



PROCESSO N°: 1.148.581

NATUREZA: Denúncia

JURISDICIONADO: Município de Barão de Cocais

EXERCÍCIO: 2023

1 INTRODUÇÃO

Em 14/06/23 foi protocolado neste Tribunal denúncia apresentada pela Aegea Saneamento e Participações S.A em face do Edital de Concorrência Pública n. 001/2022, do Município de Barão de Cocais. A Denúncia foi autuada com o n°. **1.148.581** e distribuída para a relatoria do Conselheiro José Alves Viana.

Na mesma data, o relator, através de Despacho (peça n° 11 do SGAP), determinou que os autos fossem encaminhados para esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações, para exame dos fatos narrados, inclusive quanto ao pedido liminar, no prazo de cinco dias uteis.

O ato de abertura da sessão pública, inicialmente previsto para ocorrer no dia 20/06/2023, foi suspenso por ato da Prefeitura de Barão de Cocais, conforme publicação do dia 15/06/23, com a interrupção d os demais prazos procedimentais estipulados no edital.

É o relatório, no essencial.

2 ESCOPO

Em virtude do prazo exíguo para análise e da grande quantidade de apontamentos trazidos pela denúncia, este relatório tem escopo de análise restritos aos fatos trazidos pela denúncia autuada no processo n°. 1.148.581, especialmente quanto ao pedido de suspensão liminar do processo.

3 ANÁLISE TÉCNICA

A denunciante formulou sua denúncia com base em 11 apontamentos, analisados a seguir.



3.1 ADOÇÃO DE CRITÉRIO DE JULGAMENTO INCOMPATÍVEL COM A NATUREZA DO OBJETO LICITADO

3.1.1 Denúncia

A denunciante informa que o Edital em comento adotou como critério de julgamento a combinação do menor valor da tarifa com o de melhor técnica, tendo os referidos critérios pesos de 50% cada um no cálculo da pontuação final, conforme itens 1.1, 1.4.1 e 5.2.1 do Edital.

Alega que o tipo de licitação técnica e preço somente deve ser adotado em hipóteses excepcionais, devidamente reconhecidas e justificadas pela Administração Pública. Fundamenta o argumento com base no art. 46, caput e §3º, da Lei Federal n. 8.666/1993.

Sustenta que os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário são serviços que não envolvem elevada complexidade e em relação aos quais existe ampla concorrência no mercado brasileiro, bem como que houve significativo amadurecimento do setor de saneamento básico no Brasil.

Informa que nem o Termo de Referência (Anexo 1 do Edital) nem o Ato de Justificativa da Concessão dos Serviços Públicos esclarecem o motivo da adoção do critério de julgamento adotado.

Alega que o emprego do critério de melhor técnica no lugar de outros que se atentam exclusivamente para o preço dá margem para maior subjetividade no julgamento das propostas, especialmente porque a atribuição da nota para a proposta técnica exige a previsão de quesitos. Também alega que as licitações por técnica e preço são mais sujeitas a pressões políticas e conflitos de interesses. Isso poderia prejudicar a população de Barões de Cocais e demais interessados na prestação dos serviços locais

Alega, ainda, que a definição de critérios subjetivos para pontuação das propostas técnicas é desarrazoada. Os critérios para avaliação da “melhor técnica” são altamente imprecisos e com grande espaço para aplicação de eventuais julgamentos discricionários e tendenciosos, à margem de qualquer resquício de legalidade e transparência que a licitação.



Cita acórdão do TCE/S (processo nº. 23/80001094; Rel. Cons. José Nei Alberton Ascari, de 19.01.2023) e Relatório Técnico da Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações – CFCP (TCE/MG. Denúncia n. 1144629; 18/04/2023).

Também menciona leilões de concessão dos serviços de água e esgoto dos últimos anos, de diferentes características e localidades, bem como de portes dos mais diversos e modelados por diferentes agentes, todos licitados unicamente sob o critério de preço.

3.1.2 Análise técnica

O critério de seleção de melhor técnica e menor tarifa está previsto na Lei nº 8.987/1995, que traz em seu art. 15, V a possibilidade de utilizar a combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica para julgamento das licitações de concessão de serviços públicos.

A denúncia, contudo, destaca que a Lei 8.666/93 estabelece, no seu art. 46, como regra geral, a licitação do tipo menor preço, limitando os tipos “melhor técnica” e “técnica e preço” exclusivamente para a contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual.

Há que se considerar, contudo, que tal comando não se aplica às Concessões, que são regulamentadas pela Lei 8.987/1995. A adoção do critério de seleção de menor tarifa conjugado com melhor técnica, como ressaltado, encontra amparo no art. 15 da Lei 8.987/1995.

De qualquer forma é fundamental analisar em que medida a adoção do critério de menor tarifa aliado a menor técnica, para o caso em tela, atende aos demais ditames da Lei 8.987/1995, sobretudo o da modicidade tarifária, e aos princípios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade.

Como defende a doutrina especializada, o critério de melhor técnica, via de regra, é incompatível com a natureza da concessão de serviços de saneamento básico, por se tratar de um setor tecnicamente maduro. Nesse sentido, cabe citar Maurício Portugal:

[...]

II.3.1 Setores Tecnicamente Maduros Se o setor pode ser considerado maduro tecnicamente, isto é, se a expertise técnica necessária a prestação do serviço na qualidade requerida pelo Governo é algo que pode ser adquirido facilmente no mercado, então a melhor forma de estruturar a licitação é deixar em segundo plano a exigência de expertise técnica, e focar a licitação na busca do melhor preço e na análise da capacidade financeira dos participantes para dar cabo das obrigações previstas no contrato.

Isso porque, se o concessionário ou o parceiro privado tiver a capacidade financeira adequada, e se o contrato de concessão ou PPP for bem estruturado do ponto de vista técnico, ou seja, se os indicadores de resultado forem adequadamente estabelecidos, o concessionário ou parceiro privado terá os incentivos para adquirir no mercado a expertise técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade prevista no contrato.

É, pois, desnecessário, neste caso, focar o processo de habilitação na verificação da capacidade técnica, até mesmo porque, se a expertise, para tanto, está disponível para todos no mercado, é melhor centrar o processo na obtenção do melhor preço, tomando-se, contudo, os cuidados para garantir que o contratado tenha as condições financeiras para estruturar a concessionária e adquirir no mercado a expertise técnica necessária ao cumprimento do contrato¹.

Ou seja, em setores tecnicamente maduros, em que as soluções de gestão e operação dos serviços são amplamente conhecidas e disponíveis no mercado, a princípio não há motivos que justifiquem a adoção, mesmo que juntamente com outro, do critério de melhor técnica.

Ao incluir critério de melhor proposta técnica para a seleção do licitante, a Administração Pública dá menor relevância para outros critérios que se traduziriam em maior benefício da coletividade, qual seja, a menor tarifa ou a maior oferta pela outorga, podendo ocorrer, em tese, na violação do princípio da efetividade e mesmo da modicidade tarifária.

No caso concreto, de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, pode se afirmar que se trata, em regra, de setor tecnicamente maduro. Tais serviços, malgrado envolvam o emprego de tecnologias e exijam técnicas de gestão e planejamento, em regra, não dependem de tecnologias sofisticadas ou de domínio restrito e são prestados através de soluções técnicas consolidadas e padronizadas, de acordo com a legislação de regência.

¹ Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/melhores-praticasnamodelagem-de-licitacoes-de-concessoes-e-ppps-a-busca-dos-participantes-adequados-e-damaximizacaoda-competicao/a-modelagem-da-qualificacao-tecnica-nas-licitacoes-de-concessoes-e-ppp/>. Acesso em: 15/06/2023.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



Assim, somente em casos específicos, que apresentem justificativas circunstanciadas em razão de peculiaridades inerentes à prestação de serviços², se entende cabível a utilização, mesmo que parcialmente, do critério de melhor técnica. Para serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário sem características que justifiquem utilização de tecnologias não convencionais, como é o caso em tela, não se vislumbra notável complexidade a ponto de justificar à Administração aceitar um valor maior na tarifa em função da utilização do critério melhor técnica no julgamento das propostas.

Em outras palavras, não pode a administração abdicar do critério de menor tarifa, em função de pretensa vantagem técnica que se revela inexistente no caso concreto. Tal conduta impede a busca da solução mais vantajosa pela administração pública.

Sobre esse tema, este Tribunal, em situação semelhante, referendou liminar concedida pelo Conselheiro Gilberto Diniz no processo 1.058.434 para suspender licitação para contratação relacionada à implantação de sistema sanitário, diante de irregularidade na utilização do tipo “técnica e preço” sem justificativa técnica capaz de amparar essa escolha. Veja-se:

DENÚNCIA. REFERENDO. PROCESSO LICITATÓRIO. CONCORRÊNCIA. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE OBRA DE ENGENHARIA PARA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. IRREGULARIDADE NA ESCOLHA DO TIPO DE LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA TÉCNICA CAPAZ DE AMPARAR A UTILIZAÇÃO DO TIPO “TÉCNICA E PREÇO”. NÃO VERIFICADA A COMPLEXIDADE NO SERVIÇO LICITADO. RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE NO CERTAME. PRESENÇA DOS REQUISITOS DA FUMAÇA DO BOM DIREITO E DO PERIGO DA DEMORA. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA. 1. A licitação tem por finalidade garantir que a Administração Pública possa selecionar a proposta mais vantajosa em conformidade com os princípios básicos da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, da supremacia do interesse público, da finalidade, da motivação, da razoabilidade e da proporcionalidade. 2. Os princípios da legalidade e da isonomia, insculpidos no inciso XXI do art. 37 da Constituição da República e no art. 3º da Lei nº 8.666, de 1993, constituem alicerces do procedimento licitatório, haja vista que este tem por escopo não só possibilitar a escolha da proposta mais vantajosa, como também resguardar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar com a Administração Pública. 3.

² Podem ser citadas como peculiaridade relevantes que demandariam tecnologias não convencionais, entre outros: porte populacional elevado, qualidade diferenciada requisitada para a água, estrutura geológica, carga orgânica, concentração de poluentes fora dos parâmetros convencionais



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



Não podem ser toleradas condições não previstas em lei ou que desbordem do razoável, as quais podem resultar em preferência ou benefício de determinados licitantes em detrimento de outros potenciais interessados em participar do certame.

Esse tem sido o entendimento do TCE/MG, conforme julgamento do Processo 1.088.773 de relatoria do Conselheiro José Alves Viana, cujo voto se reproduz abaixo:

DENÚNCIA. PREFEITURA MUNICIPAL. PROCESSO LICITATÓRIO. CONCORRÊNCIA. OUTORGA DA CONCESSÃO DA OPERAÇÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO ADOPTADO NO CERTAME. TÉCNICA E PREÇO. IMPROPRIEDADES. DESPROPORÇÃO ENTRE OS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO NO EDITAL. PRIVILÉGIO DA TÉCNICA EM DETRIMENTO DO PREÇO. PRESENTES OS REQUISITOS DA PROBABILIDADE DO DIREITO E DO PERIGO DE DANO. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA

[...]

3. Pondera-se que a inclusão da análise da proposta técnica como parte do critério de julgamento, ainda que conjugada com o critério “menor valor da tarifa”, deve ser considerada com ressalvas pela Administração, notadamente nos casos em que os serviços a serem delegados não se revistam da complexidade técnica necessária para tanto, como é o caso das concessões de transporte coletivo.

4. A análise de proposta técnica como parte do critério de julgamento somente se justifica quando a licitação se referir à delegação de serviços de notável complexidade técnica, considerados tecnicamente imaturos ou de maturidade média, cuja expertise técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade não possa ser facilmente encontrada no mercado.

Destaca-se que, recentemente, na 14ª Sessão Ordinária do dia 07 de junho de 2023, o Pleno deste Tribunal de Contas julgou o Agravo autuado sob o nº. 1.144.840, referente ao processo principal nº. 1.144.629, decidindo pela revogação de decisão cautelar que suspendeu o edital de Concessão do Município de Extrema em razão da adoção do critério de julgamento técnica e menor tarifa. É importante ressaltar que ainda não houve julgamento do mérito e que a revogação ocorreu diante das peculiaridades daquele processo.

As irregularidades apontadas neste relatório, referente ao processo de saneamento de Barão de Cocais, não se limitam a analisar a legalidade da adoção do critério julgamento melhor técnica cumulada com menor tarifa para o setor de saneamento. Refere-se, sobretudo, a pertinência e coerência do critério de julgamento, que não apresenta justificativa que resulte em benefício para a seleção da melhor proposta para a população.



A utilização de critério de julgamento que considera a proposta técnica em detrimento do critério de menor tarifa, tem o condão de resultar em tarifa mais cara para a população, sem que haja um retorno na qualidade da prestação. Por isso ela deve ser adotada com a devida cautela, de forma excepcional e devidamente motivada pela necessidade de utilização de tecnologia ou expertise que se difere do usualmente praticado no mercado.

Portanto, considera-se inadequada a utilização do critério de julgamento menor tarifa combinado com melhor técnica para a licitação em análise. O critério “menor valor da tarifa” privilegia a modicidade tarifária na prestação de um serviço extremamente essencial, sem prejuízo de que a capacidade técnica seja aferida no momento da habilitação, mediante o atendimento dos requisitos de qualificação técnica.

Considerando que, a princípio, não há justificativa para adoção do critério técnica bem como a gravidade dessa irregularidade, que pode causar prejuízos para a competitividade do certame e para o interesse público, conclui-se pela **procedência** do apontamento.

Recomenda-se, ainda, a **realização de diligência para que a Prefeitura apresente justificativa para adoção do critério técnica e os estudos que embasaram a decisão.**

3.2 ILEGALIDADE DOS CRITÉRIOS E DA METODOLOGIA DE AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS

3.2.1 Denúncia

A denunciante alega que a definição dos critérios de avaliação das propostas técnicas ofertadas pelos licitantes é imprecisa e ilegal, o que daria margem para aplicação de decisões subjetivas e ampliaria os riscos de que os usuários do serviço público fossem submetidos a tarifas mais altas do que aquelas decorrentes de um procedimento licitatório objetivo.

Cita o art. 40, VII, da Lei 8.666/93, que estabelece que o edital deverá prever, obrigatoriamente, “os critérios para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos”; o art. 43, V, que impõe ao órgão julgador “o julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital” e; o art. 45, que determina que a Administração deverá proceder ao julgamento objetivo das propostas,



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



“em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no instrumento convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”

Também menciona o art. 18, IX, da Lei n. 8.987/1995 que estabelece que o edital deverá observar “os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente [...] IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta”.

Alega que critérios subjetivos levam ao personalismo (pessoalidade), pondo a perder o caráter igualitário do certame, em prejuízo ao princípio da isonomia.

Sustenta que o critério mais objetivo é o “menor preço”, visto que, quem propuser o menor preço ganhará a licitação e terá proposto a oferta mais vantajosa para o ente público, desde que atendidos os requisitos mínimos de qualificação e qualidade, especificados previamente no Edital.

Afirma que a jurisprudência do TCU reforça que os critérios de julgamento de licitações devem ser objetivos, citando o acórdão TCU. AC 1529/06-Plenário, Sessão realizada em 23/08/2006, Rel. Min. Augusto Nardes.

Afirma que o Anexo 09 do Edital (Diretrizes para Elaboração da Proposta Técnica) descreve, em síntese, os seguintes itens para elaboração de tais propostas (item 2 do Anexo): (i) conhecimento do sistema de abastecimento de água existente; (ii) conhecimento do sistema de coleta e tratamento de esgoto existente; (iii) plano de trabalho proposto para cada um dos sistemas; (iv) programa de Operação e Manutenção para os sistemas.

Alega que todas as exigências são proposições abertas, para as quais cada licitante apresentará conteúdos diversos, de acordo com sua própria metodologia e experiência, o que atribui ao quesito um caráter intrínseco de subjetividade.

Cita os incisos IV e XV do art. 18 da Lei 8.987/1995, que determinam que os editais de licitação forneçam os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos



e apresentação das propostas, bem como os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização.

Sustenta que não se deve admitir a estipulação de quesitos de pontuação atinentes à demonstração de conhecimento, ou diagnóstico, do sistema atual, na medida em que cabe ao próprio Poder Concedente apresentar todas as informações existentes acerca do sistema de água e esgoto municipal.

Também alega a possibilidade de assimetria de informações e indevida vantagem que se verificará entre a licitante porventura assessorada pela empresa ou consultor que realizou ou estudos prévios da licitação e as demais licitantes, o que deve ser desde já rechaçado, sob pena de clara violação ao princípio da isonomia.

Cita os acórdãos nº 1.007/2005, 479/2015 e 45/2019 do TCU, que entenderam pela ilegalidade de critérios de avaliação das propostas técnicas que envolvam a demonstração de “Conhecimento do Problema” e Plano de trabalho.

Também cita precedente do TCE/MG, que suspendeu a Concorrência Pública 06/2012, instaurada pela Prefeitura de Sete Lagoas, em razão da ausência de informação sobre quais são os critérios utilizados para aferição do atendimento satisfatório, conclusivo ou parcial dos quesitos exigidos das licitantes.

3.2.2 Análise técnica

Da análise do Edital, verifica-se que o Anexo 9, Diretrizes para Elaboração da Proposta Técnica, divide os critérios de julgamento com base em quatro seções:

2.1 – Diagnóstico operacional dos sistemas de abastecimento de água

2.2 – Diagnóstico operacional dos Sistemas de coleta e tratamento de esgoto

2.3 – Proposições para o sistema de abastecimento de água

2.4. - Proposições para o sistema de esgotamento sanitário

Cada parte é subdividida em tópicos e quesitos. Todavia, o edital não estabelece critérios objetivos sobre a atribuição de pontos para cada quesito.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



Na Introdução do Anexo 09, o edital traz regras gerais de pontuação de cada tópico atribuindo as seguintes notas:

NT (i) = 0: quando o tópico não for apresentado;

NT (i) = 3: quando a apresentação do tópico abordar os quesitos mínimos exigidos. Considera-se mínima a abordagem que for meramente descritiva dos quesitos, limitando-se a informações constantes do Termo de Referência ou do Plano de Saneamento, ou que não trate com profundidade os quesitos;

NT (i) = 6: quando a apresentação do tópico abordar, plenamente, mas de forma não conclusiva os quesitos mínimos. Considera-se não conclusiva a abordagem que descrever os quesitos, mas não apresentar as proposições para tais quesitos de forma completa;

NT (i) = 10: quando o tópico for apresentado de maneira a atender plenamente e de forma conclusiva a todos os quesitos exigidos. Considera-se conclusiva a abordagem que apresentar as proposições de forma completa para todos os quesitos abordados.

Ademais, ao final de cada seção é esclarecido que:

As LICITANTES serão avaliadas em função do atendimento aos quesitos destacados em cada tópico. Os problemas críticos deverão ser distinguidos entre aqueles que demandam soluções emergenciais (até 3 anos), de curto prazo (entre 4 e 8 anos), daqueles que podem ter a sua solução em médio prazo (entre 9 e 12 anos) ou longo prazo (entre 13 e 20 anos).

Da análise das regras gerais de pontuação e de avaliação, fica claro a ampla margem para discricionariedade na avaliação das propostas. Não há clareza do que seria tratar com profundidade os quesitos ou apresentar proposições de forma completa. Também não há clareza sobre a criticidade dos problemas. Cada tópico deve elencar problemas que demandam soluções emergenciais, de curto prazo, de médio prazo e de longo prazo? Ou seria possível elencar problemas para atendimento somente em alguns dos prazos destacados? Essa decisão influencia na nota do tópico? Caso haja discordância na definição de criticidade entre o licitante e o município, tal divergência ensejará impacto nas notas?

Estes são somente alguns dos questionamentos acerca das regras gerais de avaliação dos tópicos, o que deixa claro a ampla subjetividade do certame. A falta de clareza dessa avaliação impacta sobremaneira na objetividade do certame, maculando sua legalidade.

A título de exemplos de tópicos específicos, cita-se os quesitos: 2.1.1: Manancial/Qualidade de Água. Os quesitos referentes a esse tópico são: a. Relação, Localização e Descrição dos Mananciais; b. Diagnóstico dos Aspectos Ambientais; c.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



Diagnóstico dos Aspectos Socioeconômicos; d. Descrição de Parâmetros Qualitativos da Água Bruta; e. Apresentação de Parâmetros Quantitativos de Disponibilidade Hídrica.

Como se vê, os quesitos “a”, “d” e “e” são meramente descritivos a respeito de assuntos que deveriam constar do próprio edital, a luz do que dispõe o art. 18 da Lei nº. 8.987/95, não serem objetos de avaliação.

Os quesitos “b” e “c” se refere a apresentação de diagnósticos. O Edital, no entanto, traz, como ressaltado, critérios subjetivos e com ampla margem de discricionariedade para avaliação, e até mesmo regras de atribuição de pontos pouco claras para os diagnósticos.

Essa subjetividade dos critérios de julgamento se repete nos demais tópicos.

Nos itens 2.3 e 2.4 o edital também estabelece como quesito a apresentação de proposições para dos problemas críticos existentes. Da mesma forma, não há nenhum critério objetivo sobre como será atribuída nota e avaliada a exequibilidade dessas proposições.

Essa falta de objetividade no critério de julgamento pode comprometer a seleção da melhor proposta ou permitir o indevido direcionamento da licitação, prejudicando a lisura do certame. A subjetividade trazida pelo critério de melhor técnica também resulta em menor importância ao critério de menor tarifa pelos licitantes. Também é importante ressaltar a essencialidade do serviço em comento e o longo prazo de contratação.

Não há pertinência dos critérios apresentados com a finalidade de se selecionar a melhor proposta. Também há elevada subjetividade na definição dos parâmetros que serão usados para avaliar e atribuir notas.

Conforme analisado no primeiro apontamento, a adoção do critério melhor técnica e menor tarifa, em vez do critério menor tarifa, deve ser devidamente justificada e corresponder a uma vantagem técnica ou tecnológica para a melhor prestação de serviços para a população, capaz de justificar eventual tarifa mais cara. Porém nada disso se observou nesse edital.



É evidente que há uma manifesta irregularidade nos critérios utilizados pelo município para julgamento da proposta técnica. A ausência de critério objetivo de julgamento, viola o disposto no art. 14 da Lei nº. 8.987/95 e no art. 46, I, da Lei nº. 8.666/93.

Assim sendo, diante da gravidade da irregularidade identificada neste instrumento convocatório e da ausência de estudos demonstrando os benefícios que adviriam da adoção do critério de melhor técnica, da forma como está desenhado, entende-se que os riscos de continuidade do certame são mais gravosos que sua suspensão. Há risco de grave lesão à direito alheio se deve ao prejuízo à competitividade causada pela adoção de critérios que permitem julgamento subjetivo, bem como pelo risco de o edital selecionar proposta que resulte em tarifas mais caras para a população ao longo do prazo da concessão.

Portanto, **estando presentes os requisitos para a concessão de medida cautelar, recomenda-se a suspensão do edital.**

Recomenda-se, ainda, a **realização de diligência para que a Prefeitura de Barão de Cocais apresente as justificativas cabíveis sobre a pertinência e coerência de cada critério de julgamento da proposta técnica definidos no Anexo 9 do edital.**

3.3 DA ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE VISITA TÉCNICA OBRIGATÓRIA

3.3.1 Denúncia

A denunciante alega que o item 3.3.1 do Edital prevê a realização obrigatória de visita técnica pelos licitantes como requisito necessário à qualificação técnica (habilitação) das licitantes.

O item 3.3.5 afirma que, ao final da referida visita, o município entrega a licitante o “Atestado de Visita Técnica”. Esse documento, por sua vez, integra os documentos de habilitação da licitante, sendo instrumento para comprovação da sua qualificação técnica, conforme item 4.4.9.

Alega que, não se pode deduzir, que a ciência acerca das peculiaridades do objeto licitado decorrerá necessariamente da realização da visita técnica. Isso porque, o art. 7º da Lei



Federal n. 8.666/1993 seria claro ao exigir que todas as informações relevantes à formulação das propostas constem dos projetos e orçamentos anexos ao edital

Segundo a denunciante, a visita técnica teria o único propósito de dar oportunidade aos licitantes de conhecer a localidade e as especificidades do local em que será executado o objeto, podendo ser dispensada, caso as licitantes assim julgarem cabíveis, considerando que a qualidade da elaboração das propostas não depende dessas informações.

Alega ainda que exigir de todos os licitantes a realização de visita técnica em Barão de Cocais implica em custos adicionais e condições que restringem a competitividade

Fundamenta sua argumentação citando trechos dos acórdãos AC-2760-40/12-P e AC-110/2012-P do TCU.

Alega que a obrigatoriedade da visita técnica somente é aceita pela jurisprudência dos Tribunais de Contas em casos excepcionalíssimos que, por suas peculiaridades próprias, justifiquem tal exigência, situação que não se aplica ao edital em análise.

Sustenta que os precedentes apontados na nota Técnica de Justificativa não se prestam a fundamentar a obrigatoriedade da visita técnica.

Alega ainda que a prestação de serviços de abastecimento de água e esgoto não justifica a obrigatoriedade da visita técnica, conforme é praxe nas licitações desse tipo de serviço. Para isso, cita alguns editais de licitação para fundamentar sua argumentação.

Conclui afirmando que a imposição de apresentação de atestado de visita técnica obrigatória é ilegal, nos termos da jurisprudência dos Tribunais de Contas, e que, caso se entenda pela importância das informações decorrentes da visita técnica, o mais correto seria exigir declaração de que o licitante se responsabiliza pela ciência das peculiaridades do local de execução do objeto, mas ainda assim dispensando-o da realização da visita.

3.3.2 Análise técnica

A “Visita Técnica Excepcionalmente Obrigatória”, assim denominada, está regulada pelo item 3.3 do Edital. O subitem 3.3.1 determina que as proponentes deverão visitar os locais e instalações existentes, que sejam relacionadas aos serviços, obtendo para si, às suas



expensas e sob sua responsabilidade, todas as informações necessárias à preparação da documentação. Já o subitem 3.3.5 determina a apresentação de “atestado de visita técnica” como requisito para a habilitação da licitante. Ou seja, segundo o edital, a visita técnica é um requisito obrigatório para a participação na licitação.

A obrigatoriedade da visita técnica somente é possível de forma excepcional e devidamente fundamentada. Pela documentação juntada aos autos, em especial pela leitura do Edital (peça 5 do SGAP), não se verifica nenhuma justificativa específica.

O edital trata essa visita técnica como um requisito para que a proponente obtenha todas as informações necessárias para a preparação da documentação. Se considerarmos os critérios definidos para julgamento técnico, de fato a presença *in loco* dos licitantes seria necessária para formulação de suas propostas. Entretanto, conforme analisado acima, a adoção do critério técnica carece de justificativa e quesitos definidos para atribuição de nota e classificação não estão adequados para o objeto da licitação.

Conforme destacado pela denunciante, cabe ao Poder Concedente apresentar no edital todas as informações necessárias para os licitantes apresentarem suas propostas, nos termos da Lei 8666/93.

O edital presume que a simples visita técnica daria aos proponentes “pleno conhecimento da natureza e do escopo das obras, serviços, fornecimentos, condições hidrológicas e climáticas que possam afetar a execução, dos materiais necessários que serão utilizados durante a prestação e dos acessos aos locais onde serão realizados os serviços”, conforme disposto no item 3.3.3. Esse item do edital também impede que os licitantes aleguem posteriormente a insuficiência e/ou imprecisão de dados e informações sobre os locais e condições pertinentes ao objeto da concessão.

Ou seja, a obrigatoriedade da visita técnica cria uma presunção de conhecimento acerca das peculiaridades do objeto licitado, de forma a evitar futura alegação de imprecisão ou insuficiência das informações. Todavia, esse tipo de dedução não é correto, pois a simples presença *in loco* não garante o conhecimento de todas as informações necessárias. Ademais, trata-se de obrigação do Poder Concedente apresentar todas as informações necessária no edital, devendo a visita técnica ser apenas facultativa aos licitantes. Ao



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



invés de impor essa visita, poderia apenas exigir declaração de que o licitante se responsabiliza pela ciência das peculiaridades do local de execução do objeto, caso optasse por não realizar a visita, conforme sugerido pela denunciante.

Sobre esse tema, cabe citar precedente deste Tribunal de Contas, no sentido de que visita técnica, quando prevista no edital, deve ser facultativa, admitindo-se, entretanto, que seja obrigatória em hipóteses extraordinárias, nas quais a obrigatoriedade seja plausível, considerando as peculiaridades do objeto:

DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. VISITA TÉCNICA. OBRIGATORIEDADE. JUSTIFICATIVA. CONDIÇÕES DE PARTICIPAÇÃO. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. INFORMAÇÃO. MERO COMPARECIMENTO. AGENDAMENTO. CONTATO. ATESTADO DE CAPACIDADE TÉCNICA. TEMPO. EXPERIÊNCIA. OBRIGATORIEDADE DE JUSTIFICATIVA TÉCNICA. DECLARAÇÃO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. APLICAÇÃO DE MULTA. RECOMENDAÇÃO.

1. A visita técnica, quando prevista no edital, deve ser facultativa, admitindo-se, entretanto, que seja obrigatória em hipóteses extraordinárias, nas quais a obrigatoriedade seja plausível, considerando as peculiaridades do objeto, bem como a impossibilidade de que todas as informações pertinentes e necessárias à formulação de propostas, das quais os licitantes devam ter conhecimento prévio, sejam documentalmente disponibilizadas no edital ou consoante regramento nele inserido (fato a ser devidamente justificado no processo licitatório em sua fase interna). Assim, facultada a visita técnica, a licitante que optar por não a realizar deve apresentar declaração de que conhece todas as informações e as condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

2. Deixa-se de aplicar multa ao responsável quanto à ausência de informação no instrumento convocatório sobre as condições de realização de visita técnica, dado o caráter facultativo de tal visita para os licitantes, bem como a ausência de prejuízos ao certame, recomendando-lhe que não repita a falha em procedimentos licitatórios futuros.

3. Em regra, o aspecto temporal não deve ser considerado como condição de habilitação no certame. No entanto, excepcionalmente, visando mensurar a experiência dos licitantes, o tempo pode ser considerado, caso exista justificativa técnica. Na ausência desta, impõe-se aplicação de multa.

(Relator Cláudio Terrão, Segunda Câmara, 14º Sessão Ordinária, 09/05/2019, Denúncia 1015885)

Considerando o exposto, conclui-se pela **procedência** desse apontamento. **Adicionalmente, sugere-se realização de diligência para que a Prefeitura de Barão de Cocais apresente justificativa sobre a obrigatoriedade da visita técnica.**



3.4 DA AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ESSENCIAIS PARA A FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS

3.4.1 Denúncia

A denunciante informa que o Anexo 12 do Edital (Minuta do Contrato), prevê que cada licitante deverá fixar fatores de ponderação a serem utilizados para fins de cálculo do reajuste da tarifa, o que impedirá a comparação objetiva entre as propostas e prejudicará o julgamento isonômico das propostas

Alega que essa previsão afronta os princípios da licitação e a necessidade de se fixarem critérios objetivos, na medida em que menciona fatores de ponderação para o reajuste, não obstante não estabeleça critérios mínimos sobre quais dados efetivamente devem ser considerados pelas licitantes para se fixar os valores de ponderação, em afronta aos arts. 3º, caput, e art. 45, da Lei Federal n. 8.666/1993.

A ausência de critérios mínimos poderia inviabilizar a confecção das Propostas Comerciais, prejudicando a pontuação final das propostas apresentadas pelas licitantes, bem como o interesse público e a modicidade tarifária.

A denunciante também aponta vício formal que obsta a própria formulação e apresentação da Proposta Comercial pelos licitantes, pois o Anexo 10, Diretrizes para Elaboração da Proposta Comercial, e o Anexo 11, Modelo de Declarações e Proposta, não possuem nenhuma referência ou campo para a inclusão dos referidos fatores de ponderação na fórmula de reajuste, na Proposta Comercial.

Essa falta de previsão de fatores de ponderação para a fórmula de reajuste no modelo de Proposta Comercial (Anexos 10 e 11), em contraste com a cláusula 14.2 da Minuta de Contrato, portanto, seria uma contradição interna no Edital e, conseqüentemente, um vício que prejudicaria formal e materialmente a elaboração das propostas pelos licitantes.

3.4.2 Análise técnica

O item 21.2 do Anexo 12 do Edital, Minuta do Contrato, estabelece uma fórmula para cálculo do reajuste tarifário. Esse cálculo considera fatores de ponderação que devem ser propostos pela concessionária em sua proposta comercial. Estes devem obrigatoriamente



ser equivalentes à distribuição dos pesos dos itens que compõe o custo total da proposta comercial.

21.2. O reajuste será calculado de acordo com a seguinte fórmula paramétrica:

[...]

P1, P2, P3 = são fatores de ponderação a serem aplicados sobre os índices usados na fórmula paramétrica. A soma dos fatores de ponderação deve ser igual a 1 (um inteiro). Os fatores de ponderação correspondem aos valores propostos pela CONCESSIONÁRIA, em sua PROPOSTA COMERCIAL, os quais, obrigatoriamente, devem ser equivalentes à distribuição dos pesos dos itens que compõem o custo total da PROPOSTA COMERCIAL.

Pela leitura dos Anexos 10 e 11, que tratam respectivamente da elaboração da Proposta Comercial e dos Modelos de Declaração, não se verificou nenhuma informação sobre os fatores de ponderação para reajuste tarifário. Ou seja, há manifesta incoerência do edital que inviabiliza a apresentação de proposta comercial que atenda ao previsto no Edital.

Diante desses fatos, **conclui-se pela procedência desse apontamento. Recomenda-se diligência para que a Prefeitura de Barão de Cocais apresente as justificativas cabíveis.**

3.5 DA ILEGALIDADE DA VEDAÇÃO AO SOMATÓRIO DE ATESTADOS ENTRE CONSORCIADAS PARA ATENDIMENTO DAS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA-PROFISSIONAL: VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL N. 8.666/1993

3.5.1 Denúncia

A denunciante alega que, ao tratar da qualificação técnica das licitantes, o Edital, no item 4.4.7 prevê que no caso de consórcios, uma das empresas consorciadas deverá comprovar, sozinha, as exigências de qualificação técnico-profissional dos itens 4.4.1, 4.4.2 e 4.4.312

Essa exigência viola o art. 33, III, da Lei Federal n. 8.666/1993, que permite o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira. Também viola o princípio da ampla competitividade das licitações, pois restringe a competitividade de forma indevida.



Segundo a denunciante, essa exigência também faz com que não haja razão para que exista o consórcio em primeiro lugar, vez que não haveria motivos para que a consorciada que atenda o item 4.4.7 não participasse sozinha da licitação, tendo em vista que ela cumpre todos os requisitos.

O item 4.4.7 estaria restringindo a competitividade do certame, na medida que reduz o número de possíveis prestadores de serviços que, em conjunto com outros, poderiam atender plenamente o interesse público, violando o art. 3º, I que proíbe a existência de condições nos editais que restringem o caráter competitivo da licitação.

3.5.2 Análise técnica

O item 4.4.7 do edital possui a seguinte previsão:

4.4.7. No caso de participação em consórcio, pelo menos uma das empresas que o compõem deverá comprovar as exigências previstas nos itens 4.4.1, 4.4.2 e 4.4.3 acima

Por essa redação, pelo menos uma das empresas que compõe o consórcio deverá comprovar todos os requisitos de qualificação técnica previstos nos itens 4.4.1, 4.4.2 e 4.4.3.

Essa previsão viola o art. 33, III, da Lei nº. 8.666/93, que expressamente permite o somatório de quantitativos de cada licitante para fins de qualificação técnica.

Art. 33. Quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 desta Lei por parte de cada consorciado, **admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação**, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei (grifos nossos).

Cabe destacar que a Lei nº. 8.666/93 fundamenta essa licitação nos termos do item 1.1 do Edital.

Por fim, embora não tenha sido objeto da denúncia, verifica-se que o edital limitou a participação de consórcio a apenas três empresas (3.2.1). Conforme jurisprudência deste



Tribunal de Contas, bem como do TCU e de outros tribunais, essa limitação somente é cabível se devidamente justificada.

Nesse sentido, segue ementa de precedente deste Tribunal de Contas de Minas Gerais:

Representação. Limitação do número de consorciados por consórcio licitante. "(...) sobre a limitação das empresas consorciadas a duas, conforme subitem 8.1.1 do Edital, entendo que, a par de essa exigência poder contrariar os interesses de alguns licitantes, em face da supremacia do interesse público sobre o privado, tal questão deve ser analisada sobre o prisma da discricionariedade administrativa (...). A limitação do número de consorciados, em não sendo vedada expressamente pela Lei n.º 8.666/93, fica à disposição da discricionariedade do Administrador, (...) justamente pelas dificuldades que surgem com a permissão de vários consorciados. (...) [Ao Administrador] foi dado escolher se aceita o consórcio entre licitantes, nos termos do art. 33 da Lei de Licitações. (...) se pode o administrador optar pela possibilidade de um consórcio, naturalmente, pelo princípio ordinariamente aceito, segundo o qual, quem pode o mais, pode também o menos, é natural que possa, pelo bem de seu controle sobre a obra, limitar o número dos licitantes àqueles que terá capacidade de bem gerenciar, não figurando, por óbvio, na limitação do item 8.1.1 do Edital em comento, nenhuma impropriedade ou infringência à lei".

(Representação n.º 712804. Rel. Conselheira Adriene Andrade. Sessão do dia 07/08/2007)

Portanto, numa análise preliminar, **conclui-se pela procedência da denúncia quanto a esse apontamento**, em razão da violação à disposição expressa de lei quanto a possibilidade de se somar os quantitativos de cada empresa consorciada para fins de qualificação econômico-financeira.

Também se **recomenda diligência para que a Prefeitura de Barão de Cocais justifique a limitação do consórcio a três empresas.**

3.6 EXIGÊNCIA INDEVIDA DE ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS

3.6.1 Denúncia

A denunciante informa que os itens 4.4.3 e 4.4.8 exigem das licitantes a apresentação de documentos que comprovem experiência pretérita na prestação de serviços de construção de estruturas necessárias ao abastecimento de água e/ou esgotamento sanitário.

Alega que a execução desses serviços, é usualmente subcontratada pelas Concessionárias, não havendo, portanto, sentido em se requerer expertise da licitante para sua realização.



Menciona jurisprudência do TCU no sentido de que não se pode exigir atestados de habilitação técnica referentes a um serviço que é usualmente subcontratado devido às circunstâncias de mercado (TCU 03911320124, Relator: VALMIR CAMPELO, Data de Julgamento: 05/12/2012)

3.6.2 Análise técnica

O item 4.4.3 do Edital exige, para qualificação técnico-profissional, que a licitante comprove possuir em seu quadro profissional(is) de nível superior detentor(es) de Certificado de Acervo Técnico (CAT) expedido pelo CREA.

Essa previsão está fundamentada na previsão do artigo 30, §1º, I, da Lei nº. 8.666/93, que permite a Administração fazer essa exigência.

Art. 30 § 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;

Portanto, embora haja divergência quanto a pertinência dessa previsão³, não há ilegalidade nesse item do edital.

³ Neste caso, a primeira possibilidade a se considerar é verificar em que medida a análise da capacidade técnica pode ser feita, como parte do processo de qualificação. A Lei 8.666/93 permite que se peça atestados probatórios da capacidade técnico-profissional (art. 30, §1º, inc. I), que são atestados que comprovam que os profissionais vinculados a empresa possuem experiência compatível com o serviço a ser contratado, ou técnico-operacional (art. 30, inc. II), que são atestados que demonstram que a empresa já executou contratos semelhantes ao objeto da licitação. Em qualquer dos casos, esses atestados na melhor das hipóteses apenas certificam que a empresa, ou profissional integrante do seu quadro, esteve envolvido na execução de contrato semelhante ao objeto da licitação. Contudo, esses atestados pouco dizem sobre a qualidade do trabalho realizado, de maneira que, em se tratando de licitação em que a boa técnica é condição importante para a execução do objeto e, na qual a expertise necessária para tanto não pode ser considerada disponível no mercado, tais atestados são absolutamente insuficientes para verificar a capacidade técnica do participante para desempenho adequado do objeto do contrato. (PORTUGAL, Maurício. Melhores práticas na modelagem de licitações de concessões e PPPs)



Quanto ao item 4.4.8, que trata da capacidade técnico-operacional, o edital apresenta exigência de atestados de capacidade técnico-operacional, acompanhados das respectivas Certidões de Acervo Técnico (CAT), para fins de qualificação técnico-operacional, que comprovem que a licitante tenha executado obras e serviços de engenharia, nos termos especificados pelo edital.

A denunciante alega que as atividades de engenharia especificadas no edital podem ser realizadas por empresa subcontratada e que as exigências previstas no item 4.4.8 restringem a competitividade do certame.

Cabe destacar que o item 8.1 do edital permite a contratação de terceiros (subcontratação) para desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares aos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, bem como implantação de projetos associados e a execução dos serviços complementares.

As atividades de engenharia especificadas podem ser realizadas por empresa terceira (item 8.1. do Edital), atuando a concessionária como gestora do empreendimento. Dessa forma, as exigências do item 4.4.8 podem restringir a competitividade do certame.

Portanto, em uma análise preliminar, verifica-se que essa exigência limita a competitividade, pois impede a participação de empresas que pretendam assumir o contrato de concessão através da subcontratação. Conclui-se, assim, pela **procedência parcial** desse apontamento, em relação ao disposto no item **4.4.8**.

3.7 DA INADEQUAÇÃO DO CRITÉRIO UTILIZADO PARA DEFINIÇÃO DO VALOR DO CONTRATO, QUE LEVA EM CONTA APENAS OS INVESTIMENTOS A SEREM REALIZADOS NO ÂMBITO DA CONCESSÃO

3.7.1 Denúncia



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



A denunciante informa que o item 1.7.1 estabelece que o valor estimado do Contrato corresponde ao total estimado para os investimentos a serem realizados pela contratada.

Alega que, ao se considerar o valor do contrato como o valor correspondente ao total de investimentos, apenas parte dos custos envolvidos na execução do contrato está sendo considerada, excluindo-se outras parcelas relevantes como os custos de operação e os lucros da empresa contratada.

Segundo a denunciante, o critério utilizado no edital para a determinação do valor estimado do contrato, uma vez que ele deixa de contabilizar grande parte dos custos a serem incorridos pela concessionária na execução do objeto licitado, sem se falar na parcela referente ao próprio lucro a ser auferido pela contratada.

Destaca que o Termo de Referência estabelece a responsabilidade da futura concessionária pela realização de obras de infraestrutura e dos investimentos necessários para a execução dos serviços de saneamento básico concedidos, bem como aloca, à concessionária, a responsabilidade por todos os custos com a operação dos sistemas de água e esgoto.

Destaca, ainda, que a futura concessionária, além de incorrer com os investimentos, também deverá arcar com os custos de manutenção e operação dos serviços concedidos. Tais custos, porém, não estão sendo considerados no valor do contrato estipulado pelo Edital.

Alega que ao divulgar valor consideravelmente inferior ao montante econômico envolvido na contratação, como sendo o valor estimado do contrato, a Administração Municipal corre o risco de induzir a erro potenciais licitantes, que não terão ciência dos montantes reais relacionados ao certame. Tal fato compromete a competitividade da disputa e prejudica o cumprimento da finalidade constitucional da licitação de selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público. Também viola o princípio da publicidade, ao qual está submetida a Administração Pública, nos termos do art. 3º da Lei n. 8.666/1993 e do art. 14 da Lei n. 8.987/1995.



Cita precedentes do TCU, segundo os quais o critério mais adequado para a determinação do valor de contratos de concessão deve ser a totalidade das receitas a serem auferidas pelo particular ao longo da execução do contrato.

3.7.2 Análise técnica

A leis nº. 8.987/1995 e 8.666/1993 não estabelecem uma regra específica sobre os critérios para definição do valor estimado do contrato. No caso da Lei 8.987/95, este item sequer é colocado como cláusula obrigatória do contrato, haja visto que não há pagamento, por parte da Administração Pública, pelos serviços concedidos.

Pela leitura do Edital, vê-se que o item 1.7 optou por estipular o valor do contrato com base no somatório do CAPEX. O Poder Concedente informou expressamente qual critério foi utilizado, em respeito à transparência, não havendo razão para se alegar eventual “indução à erro” dos potenciais licitantes.

O valor estimado do contrato cumpre importante função no Edital, pois é a base de cálculo da garantia de execução contratual prevista no item 32.1 e dos seguros previstos no item 2.3. Para essa finalidade, o valor do contrato correspondente ao valor total dos investimentos apresenta-se como mais adequado.

Quanto a alegação de que nem todos os custos estão abarcados no valor estipulado do contrato, é necessário que primeiro haja manifestação da Prefeitura de Barão de Cocais para análise por esta Unidade Técnica.

Portanto, para fins de análise de medida cautelar, **conclui-se pela improcedência deste apontamento.**

3.8 DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DE VEÍCULOS DE INVESTIMENTO

3.8.1 Denúncia

A denunciante informa que o Edital apenas faz menção, de maneira genérica, a possibilidade de participação de fundos de investimentos no procedimento (item 3.1.2), porém não houve qualquer tipo de regulamentação do tema no restante do documento.



Informa que, em vez de se exigir apenas a experiência pretérita no setor, como faz o presente Edital, tem sido comum editais exigirem a comprovação de que os licitantes possuem experiência na captação de recursos.

Alega que o Edital, entretanto, apenas prevê que os documentos exigidos para a comprovação relacionadas às exigências de qualificação jurídica, técnica e econômico-financeira podem ser substituídos por documentos similares ou compatíveis, no caso de participação dos fundos de investimentos

A denunciante também alega que os documentos que comprovam a capacidade dos veículos de investimento são diferentes dos exigidos dos demais licitantes. A mera previsão de apresentação dos documentos similares prejudica a plena competitividade dos fundos de investimentos, pois as competências de engenharia financeira, por exemplo, não são comprovadas por meio deles.

Alega, ainda, que não há previsão de como esses documentos seriam avaliados, nem previsão específica de apresentação dos documentos nas diretrizes para elaboração das propostas.

3.8.2 Análise técnica

Conforme dispõe o item 3.1.2 do edital, é permitida a participação de fundos de investimentos. Esse item também dispõe que os documentos comprobatórios de qualificação jurídica, técnica e econômico-financeiro poderão ser substituídos por documentos compatíveis com a natureza jurídica do referido fundo de investimentos:

3.1.2. Em caso de participação de fundos de investimentos, os documentos comprobatórios relacionados às exigências de qualificação jurídica, técnica e econômico-financeira deste edital poderão ser substituídos por documentos similares e/ou compatíveis com a natureza jurídica do referido fundo de investimentos.

Verifica-se pela leitura do artigo que o edital não impediu a participação de fundos de investimentos, permitindo-se a apresentação de documentos compatíveis.



Entretanto, para que se garanta a devida transparência e segurança jurídica aos licitantes, o edital também deveria detalhar quais documentos serão aceitos para qualificação jurídica, técnica e econômico-financeira dos fundos de investimentos.

Nesse sentido, assiste razão à denunciante. Sendo assim, conclui-se pela **procedência** da denúncia quanto a esse apontamento.

Recomenda-se diligência para que a prefeitura de Barão de Cocais apresente os critérios que serão adotados para a qualificação dos fundos de investimentos que pretendam participar da licitação.

3.9 DA VEDAÇÃO INDEVIDA À PARTICIPAÇÃO ISOLADA DE FUNDOS DE INVESTIMENTO QUE DISPÕEM DE RECURSOS SUFICIENTES PARA VIABILIZAR O EMPREENDIMENTO

3.9.1 Denúncia

A denunciante alega que o Edital acaba por vedar a participação dos veículos de investimento em razão das exigências para habilitação técnica previstas e da não regulamentação da participação.

O item 4.4.3 do edital exigem a comprovação de que a licitante possua em seu quadro permanente profissional(ais) de nível superior reconhecido pela entidade competente, detentor de atestados, acompanhado(s) do(s) respectivo(s) CAT's

Alega que essa exigência de habilitação técnica impede a participação isolada de Fundos de Investimento ou outros Veículos de Investimento que dispõem de recursos suficientes para viabilizar o empreendimento e subcontratar as atividades de engenharia, ou mesmo montar estrutura técnica apta a executar as obrigações da SPE.

3.9.2 Análise técnica

O item 4.4.1 o edital determina a comprovação de registro ou inscrição da empresa junto ao CREA como requisito para qualificação técnica.



Esclarece-se que a licitação não precisa ser necessariamente executada por empresas de engenharia. É perfeitamente possível que Fundos de Investimento atuem como controladores de concessionárias de serviço público, subcontratando outras empresa e profissionais para executares serviços e obras de engenharia.

Esclarece-se que a concessionária pode atuar somente como gestora do contrato de concessão, atuando com a gestão dos recursos e empresas necessários para sua execução, e assumindo o risco pela prestação do serviço público⁴. Não é estritamente necessário que ela atue como executora direta de todas as ações necessárias para a prestação do serviço público.

A exigência de registro no CREA, prevista no art. 59 da Lei nº. 5.194/1964, aplica-se a firmas, sociedades, associações, companhias, cooperativas e empresas em geral que se organizem para executar obras ou serviços de engenharia, inclusive a engenharia sanitária. Ou seja, essa exigência não se aplica apenas para empresas ou fundo de investimentos concessionárias de serviço público, que podem subcontratar empresas devidamente inscrita no conselho profissional competente.

Sendo assim, a exigência de inscrição de empresa no CREA para participar de concessão pública de saneamento não possui fundamento legal. Configura irregularidade capaz de comprometer a competitividade do certamente e excluir de forma arbitrária a participação de eventuais interessados que não possuam esse registro.

Por fim, especificamente em relação aos fundos de investimentos, o edital no item 3.1.1 autoriza expressamente a possibilidade de sua participação. O item 3.1.2 informa que a documentação comprobatória exigida para qualificação jurídica, técnica e econômico-

⁴ Na verdade, as concessões públicas dão início a atividades empresariais típicas e com exigências próprias, as quais são desempenhadas pelos concessionários com ampla autonomia administrativa, gerencial, operacional e patrimonial relativamente ao poder público concedente. Em face disso, **incumbe às concessionárias concentrar esforços, recursos e expertise para a implementação e a gestão dos projetos concessórios**, bem como tomar, com exclusividade, todas as decisões pertinentes, tais como: selecionar seus diretores, equilibrar suas contas, criar condições para o autofinanciamento e para a remuneração do capital investido, equacionar e minimizar riscos etc – grifos nossos (ADI 2.946/DF. Voto do Relator, ministro Dias Toffoli)



financeira poderá ser substituída por documentos similares compatíveis com a natureza dos fundos de investimentos.

Entretanto, como analisado no apontamento anterior, o edital foi omissivo ao não estabelecer quais seriam esses documentos similares e compatíveis com esses fundos. O edital estabeleceu apenas uma faculdade para comissão de licitação, o que compromete a segurança jurídica e transparência do certame.

Diante do exposto, **conclui-se pela procedência parcial da denúncia quanto a esse apontamento.**

Recomenda-se diligência para que a Prefeitura de Barão de Cocais para que esclareça como será feita a análise dos documentos similares previstos no item 3.1.2 do edital.

3.10 DA IRREGULARIDADE DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE APRESENTAÇÃO DE CONTRARRAZÕES/IMPUGNAÇÃO AOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS NO CURSO DA LICITAÇÃO

3.10.1 Denúncia

Alega a denunciante que, embora o edital preveja o cabimento de recurso das decisões da comissão de licitação (item 5.3.1), não há previsão quanto à possibilidade de apresentação de impugnação ou contrarrazões aos recursos administrativos no curso da licitação.

Essa omissão viola os direitos à ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV da Constituição Federal) dos licitantes que terão sua esfera jurídica afetada pela decisão do recurso.

Cita o artigo 40, XV da Lei 8.666/93, que determina previsão obrigatória nos editais de licitação de instruções e normas para os recursos. Cita ainda o artigo 109, III, § 3º que estabelece que, interposto o recurso, os demais licitantes serão comunicados para poderem impugná-lo no prazo de cinco dias úteis.

Fundamenta sua argumentação mencionando o Acórdão 1373/2003 TCU.



Por fim, alega que é do interesse da Administração Pública que todos os licitantes apresentem as suas argumentações referentes ao processo licitatório no intuito de se garantir que a proposta mais vantajosa para o interesse público.

3.10.2 Análise técnica:

O item 5.3.1 do Edital dispõe sobre a apresentação de recursos em face das decisões da Comissão de Licitação.

O edital expressamente informa que esse recurso será apresentado nos termos do art. 109 da Lei Federal nº. 8.666/1993.

5.3.1. Das decisões da COMISSÃO DE LICITAÇÃO, caberá recurso, nos termos do art. 109 da Lei Federal nº. 8.666/1993, a serem encaminhados ao Presidente da COMISSÃO DE LICITAÇÃO.

Por sua vez, o art. 109 da Lei nº. 8.666/1993 dispõe expressamente sobre a comunicação dos recursos aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de cinco dias úteis.

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

[...]

§ 3º Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

Embora o edital não faça menção expressa sobre a possibilidade de impugnação do recurso por parte dos demais licitantes, a referência ao art. 109 da Lei nº. 8.666/93 cumpre a função de estabelecer o regramento do recurso administrativo.

Também não se verifica prejuízo aos licitantes, uma vez que se trata de matéria de ordem pública disciplinada por lei. Eventual violação ao disposto no art. 109 §3º da Lei nº. 8.666/93 durante o processo licitatório configura ilegalidade e poderá ser impugnada pelo prejudicado.

Sendo assim, não se vislumbra ameaça ao cumprimento da lei em razão de ausência de regulamentação específica no edital de procedimento já disciplinado em lei.

Portanto, **conclui-se pela improcedência desse apontamento.**



3.11 DA ILEGALIDADE DA PREVISÃO DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA QUALIFICAÇÃO TÉCNICA PROFISSIONAL

3.11.1 Denúncia

A denunciante informa que o edital, ao regulamentar a exigência de comprovação de qualificação técnica dos licitantes, o fez em duas categorias distintas: capacidade técnico-operacional e capacidade técnico-profissional.

Também informa que ao exigir atestados de comprovação de qualificação técnico-profissional com quantitativos mínimos, o Edital acabou desrespeitando essa distinção, pois o item 4.4.3 do instrumento convocatório impôs a comprovação quantitativa de experiência do profissional na realização de diversos serviços e atividades. O item 4.4.3 estabelece valores mínimos e número de habitantes para os serviços prestados pelo profissional.

Alega que essa previsão viola os §§ 1º, I, e 5º do art. 30 da Lei Federal n. 8.666/1993, que dispõem serem “vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos” (art. 30, §1º, I) e que é “vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação” (art. 30 §5º).

Sustenta que não se pode exigir, como fez o Edital, a comprovação de valores mínimos para os serviços executados pelos profissionais integrantes das licitantes. Fundamenta sua argumentação a partir de precedentes do TCU.

3.11.2 Análise técnica

O item 4.4.3 que trata da qualificação técnico-profissional, apresenta como requisito “Vazão média de consumo de 22,7 L/s, vazão média de produção de 37,9 L/s, população mínima de 13.513 habitantes (vazões e população equivalente à 50% do início de plano para o empreendimento) ”:

4.4.3. Para atendimento à qualificação técnico-profissional, a licitante deverá comprovar que possui em seu quadro permanente, na data prevista para entrega dos envelopes, profissional(ais) de nível superior reconhecido pela entidade competente, detentor de atestados, acompanhado(s) do(s) respectivo(s) CAT's



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



- Certificado(s) de Acervo Técnico, expedido(s) pelo(s) CREA(s) da(s) região(ões) onde a(s) obra(s) e serviço(s) tenha(m) sido executada(s), que comprove(m) sua responsabilidade técnica em obras e serviços, equivalentes ou semelhantes ao objeto desta licitação, consistentes nos seguintes itens relevantes:

a. Obra de construção e/ou implantação de rede coletora e interceptores de esgotos sanitários, estação de tratamento de esgotos sanitários, captação de água bruta, adutora de água bruta e/ou tratada, estação de tratamento de água, redes de abastecimento de água e ligações domiciliares de água e esgoto. **Vazão média de consumo de 22,7 L/s, vazão média de produção de 37,9 L/s, população mínima de 13.513 habitantes (vazões e população equivalente à 50% do início de plano para o empreendimento).**

b. Execução e/ou elaboração de projeto básico e/ou executivo de sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário, incluindo levantamento topográfico, estudos geotécnicos e de fundações, estruturas em concreto armado e alvenaria, instalações hidráulicas, mecânicas e elétricas. **Vazão média de consumo de 22,7 L/s, vazão média de produção de 37,9 L/s, população mínima de 13.513 habitantes (vazões e população equivalente à 50% do início de plano para o empreendimento)** (grifos nossos)

O art. 30, § 1º, I, estabelece que a capacidade técnico-profissional será feita através de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, sendo vedadas exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Art. 30, § 1º I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos

O item 4.4.3 estabelece parâmetros, para fins de aceite dos atestados de responsabilidade técnica sobre execução de obras e projetos, de vazão média de consumo e de produção, bem como de população mínima do município onde foram executadas as referidas obras e projetos.

Conforme acima transcrito, o art. 30 §1º da lei nº. 8.666/93 exige que o atestado de responsabilidade técnica corresponda a obra ou serviço de características semelhantes. Dessa forma, é necessário que haja a estipulação de parâmetros para que se assegure o cumprimento dessa exigência legal.

Pela leitura do 4.4.3, não se verificou a exigência de quantidades mínimas de obras ou serviços executados, mas a estipulação de um parâmetro mínimo relacionado ao porte da obra ou serviço executado, com base na população e na vazão média.



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



Não obstante, o Tribunal de Contas da União tem admitido a exigência de quantitativos mínimos na experiência técnico-profissional quando a Administração demonstra justificativa de que essa exigência é indispensável. Nesse sentido, o TCU, no acórdão nº. 2032/2020, considerou razoável a exigência de experiência definido em 50%, como um patamar razoável.

É legal, para a comprovação da capacidade técnico-profissional de licitante, a exigência de quantitativos mínimos, executados em experiência anterior, compatíveis com o objeto que se pretende contratar, **cabendo à Administração demonstrar que tal exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação a ser contratada.** (Informativo de Licitações e Contratos nº. 397 do TCU)

[...]

Em seu voto, anuindo à manifestação da unidade instrutiva, o relator assinalou que o mínimo exigido (262.000 TEUs) de movimentação anual do terminal seria razoável, por se referir a quantitativo equivalente ao de um terminal de pequeno porte, e que o porto de Itajaí, só no primeiro semestre de 2020, movimentara 258.476 TEUs. Considerou igualmente razoável a exigência para o produto “*due diligence jurídico*” em serviços prestados em processos de fusão e aquisição (R\$ 352 milhões), por se referir a 50% do ativo total declarado pela Superintendência do Porto de Itajaí à Antaq, em dezembro de 2018. Frisou, por fim, que o TCU possui precedentes no sentido de que, ao se exigir quantitativos mínimos para fins de comprovação da capacidade técnico-profissional das licitantes, a Administração deve apresentar a devida motivação dessa decisão administrativa, evidenciando que a exigência é indispensável à garantia do cumprimento da obrigação. (Acórdãos nº. 492/2006, 1.124/2013 [1.214/2013], 3.070/2013 e 534/2016, todos do Plenário), e que, no presente caso, “foi demonstrado pelos estudos que balizaram a exigência e os quantitativos exigidos, que as exigências feitas, para habilitação técnico-profissional, de experiência em torno de 50%, estão no patamar entendido como razoável por esta Corte de Contas”, no que foi acompanhado pelos demais ministros.

(Acórdão nº. 2032/2020. Plenário, Representação. Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer)

No mesmo sentido é o entendimento deste Tribunal de Contas de Minas Gerais:

DENÚNCIA. MEDIDA CAUTELAR. PREGÃO ELETRÔNICO. REGISTRO DE PREÇOS. CONSÓRCIO PÚBLICO. VEDAÇÃO À PARTICIPAÇÃO DE CONSÓRCIOS. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. EXIGÊNCIAS EXCESSIVAS. QUANTITATIVOS MÍNIMOS E PRAZO MÁXIMO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. SUSPENSÃO LIMINAR DO CERTAME. DECISÃO MONOCRÁTICA REFERENDADA.

[...]

2. A fixação de quantidades mínimas como exigência para habilitação de empresas licitantes é lícita, **sendo admitida a definição do limite de até 50%**, para a demonstração de experiência anterior, em relação ao volume a ser contratado – grifos nossos.



[...]

(Denúncia 1.144.710, Conselheiro Wanderley Ávila, Segunda Câmara, 06/06/2023)

Cabe destacar que a população estimada de Barão de Cocais é de 33.232 habitantes⁵. Como o quantitativo estipulado é de 13.513 habitantes, este está abaixo de 50% da população de Barão de Cocais, patamar entendido com razoável.

Portanto, nessa análise preliminar, não se verificou ilegalidade por exigência de quantidades mínimos para qualificação técnico profissional, mas um parâmetro para que o atestado de capacidade técnica seja correspondente a obras ou serviços de características semelhantes ao município contratante. Também não se verificou limitação de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, que é vedado pelo §5º do art. 30.

Sendo assim, conclui-se pela **improcedência** desse apontamento.

4 CONCLUSÃO

Considerando o exposto, conclui-se pela **procedência** dos seguintes apontamentos:

3.1 - Adoção de critérios de julgamento incompatível com a natureza do objeto licitado. Impossibilidade de utilização do critério “técnica e preço” para licitar serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário

3.2 - Ilegalidade dos critérios e da metodologia de avaliação das propostas técnicas. Ilegalidade dos quesitos que consistem no “conhecimento do problema” ou “diagnóstico do sistema existente” enquanto critério de pontuação da proposta técnica. Violação aos artigos 18, IV e XV e 21 da lei n. 8.987/1995.

3.3 - Ilegalidade da exigência de visita técnica obrigatória: restrição indevida à competitividade

3.4 - Ausência de definição de critérios essenciais para a formulação de propostas. Da subjetividade e da frustração da comparação objetiva entre propostas. Vício formal diante

⁵ Dado do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE de 2021. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/mg/barao-de-cocais.html>. Acesso em 16/06/2023



da ausência de campo para apresentação dos fatores de ponderação no modelo de proposta comercial

3.5 - Ilegalidade da vedação ao somatório de atestados entre consorciadas para atendimento das exigências de qualificação técnica-profissional: violação à lei federal n. 8.666/1993

3.8 - Ausência de regulamentação acerca da participação de veículos de investimento. Frustração da competitividade do certame

Conclui-se, ainda, pela **procedência parcial** dos seguintes apontamentos:

3.6 - Exigência indevida de atestados de qualificação técnica na prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário que são usualmente subcontratados

3.9 - Vedação indevida à participação isolada de fundos de investimento que dispõem de recursos suficientes para viabilizar o empreendimento. Frustração da competitividade do certame

Por sua vez, conclui-se pela **improcedência** dos seguintes apontamentos:

3.7 - Inadequação do critério utilizado para definição do valor do contrato, que leva em conta apenas os investimentos a serem realizados no âmbito da concessão.

3.10 Irregularidade da ausência de previsão de apresentação de contrarrazões/impugnação aos recursos administrativos no curso da licitação

3.11 - Ilegalidade da previsão de quantitativos mínimos para qualificação técnica profissional (habilitação): violação à lei federal n. 8.666/1993

Ademais, importante destacar que no presente caso **não há risco de periculum in mora reverso**, na medida em que a continuidade do serviço de abastecimento de água não está comprometida, em razão da existência de contrato vigente celebrado com a COPASA em



17 de novembro de 1995, com prazo de vigência inicial de 25 anos, com previsão de prorrogação automática por mais 10 anos (cláusula 17^a)⁶.

5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante de todo o exposto neste relatório, recomenda-se:

1 – Concessão de cautelar, *inaudita altera pars*, para que se abstenha de dar continuidade ao certame⁷, uma vez presentes os requisitos para sua concessão (art. 197 do Regimento Interno do TCE/MG), visto haver fundado receio de direito alheio e risco de ineficácia da decisão de mérito.

2 – Realização de diligência para que a Prefeitura de Barão de Cocais apresente:

- a) Motivação sobre a adoção do critério melhor técnica e os respectivos estudos elaborados na fase interna do processo, que embasaram a decisão.
- b) Justificativa, e os respectivos estudos elaborados na fase interna do processo licitatório, sobre a pertinência e coerência de cada critério de julgamento da proposta técnica definidos no Anexo 9 do edital.
- c) Justificativa sobre a obrigatoriedade da visita técnica.
- d) Justificativa sobre a ausência dos fatores de ponderação nos Anexos 10 e 11 que tratam da proposta comercial.
- e) Justificativa sobre a limitação do consórcio a três empresas.
- f) Apresente os critérios que serão adotados para a habilitação dos fundos de investimentos que pretendam participar da licitação, nos termos do item 3.1.2 do edital.

À consideração superior,

CFCP, aos 21 de junho de 2023

⁶ Contrato disponível em http://arsae-homo.prodemge.gov.br/2015-10-29-12-23-44/contratos-programa-concessao/documents?by_year=&by_month=&by_format=&category_id=108&ordering=&q=bar%C3%A3o. Acesso em 21/06/2023

⁷ A Concorrência 01/2022 encontra-se suspensa por ato da Prefeitura desde 15/06/2023



Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais
Diretoria de Fiscalização de Matérias Especiais - DFME
Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações - CFCP



Romário Teles Rocha
Analista de Controle Externo CFCP
TC 3398-4