nº 4.932, de 23 de dezembro de 2003 (com redação dada pelo Decreto nº 4.970/2004):

Art. 1º Ficam delegadas à Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL:
I - as competências estabelecidas nos arts. 3º-A, 26 e 28 da Lei no 9.427, de 26 de dezembro de 1996; e
II - a definição do "aproveitamento ótimo" de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 5º da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.

Recentemente o dispositivo *supra* foi revogado, tendo seu conteúdo sido integralmente transposto para o Decreto nº 5.163/2004 (por meio do Decreto nº 9.415/2018), que regulamenta o setor elétrico e suas instituições:

Art. 75-A. Ficam delegadas à Aneel:
I - a competência estabelecida no art. 28, § 3º, da Lei nº 9.427, de 1996; e
II - a definição do 'aproveitamento ótimo' de que tratam os § 2º e § 3º do art. 5º da Lei nº 9.074, de 1995.

Assim, é evidente que o argumento da Impugnante não se sustenta, sendo claro que a ANEEL sim possui competência para a definição de "aproveitamento ótimo".

Ainda com relação ao primeiro item da Impugnação, o argumento de que a ANEEL estaria delegando a competência sob comento para a concessionária tampouco se sustenta, sendo desconstruída pela simples leitura do dispositivo contratual:

II. Elaborar estudo de viabilidade técnica e econômica para identificação do aproveitamento ótimo da UHE, considerando as estruturas civis existentes, e submetê-los à avaliação da ANEEL no prazo de 24 (vinte e quatro) meses após a assinatura deste contrato, observando a legislação e a regulamentação específicas, e promover a eventual ampliação da UHE, se assim determinado pelo Poder Concedente, observado o disposto na Subcláusula Sexta da Cláusula Terceira deste Contrato.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA

concreto e, conseqüentemente, sua improcedência. De todo modo, passa-se à análise dos argumentos apontados pela Impugnante.

DO MÉRITO DA IMPUGNAÇÃO

Conforme já foi dito, o Impugnante fundamenta seu pedido nos seguintes argumentos:

- i. Vício de ilegalidade da delegação de competência, alegando que (a) a ANEEL não poderia delegar à Concessionária a competência por definir o "aproveitamento ótimo"; e (b) nem mesmo a agência teria essa competência, a qual, desde 2004, "retornou ao Poder Concedente";
- ii. Vício de ilegalidade na realização dos estudos após a licitação, alegando que, nos termos do art. 5º, §2º, da Lei nº 9.074/1995 "nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do 'aproveitamento ótimo' pelo poder concedente";
- iii. Existência de uma recomendação do Tribunal de Contas da União - TCU para que o Ministério de Minas e Energia - MME avaliasse "a oportunidade e conveniência de buscar meios próprios para desenvolver os estudos" e a suposta falta de resposta ao TCU por parte do Ministério; e
- iv. A ausência de manifestação do MME.

Com relação ao item "i", importa esclarecer que não há qualquer vício de ilegalidade quanto à competência da ANEEL, senão vejamos.

Consoante narrado na Impugnação, o art. 5º, §2º, da Lei nº 9.074/95, prevê que o "aproveitamento ótimo" será definido "pelo Poder Concedente". Quando da criação da ANEEL, essa competência foi a ela atribuída pelo art. 3º, III, da Lei nº 9.427/1996. Tal dispositivo, de fato, foi revogado quando da reforma do setor, pelo art. 32 da Lei nº 10.848/04 (Lei de conversão da MP nº 144/2003), como narrado pelo SEESP, contudo



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA

Note-se que o texto é claro ao delimitar sua aplicação a novos empreendimentos, o que não é o caso da CESP. Essa delimitação está clara no próprio dispositivo aventado pela Impugnante (art. 5º, §2º), que estabelece a possibilidade de “*ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo*”. Por óbvio, a elaboração dos projetos básico e executivo somente pode ocorrer previamente à construção do empreendimento, logo não há que se falar da aplicação desse dispositivo a licitações que envolvam empreendimentos existentes.

Adicionalmente, é importante notar que a mesma lei (Lei nº 9.074/95) normatiza o processo que está sendo levado a cabo pelo Estado de São Paulo, sem fazer qualquer menção à tal “*definição do aproveitamento ótimo*” previamente à licitação – dado que inaplicável. Verbis:

Art. 27. Nos casos em que os serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou com a prorrogação das concessões existentes a União, exceto quanto aos serviços públicos de telecomunicações, poderá:

I - utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão, observada a necessidade da venda de quantidades mínimas de quotas ou ações que garantam a transferência do controle societário;

II - fixar, previamente, o valor das quotas ou ações de sua propriedade a serem alienadas, e proceder a licitação na modalidade de concorrência.

§ 1º Na hipótese de prorrogação, esta poderá ser feita por prazos diferenciados, de forma a que os termos finais de todas as concessões prorrogadas ocorram no mesmo prazo que será o necessário à amortização dos investimentos, limitado a trinta anos, contado a partir da assinatura do novo contrato de concessão.

§ 2º Na elaboração dos editais de privatização de empresas concessionárias de serviço público, a União deverá atender às exigências das Leis nºs 8.031, de 1990 e 8.987, de 1995, inclusive quanto à publicação das cláusulas essenciais do contrato e do prazo da concessão.

§ 3º O disposto neste artigo poderá ainda ser aplicado no caso de privatização de concessionário de serviço público sob controle direto ou



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA

O texto do dispositivo contratual é claro ao determinar a obrigação de a Concessionária realizar estudos para a "identificação do aproveitamento ótimo" – definição essa que cabe à ANEEL. Em nenhum momento transfere-se a competência, sendo certo que a alegação da Impugnante não possui embasamento fático ou legal.

Nesse sentido, refutado o item "i" da Impugnação ao EDITAL.

Com relação ao item "ii", a Impugnante sustenta que a realização dos estudos objeto da Cláusula Quarta, Subcláusula Primeira, alínea II, após a licitação do controle acionário da CESP pelo Governo do Estado de São Paulo seria ilegal. Também em relação a esse questionamento a Impugnação não merece prosperar.

Para a correta compreensão do tema, necessário transcrever todo o dispositivo legal:

Art. 5º São objeto de concessão, mediante licitação:

I - o aproveitamento de potenciais hidráulicos e a implantação de usinas termoelétricas de potência superior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) destinados a execução de serviço público;

II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) destinados a produção independente de energia elétrica;

III - de UBP, o aproveitamento de potenciais hidráulicos de potência superior a 50.000 kW (cinquenta mil quilowatts) destinados a uso exclusivo de autoprodutor, resguardado direito adquirido relativo às concessões existentes.

§ 1º Nas licitações previstas neste e no artigo seguinte, o poder concedente deverá especificar as finalidades do aproveitamento ou da implantação das usinas.

§ 2º Nenhum aproveitamento hidrelétrico poderá ser licitado sem a definição do "aproveitamento ótimo" pelo poder concedente, **podendo ser atribuída ao licitante vencedor a responsabilidade pelo desenvolvimento dos projetos básico e executivo.**

§ 3º Considera-se "aproveitamento ótimo", todo potencial definido em sua concepção global pelo melhor eixo do barramento, arranjo físico geral, níveis d'água operativos, reservatório e potência, integrante da alternativa escolhida para divisão de quedas de uma bacia hidrográfica.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA

indireto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, no âmbito de suas respectivas competências.

Art. 28. Nos casos de privatização, nos termos do artigo anterior, é facultado ao poder concedente outorgar novas concessões sem efetuar a reversão prévia dos bens vinculados ao respectivo serviço público.

§ 1º Em caso de privatização de empresa detentora de concessão ou autorização de geração de energia elétrica, é igualmente facultado ao poder concedente alterar o regime de exploração, no todo ou em parte, para produção independente, inclusive, quanto às condições de extinção da concessão ou autorização e de encampação das instalações, bem como da indenização porventura devida.

§ 2º A alteração de regime referida no parágrafo anterior deverá observar as condições para tanto estabelecidas no respectivo edital, previamente aprovado pela ANEEL.

Art. 30. O disposto nos arts. 27 e 28 aplica-se, ainda, aos casos em que o titular da concessão ou autorização de competência da União for empresa sob controle direto ou indireto dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, desde que as partes acordem quanto às regras estabelecidas.

Ou seja, a licitação da CESP se enquadra no comando dos arts. 27, 28 e 30, e não naquele constante do art. 5º da mesma lei.

Pelo exposto, é certo que a Impugnação não merece prosperar também em relação a esse argumento.

Por fim, em relação aos itens "iii" e "iv" da Impugnação, destaca-se que, conforme narrado na própria Impugnação, a recomendação do TCU não é vinculante, podendo ou não "ser cumprida" pelo ente fiscalizado.

O SEESP externa seu entendimento em relação ao tema técnico – *destoante do entendimento do MME e da ANEEL* – e se vale desse entendimento para Impugnar o EDITAL, sem alegar qualquer ilegalidade no posicionamento dos órgãos envolvidos.



GOVERNO DO ESTADO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DA FAZENDA

A simples discordância de posicionamento técnico emitido pelas entidades competentes não é fonte de direito, logo não pode embasar uma impugnação ao EDITAL, resultado de processo administrativo ampla e plenamente instruído.

Por fim, observa-se que a própria impugnação expressamente narra a diligência do Ministério de Minas e Energia, que oficiou a ANEEL para que apresentasse as motivações da cláusula contratual atacada e, posteriormente, de posse da resposta, informou ao TCU seu posicionamento.

Diante do exposto, a COMISSÃO DE LICITAÇÃO, nos termos do §1º do artigo 41, da Lei federal n. 8.666/93 e do item 1.6.2 do EDITAL, conhece a impugnação, mas, no mérito, julga-a IMPROCEDENTE.

São Paulo, 27 de setembro de 2018.

COMISSÃO DE LICITAÇÃO

Joelma Juliana Araujo de Melo

Tomás Bruginski de Paula

Jorge Luiz Avila da Silva

Fábio Bernacchi Maia