



TRIBUNAL
DE CONTAS
DE SANTA
CATARINA

PROCESSO: **@PAP 24/80029292**

AUTUADO: **19/03/2024** PROTOCOLO: **9941/2024**

RELATOR: **CONSELHEIRO José Nei Alberton Ascari**

UN. GESTORA: **Prefeitura Municipal de Capivari de Baixo**

RESPONSÁVEL: **Márcia Roberg Cargnin**

INTERESSADO: **AEGEA Saneamento e Participações S.A., Prefeitura Municipal de Capivari de Baixo**

ESPÉCIE: **Procedimento Apuratorio Preliminar**

ASSUNTO: **Possíveis irregularidades na Concorrência Pública 04/2023 – Concessão da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Município**

EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DO EGRÉGIO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA – TCE/SC

Ref.: Edital da Concorrência Pública nº 04/2023 – Concessão da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário do Município de Capivari de Baixo, Estado SC.

AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A., pessoa jurídica de direito privado, CNPJ n. 08.827.501/0001-58, com sede na Avenida Brigadeiro Faria Lima, 1663, 1º andar, Ed. Plaza São Lourenço, Jardim Paulistano, São Paulo/SP – CEP 01452-001 (doc. 01)¹, vem, respeitosamente, por seus advogados (doc. 02), com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei Federal n. 8.666/1993², arts. 1º, inciso XVI, e 114-A, do Regimento Interno TCE/SC, e arts. 22, 29 e 30 da Instrução Normativa N.TC-0021/2015³, apresentar **DENÚNCIA/REPRESENTAÇÃO c/c PEDIDO**

¹ Líder no setor privado de saneamento básico brasileiro. São mais de 31 milhões de pessoas atendidas em 505 cidades de 14 estados - <https://www.aegea.com.br/quem-somos/>.

² Lei que a Administração Pública Municipal escolheu para reger o procedimento licitatório, nos termos do instrumento convocatório e de acordo com o art. 191 da Lei Federal n. 14.133/2021.

³ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto. § 1º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

Art. 114-A. Em caso de urgência, havendo fundada ameaça de grave lesão ao erário ou fundados indícios de favorecimento pessoal ou de terceiros, bem como para assegurar a eficácia da decisão de mérito, mediante requerimento ou por iniciativa própria, o Relator, com ou sem a prévia manifestação do responsável, do interessado ou do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por meio de decisão singular, determinará à autoridade competente a sustação do ato até decisão ulterior que revogue a medida ou até a deliberação pelo Tribunal Pleno.

Art. 1º Ao Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição do Estado e na forma da legislação vigente, em especial da sua Lei Orgânica: [...] XVI - decidir sobre denúncia que lhe seja encaminhada por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, e sobre representação, na forma prevista neste Regimento.

LIMINAR em razão de irregularidades constatadas no **Edital da Concorrência Pública n. 04/2023**, lançado pelo **MUNICÍPIO DE CAPIVARI DE BAIXO**, unidade gestora representada pela Exma. Prefeita Municipal, **MARCIA ROBERG CARGNIN**, com endereço funcional na Avenida Ernâni Cotrim, n. 187, Centro, Capivari de Baixo, conforme os seguintes fundamentos de fato e de direito a seguir expostos:

I. SÍNTESE DO PROCESSO LICITATÓRIO

1. A Concorrência Pública em apreço destina-se a selecionar a proposta mais vantajosa para celebração de Contrato de Concessão para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município de Capivari de Baixo/SC, pelo prazo de 35 (trinta e cinco) anos, com valor estimado em R\$ 750.204.968,00 (setecentos e cinquenta milhões, duzentos e quatro mil e novecentos e sessenta e oito reais), consoante se infere do instrumento convocatório do Edital da Concorrência Pública – Concorrência n° 04/2023.
2. Em sede de controle prévio sobre a futura concessão do serviço público (Instrução Normativa n. TC-0022/2015⁴), este Egrégio Tribunal, lastreado por pareceres da Diretoria de Licitações e Contratações (doc. 03) e do Ministério Público de Contas (doc. 04), exarou orientação técnica recomendando a promoção de ajustes no Edital pela Unidade Gestora, conforme se extrai da decisão singular proferida nos autos da @LCC 23/00405789 (doc. 05).

Art. 22. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica, poderá representar ao Tribunal de Contas do Estado, nos termos do §1º do art. 113 da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, em face de irregularidades em licitações, contratos e instrumentos congêneres.

Parágrafo único. As denúncias e representações que tratem das irregularidades previstas no caput deste artigo serão recepcionadas como Representação, nos termos do art. 113, §1º, da Lei n. 8.666/93.

Art. 29. Em caso de urgência, de fundada ameaça de grave lesão ao erário ou a direito dos licitantes, de fundados indícios de favorecimento pessoal ou de terceiros e para assegurar a eficácia da decisão de mérito, o Relator poderá determinar à autoridade competente a sustação do procedimento licitatório, bem como dos atos administrativos vinculados à execução do contrato, incluídos quaisquer pagamentos decorrentes do contrato impugnado, até decisão posterior que revogue a medida ou até a decisão definitiva, nos termos do art. 114-A do Regimento Interno desta Casa – Resolução n. TC-06/2001.

Art. 30. As representações com fundamento no §1º do art. 113 da Lei n. 8.666/93, os processos de análise de edital de licitação e aqueles que tiverem medida cautelar em vigor serão considerados de natureza urgente e terão tramitação preferencial.

⁴ Normativa do Tribunal de Contas do Estado SC que “estabelece procedimentos para o controle e orientação referente à etapa de planejamento das Concessões Administrativas e Patrocinadas (denominadas de Parcerias Público-Privadas - PPP) e das Concessões Comuns, a serem exercidos pelo Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina”.

3. Em que pese a relevância do objeto licitado e o teor da recomendação provida do órgão de controle (docs. 04, 04 e 05), o Poder Concedente, através da Prefeitura Municipal de Capivari de Baixo/SC, limitou-se a republicar o Edital de Licitação da Concorrência Pública n. 004/2023, promovendo ligeiras e insuficientes alterações no instrumento convocatório.
4. Visando à correção e à adequação de diversos itens editalícios, a Representante impugnou tempesivamente os termos do Edital da Concorrência Pública – Concorrência nº 04/2023 (itens 9 e 10 do próprio Edital).
5. No entanto, em que pese o protocolo da Impugnação Administrativa ter sido realizado há mais de trinta dias (07/02/2024), nenhuma providência foi adotada pela Unidade Gestora até o momento, que, ao que se tem notícia, sequer analisou os termos da manifestação endereçada pela representante.
6. Conforme será demonstrado, a manutenção de tais irregularidades é potencialmente capaz, sem qualquer exagero, de comprometer a lisura e a ampla concorrência do certame e, conseqüentemente, a escolha da proposta mais vantajosa ao interesse público, **sobretudo porque, mesmo após receber recomendações providas deste E. TCE/SC (docs. 04, 04 e 05), restou indevidamente mantida, até o presente momento, a adoção do critério de julgamento da licitação pela combinação da melhor técnica com o menor valor da tarifa, o que macula de subjetividade o julgamento das propostas.**
7. Vejamos.

II – INDEVIDA UTILIZAÇÃO DO TIPO “TÉCNICA E PREÇO” COMO CRITÉRIO DE JULGAMENTO DO CERTAME

8. Nos termos do Edital, “o julgamento final das propostas será efetuado mediante cálculo da pontuação final, considerando as notas da proposta técnica e da proposta comercial, que terão, respectivamente, pesos 60 (sessenta) e 40 (quarenta)” (item 49).
9. A escolha do critério, no entanto, é eivada de irregularidades e de todo descabida, não apenas porque há muito os órgãos de controle (incluído este E. TCE/SC) estabeleceram entendimento diverso, haja vista não tratar a presente licitação de serviços de natureza predominantemente intelectual a ensejar a

tipologia “técnica e preço” (art. 46 da Lei n. 8.666/1993), **mas também porque esta Corte de Contas, em procedimento prévio (@LCC 23/00405789), já endereçou ao Poder Concedente recomendação de alteração ou justificativa quanto à utilização do tipo *técnica e preço*, o que não foi observado no momento de republicação do Edital.**

10. Isso posto, vejamos, uma a uma, as razões que demonstram a necessidade de retificação do instrumento convocatório.

II.1 - Objeto da contratação não possui natureza predominantemente intelectual. Significativo amadurecimento do setor privado de saneamento básico no Brasil.

11. Todo e qualquer processo licitatório objetiva selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, preceito que se extrai da Lei n. 8.666/1993⁵ (legislação que rege o presente certame) e da *nova* Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021⁶).

12. Norteada por tal premissa, a Lei n. 8.666/1993 admite excepcionalmente a realização de licitações do tipo “técnica e preço”:

Art. 46. Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados **exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual**, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4º do artigo anterior.

[...] § 3º **Excepcionalmente, os tipos de licitação previstos neste artigo poderão ser adotados**, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto

⁵ Art. 5º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

⁶ Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto.

majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório.

13. Ou seja, a aplicação do excepcional critério “técnica e preço” se restringe a situações específicas, nas quais o objeto da contratação: (a) seja dotado de natureza predominantemente intelectual; (b) seja majoritariamente dependente de tecnologia sofisticada e de domínio restrito; (c) admita soluções alternativas e variações de execução, com repercussão significativa sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis⁷.
14. Com efeito, ao conjugar critérios de julgamento não pautados exclusivamente na economicidade da proposta (“menor preço”), o tipo de licitação “técnica e preço” pode vir a ensejar a contratação de proposta que não seja necessariamente a mais vantajosa para o interesse público, ocasionando a majoração dos custos suportados pela Administração Pública ou pelos usuários para efetivar a contratação dos serviços públicos.
15. Nesse sentido, discorre Marçal Justen Filho:

“As licitações de melhor técnica e de técnica e preço foram **reservadas para situações especialíssimas**. Devem ser praticadas como exceção, sendo a regra a licitação de menor preço. Assim se passa porque a conjugação dos critérios técnicos e de preço conduz à **possibilidade de sagrar-se vencedora a proposta que não apresente o menor preço**. Somente se justifica que a Administração desembolse valor superior ao **menor preço disponível no mercado** quando isso envolver benefícios e **vantagens indispensáveis à satisfação mais adequada de suas necessidades**”.⁸

⁷ Segundo o Tribunal de Contas da União, hipóteses excepcionais seriam aquelas em que o objeto da licitação é marcado por inovação tecnológica ou cuja execução comporte variações que possam influenciar sua qualidade, rendimento ou durabilidade (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e Contratos: Orientações e Jurisprudência do TCU. Brasília: TCU, 4 ed. 2010. p. 135-134).

⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17. ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 978.

- 16. No caso concreto, forçoso reconhecer que a excepcional adoção do critério “técnica e preço” é inaplicável, pois concessões de saneamento básico, embora relevantes, constituem serviços de natureza simples, e a técnica envolvida na sua prestação é amplamente dominada pelo mercado especializado, inexistindo a necessidade de inovação tecnológica para além daquelas disponíveis no mercado para a execução dos serviços a serem concedidos.
- 17. Não à toa, exatamente por se tratar de hipótese excepcional, a opção pelo critério “técnica e preço” gera à Administração o dever de fundamentar a escolha, justificando devidamente os benefícios ao interesse público que se espera obter por meio da respectiva contratação.
- 18. Por isso, é importante pontuar, antes que se diga o contrário, que a representante não desconhece a utilização do critério “técnica e preço” em certames do segmento realizados anteriormente, quando o setor de saneamento ainda dava seus primeiros passos dentro do cenário da infraestrutura nacional, em um passado distante da atual realidade.
- 19. Ocorre que o significativo amadurecimento do setor, fomentado por diversos fatores sociais e econômicos, além de mudanças no contexto jurídico-institucional, permitiu a entrada de novos *players* no setor e o aumento exponencial do investimento público e privado sobre os serviços.
- 20. Felizmente, de modo muito distinto daquela realidade que se vislumbrava há pouco mais de uma década, quando a adoção do critério “técnica e preço” sobre procedimentos licitatórios cujo objeto era a delegação da operação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário era justificável, hoje o país conta com uma ampla gama especializada de profissionais, instituições públicas e regulatórias sólidas e organizações privadas que dominam a tecnologia operacional dos serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto.
- 21. Em se tratando de serviços públicos de saneamento básico, deve-se acrescentar, ainda, que as alterações instituídas pela Lei n. 14.026/2020 (o Novo Marco Regulatório do Saneamento Básico) tornaram altamente recomendável a adoção de critérios de julgamento que privilegiem a modicidade tarifária. Da mesma forma, o Decreto n. 11.599/2023 prevê que serão priorizados na alocação de recursos públicos federais os projetos cujas licitações adotem como critério de

Documento assinado por: Mosimann, Augusto | Matrícula: 2009/01024 - 12.86.69

seleção a modicidade tarifária e a antecipação da universalização do serviço público de saneamento⁹.

22. Nesse mesmo sentido, a Norma de Referência n. 6/2024 da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA (aprovada pela Resolução n. 183/2024) recomenda que os editais de licitação para a concessão dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário prevejam critérios de julgamento que considerem a redução do valor da tarifa de referência dos serviços, com vistas à modicidade tarifária (art. 11, parágrafo único).

23. Registra-se, por fim, que a supressão do critério de julgamento pela técnica não significa que os usuários não terão a garantia de acesso a serviços de qualidade. Para obter a captura dos ganhos de eficiência, basta que a concessão: (i) estabeleça alocação eficiente de riscos e responsabilidades entre Poder Concedente e Concessionário(a); (ii) promova a instituição de sistema de aferição de desempenho do(a) Concessionário(a) que crie incentivos para o atendimento das obrigações contratuais, especialmente das metas de universalização, com foco em obrigações de resultado e não de meio; e (iii) defina como critério para a seleção do(a) Concessionário(a) o menor valor da tarifa ou da contraprestação paga pelo Poder Concedente (no caso de parcerias público-privadas) e/ou o maior valor de outorga, quando houver viabilidade para tanto, afastando-se critérios de técnica em função do alto grau de subjetividade.

24. Em resumo, em projetos julgados por técnica e preço, a captura dos ganhos de eficiência pelo Poder Público fica evidentemente prejudicada, na medida em que o peso do desconto sobre a tarifa acaba sendo muito menor com a presença do elemento “técnica”, razão pela qual mostra-se necessária a retificação do instrumento convocatório, nos termos da fundamentação.¹⁰

⁹ Art. 16. Na alocação de recursos públicos federais e nos financiamentos com recursos da União ou com recursos geridos ou operados por órgãos ou entidades da União serão priorizados os projetos cujas licitações adotem como critério de seleção a modicidade tarifária e a antecipação da universalização do serviço público de saneamento.

¹⁰ No caso concreto, o prejuízo à obtenção da melhor proposta é ainda mais maior, uma vez que restou atribuído à proposta técnica o peso de 60% da nota final, contra apenas 40% atribuído à nota da proposta comercial, privilegiando demasiadamente um suposto domínio tecnológico sofisticado – que sequer se aplica à prestação dos serviços em voga –, em detrimento da busca pela menor tarifa.

II.2 – Posicionamento consolidado do TCE/SC e de outros Tribunais de Contas da Federação. Injustificada resistência à recomendação firmada no Processo @LCC 23/00405789.

25. A matéria em debate não é nova à Administração de Capivari de Baixo.

26. Ao auditar o edital de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, a Diretoria de Licitações e Contratações lavrou parecer – avalizado pelo MPC (doc. 04) e acolhido pelo E. Relator dos autos LCC 23/00405789 (doc. 05) – nos seguintes termos (doc. 03):

“[...] (j) **Indevida utilização do tipo “técnica e preço”**, uma vez que são utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, nos termos do artigo 46 da Lei Federal nº 8.666/93.

Importante orientar o Poder Concedente no sentido de que **o mercado das concessões da área de saneamento não utiliza o tipo “técnica e preço” e, mesmo que essa prática tenha ocorrido no passado, foi de modo excepcional.**

Averigua-se que atualmente esse segmento está consolidado especialmente pela oferta da menor tarifa (menor preço), conforme o caso, medida também mais adequada à modicidade tarifária e, portanto, aqui recomendada.

Cita-se, como exemplo, o recente edital de Concorrência nº 12/2022 do município de Pomerode, que utilizou como critério de julgamento uma combinação entre menor tarifa, limitada a 15% de desconto, e como critério de desempate o maior valor de outorga. Constatou-se que o referido certame contou com a participação de 25 empresas”.

[...]

“A Diretoria de Licitações e Contratações sugere ao Exmo. Relator Conselheiro José Nel Alberto Ascari”:

[...]

“3.2.2.10. **Alterar ou justificar a utilização do tipo “técnica e preço”**, uma vez que são utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral, em atenção ao art. 46 da Lei (federal) nº 8.666/93” [...].

27. Ao receber a recomendação, a **Prefeitura Municipal de Capivari de Baixo não seguiu nenhum dos dois caminhos sugeridos pelo órgão de controle**. Republicou o edital mantendo a adoção do mesmo critério de julgamento (“técnica e preço”), sob a afirmação de que “a licitação que versa sobre o elemento técnica deve ser aplicada quando a necessidade da Administração Pública envolver características especiais, que não possam ser satisfeitas por meio dos produtos padronizados, como *in casu*” (doc. 06).
28. Ocorre que, como já mencionado, por se tratar de hipótese excepcional, a Administração deveria fundamentar a escolha do critério eleito, justificando adequadamente o motivo pelo qual optou por mitigar a busca pela modicidade tarifária se o objeto da contratação não possui natureza intelectual predominante. Ou seja, seria necessária a identificação adequada das “*características especiais*” vislumbradas no caso concreto que autorizariam a escolha do critério de técnica e preço, bem como a apresentação de atestação por autoridade técnica de reconhecida qualificação, nos termos do art. 46, § 3º, da Lei n. 8.666/1993.
29. É exatamente por isso, isto é, pelo fato de os serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário consistirem em atividade empresarial sólida e já difundida no mercado, que este Tribunal de Contas, tal qual no procedimento prévio (@LCC 23/00405789), já se manifestou em recentes e diversas oportunidades estabelecendo “que a regra é que a licitação do tipo técnica e preço deve ser adotada apenas quando os serviços de natureza predominantemente intelectual compreenderem a maior parte do objeto que se pretende contratar. [...] Em se tratando de exames realizados por esta DLC com base na IN nº TC-022/2015, **este TCE já tem orientado os jurisdicionados, por meio de orientações técnicas, sobre a inadequação da tipologia ‘técnica e preço’ em concessões de serviços de água e esgoto**, conforme relatórios técnicos produzidos nos Processos nº @LCC 22/00554405: Prefeitura Municipal de Guaramirim e @LCC 20/00530278: Prefeitura Municipal de Palhoça e Decisão Singular: GAC/CFF - 1576/2020” (Relatório DLC - 32/2023 – Ilhota/SC – doc. 07).
30. No paradigma do Município de Ilhota/SC, inclusive, houve ordem de sustação do andamento da licitação em razão da utilização do tipo “técnica e

preço”, o que levou a Prefeitura a republicar o instrumento convocatório, desta feita com o critério de julgamento pautado pelo “menor valor da tarifa”.¹¹

31. Para além disso, objetivando demonstrar que referido entendimento não é nem de longe isolado, foram localizados diversos julgados oriundos de outras Cortes de Contas, determinando que os certames sejam regidos por critérios exclusivamente econômicos¹²:

“O objeto da presente Concessão (serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário) não depende de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, assim, não é possível a utilização do previsto no art. 46, § 3º da Lei 8.666/93 para justificar o tipo licitatório adotado” (TCE/SP, TC-000406.989.25-6, TC-000457.989.23-4 e TC000580.989.23-4, rel. Sílvia Monteiro, Tribunal Pleno, j. 1º/03/2023)

“Contudo, analisando-se os documentos pertinentes às características do objeto da concessão, observa-se que **é indevida a utilização do critério “técnica e preço” uma vez que o objeto não abrange serviços de natureza predominantemente intelectual, pois focam na operação, manutenção, gestão e expansão dos serviços de saneamento básico** do município de Icó, cuja estrutura já está majoritariamente implantada e é atualmente administrada pelo Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Icó (SAAE), órgão da administração indireta do município.

(...) Dessa forma, observa-se que o critério de ‘técnica e preço’ não está sujeito à escolha arbitrária do administrador público, tratando-se de opção restrita a serviços que sejam de natureza predominantemente intelectual, ou que, mesmo não tendo essa natureza, se tratem de fornecimento de bens e execução de obras e serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito.

¹¹ Disponível em: <https://ilhota.sc.gov.br/licitacao/licitacao-218854/>

¹² Para além disso, as mais diversas licitações envolvendo concessões de serviços público de saneamento básico não têm adotado o critério “técnica” em seu julgamento. Foi o caso, por exemplo, da Concorrência nº 001/2020, da Sanesul, cujo objeto é parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, para prestação dos serviços de esgotamento sanitário em municípios do Mato Grosso do Sul; da Concorrência Internacional nº 01/2020, promovida pela CEDAE, com o objeto da concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de fornecimento de água e esgotamento sanitário e de serviços complementares em Municípios do Estado do Rio de Janeiro; da Concorrência Internacional nº 01/21, realizada pelo Estado do Amapá, cujo objeto é a concessão da prestação regionalizada dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário e dos serviços complementares dos municípios daquele Estado, dentre tantos outros certames de sobrelevada envergadura operacional e de investimentos, inclusive no Estado de Santa Catarina, como é o caso da Concorrência Pública nº 012/2022, deflagrada pelo Município de Pomerode.

Entende-se assim que tais normativos reservaram esse critério a situações bem específicas nas quais a técnica utilizada pelas licitantes poderia trazer diferenças significativas no resultado a ser entregue (sejam bens ou serviços), o que não ocorre nos casos em que os bens e serviços são padronizados com tecnologias amplamente conhecidas pelo mercado, como é o caso dos serviços de saneamento básico.

Conclui-se então que o critério 'técnica e preço' foi adotado indevidamente no presente caso, não trazendo vantagens significativas ao processo, porém atraindo riscos desnecessários de uma contratação a preços menos vantajosos já que seria dado menos relevância ao critério 'menor preço'” (TCE/CE, Inspeção nº 34214/2023-4, Relatório Preliminar nº 105/2023)

“Esse critério [técnica e preço], conforme o caput do art. 46 da Lei 8.666/93, será empregado exclusivamente para objetos caracterizados como serviços de natureza predominantemente intelectual, abrindo exceções, conforme o seu §3º, para casos como o de prestação de serviços de grande vulto, que geralmente se notabilizam os objetos contratados via concessões, porém atendendo a certos requisitos cumulativamente, como (i) majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada; (ii) tecnologia de domínio restrito; (iii) condições estas atestadas por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes. Ou seja, o legislador impõe significativas restrições ao uso desse tipo de licitação, a fim de que seu uso não seja banalizado a qualquer tipo de objeto, limitando possíveis restrições ao caráter competitivo dos certames.

(...) O setor de saneamento básico, em específico o de água e de esgoto, embora conte com pouca participação privada, segundo a Abcon Sindcon, algo em torno de 7%, compreende um mercado que apresenta um bom nível de maturidade técnica. **Há várias empresas e profissionais no mercado com capacidade técnica para atender as necessidades do Governo e das concessionárias, capazes de entregar o mesmo resultado almejado, seja em relação à qualidade, à produtividade e à durabilidade, por mais que haja variações de execução.**

(...) Em decorrência da identificação de várias empresas e profissionais, o objeto é facilmente acessível, não existindo, portanto, o domínio tecnológico restrito à poucas empresas e profissionais, atributo de um mercado com maturidade técnica. São eles: empresas prestadoras desse tipo de serviço; fornecedores de equipamentos; consultores técnicos do segmento; a academia, geralmente com atuação conjunta.

(...) Se o mercado de água e de esgoto se mostra maduro tecnicamente, com domínio amplo da técnica por várias empresas e profissionais, neste contexto, conforme o art. 46, §3º, da Lei 8.666/93, não preenche um dos requisitos, a de tecnologia de domínio restrito, para justificar a adoção do critério de julgamento técnica e preço. Logo, pelos aspectos técnicos e legais, a adoção desse critério de julgamento não se mostra a mais adequada para licitações em que o objeto corresponder a prestação de serviço cujo segmento seja maduro tecnicamente.” (TCE/GO, Processo n. 08845/23, Parecer n. 0021/2023 – CMECPPP, 08/12/2023).

32. O Judiciário tem precedentes na mesma linha. Ao julgar mandado de segurança em face do edital da licitação promovida pelo Município de Mairinque para a concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, o TJSP reputou não ser possível o emprego do critério de técnica e preço naquele caso, registrando que “considerando o objeto da licitação, o critério de julgamento das propostas não poderia ser a de técnica e preço, por expressa vedação contida no artigo 46 da Lei nº 8.666/1993”.
33. O TJSP, adotando trecho do parecer do Ministério Público, asseverou que, para garantir a capacidade técnica da licitante vencedora, deveria o Município se utilizar dos critérios de habilitação e de comissão de licitação apta a analisar seu cumprimento pelas licitantes e dispor do “*detalhamento técnico dos serviços a serem prestados, não dando margem para que o serviço seja prestado através de diferentes técnicas*”.
34. Nesse sentido, vale destacar a recente RECOMENDAÇÃO CONJUNTA do Ministério Público do Estado de Minas Gerais – MP/MG, publicada nos autos do Inquérito Civil MPMG-0251.23.000097-7, que foi instaurado no âmbito da Concorrência Pública 001/2023 do Município de Extrema, cujo objeto licitado é também a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário.
35. No caso, o MP/MG recomendou ao Município a suspensão do certame em razão de diversas irregularidades, dentre elas, a “inadequação conceitual e do risco à objetividade do certame e à economicidade trazidos pela adoção do critério técnica e preço, notadamente pela forma como feita no edital”. Com efeito, quanto à utilização do critério de julgamento “técnica e preço”, a Recomendação do MP/MG considerou que:

- (i) “o critério de melhor técnica não pode ser empregado em qualquer procedimento licitatório, mas tão somente nos casos em que houver predominância da natureza intelectual da maior parte do objeto”;
- (ii) “muitos dos critérios elencados para avaliação da proposta técnica – vg. conhecimento dos mananciais de abastecimento do município e de suas vazões, crescimento na capacidade de produção de água tratada, diminuição das perdas no sistema, melhoria nos índices de economias atendidas pelos serviços de saneamento básico e cronograma para universalização –, apesar de constituírem anseios legítimos do MUNICÍPIO DE EXTREMA, não perfazem, propriamente, técnica diferenciada e apta para valoração no processo licitatório, de modo que, juridicamente, melhor se amoldam a exigências do próprio edital, como, aliás, adverte a doutrina”;
- (iii) “a eleição do critério técnica e preço em hipótese na qual não há predominância da baliza intelectual, tampouco que se exija excepcional inovação tecnológica dos atores do mercado, acaba por retirar peso do critério de menor preço ao tomador dos serviços, circunstância que, em última instância, advoga contra a regra da modicidade tarifária”;
- (iv) “na concessão de serviços de saneamento básico, cujos prazos de concessão ultrapassam três décadas, não se apresenta apropriada predileção ou vinculação a técnica predeterminada, porque, ao contrário do que se pretende, o efeito pode engessar o futuro concessionário, retirando espaço para inovações e melhorias que surjam com o tempo”.

36. Nesse sentido, a referida Recomendação propõe que o Município de Extrema/MG revise o edital, especialmente, diante da “inadequação conceitual e do risco à objetividade do certame e à economicidade trazidos pela adoção do critério técnica e preço”.

37. Assim, em resumo, em razão da escolha do critério de julgamento da licitação, a modelagem jurídica da Concorrência n. 04/2023 do Município de Capivari de Baixo vai na contramão das melhores práticas do setor na última década, afastando a municipalidade da captura de ganhos de eficiência e obtenção de tarifas mais baixas.

38. Com efeito, o principal desafio para o setor, nos tempos atuais, é atingir a universalização dos serviços de saneamento por meio da majoração da capacidade de investimentos, em especial do prestador de serviços, e da sustentabilidade econômico-financeira dos serviços, à luz do Novo Marco Regulatório. Conforme as

alterações promovidas pela Lei n. 14.026/2020 na Lei n. 11.445/2007, os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário devem atender, respectivamente, 99% e 90% da população até 31 de dezembro de 2033.

39. O menor valor de tarifa privilegia o interesse público, não apenas em razão da economicidade obtida, mas porque a experiência mostra que o número de participantes em projetos cujo critério foi “técnica e preço” é inferior a certames julgados exclusivamente com base no preço, conclusão também constatada por este E. Tribunal nos autos @LCC 23/00405789: “cita-se, como exemplo, o recente edital de Concorrência nº 12/2022 do município de Pomerode, que utilizou como critério de julgamento uma combinação entre menor tarifa, limitada a 15% de desconto, e como critério de desempate o maior valor de outorga. **Constatou-se que o referido certame contou com a participação de 25 empresas**” (doc. 05).

40. Concluindo, o que se observa é que os serviços públicos objeto do contrato de concessão ora licitado não são revestidos de complexidade técnica, dependentes de tecnologia de domínio restrito, nem admitem soluções alternativas e variações de execução que repercutam significativamente sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, razão pela qual deve ser acolhida a presente representação e determinada à unidade gestora a republicação do Edital de Licitação, com alteração do critério de julgamento (combinação dos critérios “técnica e preço”) para critério exclusivamente baseado em preço (menor valor da tarifa e/ou maior valor de outorga).

III – ILEGALIDADE DOS CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS. EXCESSIVO SUBJETIVISMO DAS NOTAS.

41. Sucessivamente, na hipótese não aguardada de não ser determinado ao Poder Concedente a retificação do Edital nos aspectos alhures destacados, subsistiria a necessidade de revisão do critério de avaliação e pontuação das propostas técnicas.

42. Segundo o Anexo III do Edital (“Informações para Elaboração da Proposta Técnica”), a determinação final da nota técnica corresponderá à soma das avaliações atribuídas a cada item obrigatório do Envelope 01 (Proposta Técnica):

(i) conhecimento dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário existente; (ii) programa de trabalho proposto; (iii) programa de obras; (iv) programa de operação e manutenção; (v) programa de gestão comercial; e (vi) capacidade e experiência da licitante.

43. Evidentemente, tendo em vista a relevância e magnitude do objeto da Concorrência Pública n. 04/2023, é natural (e até mesmo recomendável) supor que a Administração Pública exija dos licitantes a comprovação de uma qualificação segura como critério de habilitação e que estabeleça um padrão mínimo de experiência anterior na execução a contento de objetos similares, compatível com a complexidade e as peculiaridades do empreendimento. Todavia, a necessidade de comprovação de robustez da capacidade técnica dos licitantes não pode se confundir, de forma alguma, com a exigência de proposta técnica.

44. No caso concreto, observa-se que a valoração da nota da Proposta Técnica varia de acordo com critérios excessivamente genéricos e abstratos, distantes do preconizado julgamento objetivo das propostas (art. 3º, Lei n. 8.666/1993).

45. Os termos utilizados para justificar a atribuição de nota a cada exigência editalícia (“atendeu *plenamente*”, “atendeu *satisfatoriamente*”, “atendeu *parcialmente*” e “não atendeu”) são típicos de análises subjetivas, comprometendo a competitividade e a isonomia que devem reger o certame, pois não é possível mensurar, com segurança e previsibilidade, o que será compreendido como *conhecimento mais profundo do problema* ou *conhecimento profundo e atualizado*, conjuntura fático-jurídica que viola regra universal das licitações, pois nunca se controverteu que, “por imperativo legal, o Edital de licitação deve expressar a modalidade, o regime da execução e o tipo de licitação, indicando, obrigatoriamente, o ‘critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos’ (art. 40, VII da Lei n. 8.666/93)” (TJSC, AC 2001.011449-6, rel. Des. Sônia Maria Schmitz, Terceira Câmara de Direito Público, j. 07.11.2006).

46. E ainda, segundo Marçal Justen Filho:

“A seleção da melhor técnica não pode se fazer por critérios aleatórios nem por preferências pessoais. A Administração deverá recorrer aos postulados da ciência e da arte, acolhendo padrões de excelência para nortear o julgamento. [...] **Insista-se em destacar que não basta o edital eleger critérios técnicos de julgamento.**”

É necessário estabelecer parâmetros objetivos de avaliação das propostas, de modo que o julgamento reflita uma avaliação consistente sobre a vantajosidade das ofertas dos particulares”.¹⁵

47. O subjetivismo da valoração da Proposta Técnica (anexo III do Edital) ainda é agravado em razão da existência de itens que abordem “conhecimentos dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário existente” (item i), “programa de obras” (item iii), “programa de operação e manutenção” (item iv) e “capacidade e experiência da licitante”, expondo os futuros proponentes ao elevado e desproporcional risco de desclassificação na hipótese de obtenção de nota zero em razão do desatendimento de eventual exigência editalícia (item 3.2 do anexo III do Edital).

48. Ao mesmo tempo, o instrumento convocatório também é marcado por notável contradição ao exigir do licitante a demonstração de experiência através de atestação técnica (item vi), mesma exigência, contudo, que não é estabelecida em relação ao critério de comprovação da capacidade administrativa de gestão comercial da proponente (item v), relevando, por qualquer ângulo de análise, o profundo e obscuro subjetivismo do Edital.

49. Diante disso, considerando que os critérios de avaliação são marcados por vícios irreparáveis, torna-se inafastável, em sede de controle externo de legalidade, seja ordenado a retificação do instrumento convocatório em questão, sob o risco de resultado tendencioso e parcial.

IV – ILEGAL DESVIRTUAMENTO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO: INSIGNIFICÂNCIA DA NOTA COMERCIAL. NOVO DESCUMPRIMENTO DO COMANDO EXARADO (LCC 23/00405789)

50. Além do subjetivismo empregado no julgamento das propostas, chama atenção na Concorrência Pública n. 04/2023 a adoção de fórmula que privilegia excessivamente a proposta técnica em detrimento da proposta comercial. É o que

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. Ed. São Paulo: RT, 2014. p. 840.

Disponibilizado pelo Diário Oficial do Município de Florianópolis em 21/02/2023 - 05:46:56

se extrai da leitura dos itens 49, 50 e 51 do Edital, que tratam, respectivamente, do cálculo da nota da Proposta Comercial e do julgamento final das propostas, *verbis*:

49. O julgamento final das propostas será efetuado mediante cálculo da pontuação final, considerando as notas da proposta técnica e da proposta comercial, que terão, respectivamente, pesos 60 (sessenta) e 40 (quarenta), conforme a seguinte fórmula: $NF = [60\% (NT) + 40\% (NC)]$

Onde:

NF = Nota Final;

NT = Nota da proposta técnica e

NC = Nota da proposta comercial.

50. As Notas Finais - NF serão calculadas com 4 (quatro) casas decimais.

51. A classificação das propostas far-se-á em ordem decrescente dos valores das Notas Totais Finais, sendo classificada em primeiro lugar a licitante que obtiver a maior Nota Total Final.

51. Conforme já havia assinalado o corpo técnico deste E. TCE/SC por ocasião da análise do instrumento convocatório inicialmente publicado, não é preciso muito para verificar que a previsão editalícia referente à fórmula da classificação das propostas (60% NT vs. 40% NC) reduz a patamar ínfimo a importância da proposta comercial (preço) para fins de definição da licitante vencedora, desvirtuando o critério de julgamento que deveria reger o certame, em flagrante prejuízo aos cidadãos de Capivari de Baixo, notadamente em razão da desconsideração da modicidade tarifária.

52. Nesse exato sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“De fato, ao atribuir pontuação máxima para determinados itens, o edital deixa ao alvitre dos julgadores, a escolha do licitante vencedor, contrariando a objetividade do julgamento que deve reger os processos licitatórios, mesmo os de melhor técnica e preço. Como saber, por exemplo, se determinado licitante merece nota 5 ou 4, ou 1 no item b.1 'experiência da equipe de acompanhamento, coordenação e controle? Além disso, **a ênfase dada ao critério técnico no presente certame contraria o princípio da proposta mais vantajosa, visto atribuir peso seis à nota obtida neste aspecto, em detrimento do preço proposto, que tem peso 4, na nota final dos concorrentes**” (STJ, SS 2384/PE, rel. Laurita Vaz, publicada em 27.06.2018)

53. Desse modo, em linha com o que concluído em procedimento prévio de controle (@LCC 23/00405789 - doc. 03¹⁴), a retificação do Edital de Concorrência Pública n. 04/2023 é medida de rigor, uma vez que a fórmula adotada para a utilização e ponderação da fixação da Nota Comercial (NC) desnatura a efetiva combinação entre os critérios de melhor técnica e preço, gerando prejuízo à almejada modicidade tarifária dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

V - AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA. ÍNDICE EXIGIDO (EG) FORA DOS PARÂMETROS REGULARMENTE PRATICADOS: Descumprimento Súmula 289/ TCU.

54. Segundo consta no instrumento convocatório, a qualificação econômico-financeira do certame será definida a partir dos índices financeiros/contábeis inseridos no item 29, 'b' do instrumento convocatório, sendo os valores para tais indicadores assim definidos: LG (Liquidez Geral) \geq 1,00 (mínimo); LC (Liquidez Corrente) \geq 1,00; e EG (Endividamento Geral) \leq 0,75 (máximo).

55. No entanto, verifica-se que os índices contábeis indicados, assim como as respectivas fórmulas de cálculo, estão desacompanhados da devida justificativa, situação que já havia sido apontada pela DLC nos autos do Processo @LCC 23/00405789 (doc. 03):

A Diretoria de Licitações e Contratações sugere ao Exmo. Sr. Relator Conselheiro José Nei Alberton Ascari: [...] 3.2.2.5. Justificar ou alterar a exigência de índice de contábeis não usualmente adotados, ou seja, diferentes de 1,00, para fins de qualificação econômico-financeira, conforme item 29, alínea b, em desatenção ao inc. I do §1º do art. 3º e §5º do art. 31, ambos da Lei (federal) nº 8.666/93 e item 6.3.5 da Decisão Preliminar TCE/SC nº 1960/2015 (ELC-14/00706642);

¹⁴ "A Diretoria de Licitações e Contratações sugere ao Exmo. Sr. Relator Conselheiro José Nei Alberton Ascari: [...] 3.2.2.12. Alterar ou justificar os critérios de avaliação e classificação das propostas, pela adoção de fórmula matemática que privilegia demasiadamente a nota técnica, em detrimento do valor da proposta - peso de 60% para a nota da proposta técnica e de 40% para a nota da proposta comercial, nos termos do item 49 -, prejudicando o caráter competitivo, em acordo com o art. 46, §1º, inc. I e §2º, c/c art. 3º, §1º, inc. I da Lei (federal) no 8.666/93".

56. Ao ser intimada sobre a ausência da justificativa do embasamento dos critérios eleitos pela Administração, a Unidade Gestora se limitou a informar que o item destacado pela Diretoria Técnica haveria sido atendido no instrumento republicado. Contudo, verifica-se que a modificação ocorreu somente em relação aos índices de liquidez geral e corrente – sendo mantida a exigência do índice de endividamento no patamar de 0,75 (inferior a um).
57. Não obstante, cediço que estando o instrumento convocatório desprovido da devida comprovação/justificativa dos parâmetros utilizados, incorre a Administração Pública em ilegalidade, uma vez que, nos termos da Súmula n. 289 do TCU¹⁵, a exigência dos índices contábeis escolhidos somente será legitimada se devidamente acompanhada dos critérios justificadores que a subsidiem, pois “o fato de a lei não fixar o limite do índice a ser adotado não afasta a responsabilidade do gestor por sua definição, **que não pode ser aleatória, nem depender de simples ‘palpite’ do administrador público**” (TCU, Acórdão n. 932/2013).
58. Assim, contrariamente à determinação da Constituição Federal (art. 37, XXI¹⁶), o Edital, já marcado pela indevida combinação do critério de técnica e preço, estabelece, também, requisito de qualificação econômico-financeira altamente restritivo, a desprivilegiar a participação de potenciais licitantes.
59. Da mesma forma, tendo em vista que “o procedimento de licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”¹⁷, a determinação de exigência anti-isonômica como no caso concreto deve ser repelida, pois vulnera os princípios que regem as licitações públicas.

¹⁵ “A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, **deve estar justificada no processo de licitação**, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade”.

¹⁶ “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

¹⁷ DI PIETRO, Maria

Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2013, p. 416.

60. A rigor, conforme apregoa a Lei n. 8.666/1993, a documentação relativa à qualificação econômico-financeira será limitada à “demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato” (art. 31, § 1º), devendo, por conseguinte, restar devidamente justificada no edital da licitação.

61. De fato, é inviável a adoção de critério desproporcional para fins de avaliação da qualificação econômico-financeira, especialmente se desacompanhado da devida justificativa da excepcionalidade.

62. Nesse sentido:

[...] A Lei de Licitações, em seu art. 31, §§ 1º e 5º, possibilita à Administração exigir índices contábeis para fins de qualificação econômico-financeira, desde que se limitem a comprovar, de forma objetiva, a boa situação financeira da empresa frente aos compromissos que terá que assumir caso o objeto lhe seja adjudicado, **devendo tais índices e valores, ainda, serem usualmente adotados e estarem devidamente justificados no processo administrativo da licitação.** O Tribunal reiteradamente tem deliberando nesse sentido, **encontrando-se sua jurisprudência consolidada na Súmula 289:** A exigência de índice contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, **deve estar justificada no processo da licitação**, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado [...] (TCU, RA n. 015.338/2018-5, rel. Ana Arraes, Tribunal Pleno, j. 28/11/2018).

63. Na mesma linha, o posicionamento deste TCE/SC é firme no sentido de que a exigência de grau de endividamento inferior a 1,0 representa flagrante ilegalidade:

[...] c) Apresentação da justificativa dos índices - ILG ≥ 1,50, ILC ≥ 1,50 e **GE ≤ 0,50**, previstos no item 11.2.2.4.1.1 do Edital (fls. 38/39), conforme o disposto §5º do disposto da Lei Federal nº 8.666/93 [...] **A princípio, os índices exigidos no Edital são restritivos merecendo a apresentação da justificativa da Unidade a esse Tribunal, pois não são índices usualmente adotados.** [...] Diante do exposto, a Diretoria de Controle de Licitações e Contratações sugere ao Exmo. Sr. Relator: **3.1. Determinar, cautelarmente**, com fundamento no art. 3º, § 3º da Instrução Normativa nº TC-05, de 27 de agosto de 2008, ao Sr. Eduardo Deschamps, **a sustação do Pregão Presencial nº 38/2012** até manifestação ulterior que revogue a medida ex officio ou até a deliberação do Tribunal Pleno, comprovando o cumprimento

Impressão realizada pela Mero no Moinhos - 781 394 4747 - www.mh.adv.br - T. 407

desta providência a esta Corte de Contas, em razão das seguintes irregularidades: [...] 3.2.3. Fixação dos índices - ILG $\geq 1,50$, ILC $\geq 1,50$ e **GE $\leq 0,50$ previsto no item 11.2.2.4.1.1 do edital**, sem as devidas justificativas, conforme o disposto §5º do disposto da Lei Federal nº 8.666/93 c/c o inciso I do §1º do artigo 3º da Lei Federal nº 8.666/93. [...] (TCE/SC, REP-12/00466362, rel. Adircélio de Moraes Ferreira Junior).

64. Igualmente, decisão recente proferida pelo E. Tribunal de Justiça SC:

[...] Essa causa primeira consiste basicamente na alteração proposta pela agravante, de que a mácula no certame não está na adoção de índice estanque ou variável, qual sua margem, etc. **Mas, sim, na ausência de justificativa da fase interna quanto ao porquê da adoção dos critérios fustigados.** [...] Trazendo à tona alguns dizeres da Relatora Auditora Sabrina Nunes Iocken, lançados na aventada Representação n. 11/00214523 (preludiando voto do Conselheiro Salomão Ribas Junior lavrado no ELC 08/00523989), entende-se que "a exigência legal do estatuto das licitações e contratos em relação aos índices contábeis é a necessidade de justificativa, na fase interna da licitação, acerca dos parâmetros utilizados para se exigir determinado índice no procedimento licitatório". [...] No reportado caso paradigmático a conclusão colegiada dos Conselheiros do Tribunal de Contas foi de "recomendar à Prefeitura Municipal de Itapema que em futuras licitações atente para o disposto no art. 31, caput e § 1º e, especialmente, o § 5º, da Lei Federal nº 8.666, de 1993, no sentido de que as justificativas relativas aos índices contábeis que vier a adotar efetivamente demonstrem, **inclusive através de memória de cálculo, que os índices limitam-se a comprovar a capacidade financeira da empresa licitante para cumprir os compromissos advindos da contratação decorrente do certame, e devem compor a fase interna do procedimento licitatório.**" [...] Ante o exposto, defiro em parte a almejada tutela antecipatória recursal, suspendendo cautelarmente o Edital de Chamada Pública n. 01/2022 (TJSC, AI 5030328-13.2022.8.24.0000, rel. Diogo Nicolau Pítsica, Quarta Câmara de Direito Público, j. 03.06.2022).

65. Em síntese, em razão da ilegalidade do índice do grau de endividamento consignado no Edital de Concorrência n. 04/2023, há de ser acolhida a presente representação, determinando-se a retificação do instrumento que rege a licitação.

VI – GARANTIA DA PROPOSTA: Inobservância de parâmetros legais.

66. O Edital estabelece que, no caso de participação em consórcio, será admitido que apenas uma das consorciadas apresente a "garantia de proposta":

34. A garantia de proposta poderá ser apresentada integralmente por uma única sociedade consorciada ou por parte delas ou por todas as sociedades consorciadas, conjuntamente, na proporção de sua participação ou não, observada, sempre, a solidariedade entre as consorciadas.

67. Não obstante, com exceção do item 34, o Edital é silente quanto à exigência de apresentação de garantia de proposta pelas licitantes, não dispondo de valor, modalidade, prazo de validade ou qualquer outro aspecto dessa garantia. Com efeito, a Seção III do instrumento convocatório trata apenas da garantia de cumprimento das obrigações contratuais, exigível apenas da concessionária - isto é, da sociedade de propósito específico constituída pela licitante vencedora após a realização do certame.

68. A exigência de garantia da proposta tem como objetivo afastar da licitação *players* "aventureiros" e/ou interessados na licitação que, por qualquer motivo, venham a desistir de suas propostas após o processamento do certame e o dispêndio de recursos para a movimentação da máquina estatal. Ao impor maior custo de oportunidade como condição para a participação na licitação, espera-se que os licitantes apresentem propostas adequadas e estejam efetivamente comprometidos com a assinatura do contrato de concessão, caso sejam declarados vencedores, sob pena de prejuízo pecuniário.

69. Ademais, independentemente da modalidade escolhida para sua apresentação, o comprovante de recolhimento da garantia deverá ser apresentado tão somente após a expedição da Ordem de Serviço - tornando inútil o requisito para fins de aferição de segurança da contratação.

70. Explica-se. Usualmente, nos certames licitatórios em que há inversão de fases, a garantia da proposta é analisada antes das propostas, de modo a, efetivamente, assegurar que somente serão consideradas as propostas das licitantes que assumiram o risco de eventual prejuízo financeiro caso venham a desistir de suas propostas, dado o seu comprometimento com a administração pública - o que, ao fim e a cabo, permite que seja alcançado o principal objetivo da exigência da garantia da proposta, supra mencionado.

Disponibilizado para: Mafreco Registros & Matrículas - Top Matrículas, com nº 03/24 - 12.46.67

71. Nesse cenário, em caso de irregularidades e/ou insuficiências na garantia de proposta, a Comissão de Licitações sequer precisa analisar as propostas inabilitadas por este motivo, o que adquire ainda maior relevância em certames processados (mesmo que indevidamente) sob o critério “técnica e preço”, que demanda, ao menos em tese, análises aprofundadas das propostas técnicas para atribuição de notas às licitantes.

72. A ausência de exigência da garantia da proposta (ou, ao menos, a ausência de disposições acerca dessa garantia no edital) no presente caso contraria as melhores práticas de contratações públicas e o princípio administrativo da eficiência, expondo a licitação ao risco de participação de licitantes aventureiros.

VIII – ILEGALIDADE POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE REGRA DE INDENIZAÇÃO EM CASO DE EXTINÇÃO DA CONCESSÃO

73. No âmbito da cláusula que trata da extinção do Contrato, mais especificamente no item 91, deixou o Edital de estabelecer a imperativa metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção contratual.

74. Trata-se, portanto, de ofensa direta ao Novo Marco do Saneamento (que acrescentou o art. 10-A, III, à Lei de Saneamento Básico – Lei n. 11.445/2007), que estabeleceu a “metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato” como cláusula obrigatória dos contratos de concessão, “sob pena de nulidade”.

75. Assim, merece o Edital a necessária revisão em sede de controle, com ordem de inclusão da metodologia específica de indenização dos bens não amortizados, estabelecida expressamente pela Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico – ANA (Resolução ANA n. 161, de 3 de agosto de 2023), sob pena de nulidade do instrumento convocatório.

IX – EXIGÊNCIA DE PAGAMENTO DA OUTORGA. GARANTIA DE ISONOMIA DO CERTAME. NOVO DESCUMPRIMENTO (@LCC 23/00405789)

76. Ao examinar o termo de referência, plano de negócios e fluxo de caixa da Concorrência Pública n. 04/2023, a DLC identificou a necessidade de melhoria do instrumento convocatório em relação ao seguinte aspecto (doc. 03), expedindo este E. TCE, ato contínuo, a seguinte recomendação à Unidade Gestora (doc. 05):

“(a) Avaliar os impactos, no valor da tarifa, do pagamento de outorga onerosa fixa de R\$ 17.500.000,00, uma vez que no fluxo de caixa há previsão de pagamento integral no primeiro ano do contrato, investimento inicial que resulta em tarifas mais altas para os usuários ao longo do período de concessão, em detrimento do princípio da modicidade tarifária aos usuários e aos consumidores, na forma da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Ainda que o objetivo seja o pagamento de dívida com o município de Tubarão, é necessário avaliar a metodologia para definição desse valor frente às condições de mercado e a possibilidade de o pagamento ocorrer de outra forma que não através do pagamento de outorga, uma vez que pode comprometer a isonomia do processo licitatório, beneficiando a empresa que já atua na cidade vizinha”.

77. Ao se manifestar sobre o apontamento, a Administração Municipal se limitou a esclarecer que “a disposição editalícia relacionada ao pagamento da outorga onerosa visa garantir o déficit existente no Município que, inclusive, relaciona-se diretamente com o setor/sistema do saneamento. No que diz respeito à outorga onerosa, as disposições legislativas edificam a oportunidade de transferir compromissos financeiros do ente público ao destinatário cessionário, com vistas ao princípio de economicidade, sem comprometimento dos padrões de qualidade. Por fim, em relação ao implemento tarifário, sopesando a necessidade de prestação de serviço adequado, ressalta-se que está sendo considerada a tabela “tarifária” habitualmente utilizada pela Companhia Estadual do Estado de Santa Catarina, em obediência ao princípio da modicidade” (doc. 06).

78. Em que pese as justificativas endereçadas pelo ente público em resposta à recomendação, observa-se que a previsão de pagamento da outorga no primeiro ano de concessão (item 106 do Edital¹⁸) contraria as boas práticas do setor, impondo obrigações pecuniárias de elevada monta à licitante vencedora, o que pode comprometer a isonomia, bem como afrontar o princípio da competitividade.

¹⁸ “106. A empresa vencedora deverá considerar efetuar o pagamento de outorga onerosa pré-definida no valor de R\$ 17.500.000,00 (dezesete milhões e quinhentos mil reais), que serão pagos para fins de assinatura do contrato e conforme estudo financeiro integrante desse processo”.

X – ILEGALIDADE NA OBRIGATORIEDADE DE REALIZAÇÃO DE VISITA TÉCNICA. DUBIEDADE/CONTRADIÇÃO DO EDITAL

79. Em que pese o Edital não obrigar a realização de visita técnica (item 25, 'b'¹⁹), observa-se a presença de contradição no instrumento convocatório ao prever que **“a visita técnica é recomendada e, considerada, fundamental por esse Contratante para fins de conhecimento da situação do sistema, das obras, plano e projetos existentes na prefeitura; das deficiências do sistema e de acondimento público; dos problemas operacionais; dos entraves locais; entre outros que ocorrem na prestação de serviço de operação do serviço municipal, contudo, não é obrigatória conforme orientações dos tribunais de controle”** (item 25, parte final).

80. Nesses termos, por mais que disfaçada de mera liberalidade, a visita técnica alcança indevido e obscuro grau de subjetivismo na análise/julgamento do certame, colocando os licitantes em possível cenário de desigualdade em relação àqueles proponentes que optarem pela dispensa da diligência, pois ressabidamente a substituição da visita técnica por declaração formal é lícita, possível, eficaz e não encontra vedação em lei, conforme inteligência do art. 37, XXI, CF/1988, c/c art. 30, § 6º, Lei n. 8.666/1993, e Súmula 272/TCU.

81. O obscuro desencontro editalício em relação à (in)exigência da visita técnica coloca em xeque a ampla participação de licitantes na Concorrência Pública n. 04/2023, sediadas em localidades geograficamente distantes, em detrimento de prestadores de serviço constituídos nas proximidades do Mun. Capivari de Baixo.

82. Nesse caso, para que não reste qualquer dúvida, a jurisprudência do E. TCU adota o entendimento de que a vistoria no local somente é necessária quando imprescindível à operação, o que não se verifica na hipótese:

REPRESENTAÇÃO. IRREGULARIDADE EM LICITAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE CONCORRÊNCIA EM DETRIMENTO DE PREGÃO. DÚVIDA ACERCA DO TIPO DE SERVIÇO. INSUFICIÊNCIA DA JUSTIFICATIVA PARA A OBRIGATORIEDADE DA VISITA AO LOCAL DA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. POSSIBILIDADE DE

¹⁹ 25. Os licitantes devem apresentar os seguintes documentos pertinentes à qualificação técnica: [...] b) apresentação de atestado de visita técnica e/ou declaração de conhecimento do local do SISTEMA, modelo próprio, a fim de que possam tomar conhecimento do SISTEMA e da ÁREA DA CONCESSÃO [...].

STBSTITUIÇÃO POR DECLARAÇÃO DO LICITANTE. AUSÊNCIA DE GRAVIDADE PARA A ANULAÇÃO DO CERTAME. CARÁTER COMPETITIVO PRESERVADO. DETERMINAÇÃO. RECOMENDAÇÃO. CIÊNCIA. ARQUIVAMENTO (TCU, RP 02410220180, rel. José Múcio Monteiro, Plenário, j. 12/12/2018)

83. Assim, considerando a subjetividade verificada nos termos editalícios, devem ser acolhidas as presentes razões e determinada a revisão e republicação do Edital de Concorrência Pública n. 04/2023, extirpando de seu texto a obscura recomendação de realização da visita técnica, bem como o termo "fundamental" do item 25, 'b' do Edital.

XI - RECOMENDAÇÃO DE APRESENTAÇÃO DE CANAL DO NOVO MEIO DE IMPUGNAÇÃO NÃO OBSERVADA PELO EDITAL

84. Ao examinar o edital originalmente divulgado pela Prefeitura de Capivari de Baixo/SC, a DLC opinou pela ampliação dos "canais para apresentação de impugnação ao Edital, que não seja exclusivamente por meio de protocolo na sede da Prefeitura, nos termos do item 9 da Seção I, em atenção ao disposto no inc. I do §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93" (doc. 03).

85. Em resposta, a Administração Municipal limitou-se a informar que o item foi "atendido no edital, inclusive com a divulgação do e-mail" (doc. 06).

86. Contudo, da análise do instrumento republicado, é possível inferir que o item 9, Seção I, permanece inalterado, de modo que, formalmente, o protocolo físico continua sendo o único meio/canal de impugnação possível, senão vejamos:

"9. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação no protocolo geral da Prefeitura, localizada na Av. Ernâni Cotrim, 187 - Centro, Capivari de Baixo - SC, 88745-000, devendo o Município julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis".

87. Com efeito, o mencionado endereço de e-mail foi indicado como opção apenas na hipótese de apresentação de pedido de esclarecimentos, que não se confunde com protocolo de impugnação ao instrumento convocatório.

88. Desse modo, em mais este aspecto merece o Edital ser retificado, com a previsão de canais alternativos e eficientes para recebimento de impugnações, a possibilitar a análise e impugnação do instrumento convocatório pelo maior número possível de licitantes e interessados.

XIII - CONCESSÃO DE TUTELA CAUTELAR

89. Estão presentes os requisitos regimentais previstos no art. 114-A²⁰ e 29 da Instrução Normativa N.TC-0021/2015²¹, merecendo ser concedida a tutela.

90. De fato, a **probabilidade do direito** está retratada pelos fundamentos fáticos e jurídicos constantes da fundamentação, que evidenciam as diversas ilegalidades que permeiam o Edital da Concorrência Pública n. 04/2023.

91. Com efeito, em caso análogo e recente (paradigma do Município de Ilhota/SC - @PAP 23/80001094), houve ordem de sustação do andamento da licitação em razão da utilização do tipo “técnica e preço”, o que levou àquela Prefeitura a republicar o instrumento convocatório, desta feita com o critério de julgamento pautado pelo “menor valor da tarifa”.

92. Já a **urgência no provimento e risco à eficácia da decisão de mérito** é de fácil constatação, pois a abertura da licitação, com entrega e abertura de envelopes, está prevista para ocorrer em 27/03/2024 (comunicado anexo).

93. Ou seja, caso não sejam sobrestados os efeitos do Edital da Concorrência Pública n. 04/2023 e/ou determinada a imediata suspensão/paralisação do procedimento licitatório, a concorrência – cujo prazo de concessão é de **30 anos** e

²⁰ Art. 114-A. Em caso de urgência, havendo fundada ameaça de grave lesão ao erário ou fundados indícios de favorecimento pessoal ou de terceiros, bem como para assegurar a eficácia da decisão de mérito, mediante requerimento ou por iniciativa própria, o Relator, com ou sem a prévia manifestação do responsável, do interessado ou do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, por meio de decisão singular, determinará à autoridade competente a sustação do ato até decisão ulterior que revogue a medida ou até a deliberação pelo Tribunal Pleno.

²¹ Art. 29. Em caso de urgência, de fundada ameaça de grave lesão ao erário ou a direito dos licitantes, de fundados indícios de favorecimento pessoal ou de terceiros e para assegurar a eficácia da decisão de mérito, o Relator poderá determinar à autoridade competente a sustação do procedimento licitatório, bem como dos atos administrativos vinculados à execução do contrato, incluídos quaisquer pagamentos decorrentes do contrato impugnado, até decisão posterior que revogue a medida ou até a decisão definitiva, nos termos do art. 114-A do Regimento Interno desta Casa – Resolução n. TC-06/2001.

o valor estimado é de R\$ 750.204.958,00 (setecentos e cinquenta milhões, duzentos e quatro mil, novecentos e sessenta e oito reais), terá prosseguimento sob regras manifestamente ilegais, que restringem a competitividade e expõem a Administração Pública ao risco de contratar propostas antieconômicas escolhidas em universo restrito de concorrentes.

94. Consequentemente, sob pena de prejuízo irreparável ao processo e ao interesse público, deve ser concedida medida cautelar, *inaudita altera pars*, para que seja determinada à responsável (Exma. Prefeita Municipal) que promova a sustação do Edital de Concorrência Pública n. 04/2023 na fase em que se encontra, bem como se abstenha de praticar quaisquer atos no âmbito do processo licitatório até que sejam corrigidos os vícios apontados ou que sobrevenha ordem superveniente deste E. TCE/SC.

XIII - REQUERIMENTOS

95. Diante de todo o exposto, a Representante, confiando na sensibilidade e saber jurídico de Vossa Excelência, muito respeitosamente, REQUER:

- (a) o recebimento e processamento da presente denúncia/representação;
- (b) liminarmente, seja concedida tutela cautelar, determinando-se à Prefeitura Municipal de Capivari de Baixo/SC que suspenda, imediatamente, a realização da sessão pública para recebimento e abertura dos envelopes, marcada para ocorrer em 27/03/2024, bem como a sustação do Edital de Concorrência Pública n. 04/2023 na fase em que se encontra, abstendo-se de praticar quaisquer atos no âmbito do processo licitatório até que sejam corrigidos os vícios apontados ou que sobrevenha ordem superveniente deste E. TCE/SC;
- (c) o acolhimento da presente representação, para que seja determinada a correção dos itens acima indicados e, como consequência, republicado o Edital, com a renovação dos prazos para formulação da proposta e entrega dos documentos de habilitação, nos termos da lei.

Requer, por fim, sejam as futuras intimações e comunicações direcionadas ao advogado Rodrigo de Assis Horn (OAB/SC 19.600), sob pena de nulidade.

Termos em que pede deferimento.

Florianópolis, 19 de março de 2024.

ITALO AUGUSTO MOSIMANN

Assinado de forma digital por
ITALO AUGUSTO MOSIMANN
Dados: 2024.03.19 16:15:15
-03'00'

ÍTALO AUGUSTO MOSIMANN
OAB/SC 16.498

LUCAS INÁCIO DA SILVA
OAB/SC 33.592

Anexos:

- Edital da Concorrência Pública nº 04/2023;
- Impugnação à Prefeitura Municipal de Capivari de Baixo;

Rol de documentos:

- 1) Atos constitutivos;
- 2) Procuração;
- 3) Relatório DLC - 676/2023;
- 4) Parecer MPC/CF/2116/2023;
- 5) Decisão singular - @LCC 23/00405789;
- 6) Audiência Pref. Municipal Capivari de Baixo - @LCC 23/00405789;
- 7) Relatório DLC - 32/2023 - Ilhota/SC;
- 8) Aviso de abertura da licitação.

