

PROCESSO Nº: 1.148.581
NATUREZA: Denúncia
RELATOR: José Alves Viana
JURISDICIONADO: Município de Barão de Cocais
EXERCÍCIO: 2023

INTRODUÇÃO

Trata-se de denúncia, com pedido de medida liminar, oferecida 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 e distribuída em 14/06/2023 para a relatoria do Conselheiro José Alves Viana.

Ainda em 14/06/2023, o relator, através de Despacho (peça nº 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 úteis.

Em 21/06/2023 esta Unidade Técnica apresentou relatório recomendando a concessão de cautelar para que o município de Barão de Cocais se abstinhasse de dar continuidade ao certame, bem como que fossem realizadas diligências.

Em decisão do dia 29/06/2023, o Conselheiro Relator julgou prejudicada a análise da medida cautelar, tendo em vista que o certame em comento tinha sido suspenso *sine die* pela Administração Municipal, conforme comunicado disponibilizado no dia 15/06/2023¹. Também determinou a intimação dos Srs. Douglas Aleixo Pena (Secretário de Obras e Saneamento) e Cristiano de Oliveira Lage (Secretário de Meio Ambiente) para que encaminhassem os esclarecimentos solicitados em sede de diligência, bem como a cópia integral da Concorrência nº. 1/2022.

Em 06/07/2023 Secretário Municipal de Obra e Saneamento solicitou a extensão do prazo para resposta aos apontamentos feitos para 30 dias úteis, de modo a permitir uma análise mais aprofundada e a elaboração de respostas adequadas.

Em 28/07/2023 o Conselheiro Relator acolheu as razões apresentadas pelo jurisdicionado e concedeu, em caráter excepcional, novo prazo de 10 dias úteis para apresentação dos esclarecimentos e documentos determinados.

Em 22/08/2023 o processo foi tramitado para esta Unidade Técnica para reexame. Em 06/09/2023, foi juntado aos autos novo Relatório de Análise, em que se concluiu pela procedência de alguns apontamentos da denúncia, ressaltando que seria necessário aguardar a republicação do edital para emissão de parecer considerando as alterações.

Em 18/10/2023, o Ministério Público de Contas apresentou Relatório de Manifestação Preliminar, através do qual requereu aditamento da denúncia e a citação dos responsáveis para apresentarem defesa.

Em 25/10/2023, o relator, através de despacho, determinou a intimação dos senhores Douglas Aleixo Pena, Secretário de Obras e Saneamento, e Cristiano de Oliveira Lage, Secretário de Meio Ambiente, para que no prazo de 15 dias encaminhassem a documentação solicitada por esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações. Após solicitação do jurisdicionado, em 29/11/2023 o Relator ampliou o prazo por mais 10 dias.

Em 05/12/2023, o Município de Barão de Cocais, através da Secretária de Obras e Saneamento e da Secretária Municipal de Meio Ambiente, juntou aos autos petição com as justificativas e documentos solicitados por esta Unidade Técnica.

Em 11/12/2023 a AEGEA Saneamento e Participação S.A. apresentou nova petição requerendo a juntada de precedente do TCE-RO, bem como reiterando o pedido para que seja reconhecida a nulidade do Edital de Concorrência Pública nº. 001/2022.

Em 12/12/2023, o relator, através de despacho, determinou a redistribuição do feito para o Tribunal Pleno, tendo em vista a alteração do valor da licitação para R\$1.245.982.443,78. O processo foi redistribuído e remetido a esta Coordenadoria para exame.

Em 16/01/2024 o Município de Barão de Cocais publicou o Edital de Concorrência nº. 01/2022, estabelecendo o dia 05/03/2024 como data para abertura dos Documentos de Qualificação e das Propostas Técnicas e Comerciais.

Em 24/01/2024 a AEGEA Saneamento e Participação S.A. apresentou nova petição nos autos, do Edital, reiterando que seja reconhecida a nulidade do Edital, bem como requerendo a juntada de Recomendação Conjunta dos Promotores de Justiça de Extrema. Esse documento foi juntado aos autos em 31/01/2024.

É o relatório, no essencial.

ESCOPO

Este relatório tem como escopo a análise técnica dos apontamentos feitos na denúncia formulada pela Aegea Saneamento e Participações S.A e pelo Ministério Público de Contas, com base nas alterações promovidas pelo Município de Barão de Cocais no Edital de Concorrência Pública nº. 001/2022, republicado em 16/01/2024. Também será objeto deste relatório a análise da documentação apresentada pela denunciante em 24/01/2024.

DA ANÁLISE

A denúncia inicialmente apresentada pela Aegea Saneamento e Participações S.A. (Peça nº. 1) elencou as seguintes irregularidades no Edital de Concorrência Pública nº. 001/2022 do Município de Barão de Cocais:

- 1 - Adoção de critério 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.
- 2 - Ilegalidade dos critérios e da metodologia de avaliação das propostas técnica. 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 - Ilegalidade das exigências de visita técnica obrigatória: restrição indevida à competitividade
- 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 da ausência de campo para apresentação dos fatores de ponderação no modelo de proposta comercial
- 5 - Ilegalidade da vedação ao somatório de atestados entre consorciadas para atendimento das exigências de qualificação técnica-profissional
- 6 - Exigência indevida de atestados de qualificação técnica na prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário que são usualmente subcontratados

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

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

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

10 - Vedação indevida à participação isolada de fundos de investimento em razão dos requisitos de habilitação técnica

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

12 - Ilegalidade da previsão de quantitativos mínimos para qualificação técnica profissional

Esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações já tinha procedido à análise desses apontamentos no Relatório Técnico, juntado aos autos em 21/06/2023 (peça nº 12), cujo escopo foi restrito aos fatos trazidos na denúncia, em especial para se opinar sobre o pedido de suspensão liminar do processo licitatório.

Como resultado, em uma análise perfunctória, esta Unidade Técnica concluiu pela procedência da denúncia quanto aos apontamentos 1, 2, 3, 4, 5 e 8. Também concluiu pela procedência parcial dos apontamentos 6, 9 e 10¹, bem como pela improcedência dos apontamentos 7, 11 e 12, acima enumerados. Como proposta de encaminhamento, recomendou a concessão de cautelar para que o jurisdicionado se abstinhasse de dar continuidade ao certame.

Após a apresentação de resposta pelo Município quanto aos apontamentos feitos na inicial, esta Coordenadoria exarou novo relatório (peça nº. 45). Tendo em vista a informação do jurisdicionado de que o edital seria republicado com a finalidade de se solucionar eventuais irregularidades apresentada na denúncia, o relatório técnico se restringiu a analisar os apontamentos que não seriam impactados com as alterações. Como resultado, após a análise da resposta do Município, esta Unidade

¹ No Relatório Inicial (peça nº. 12) o item 10 foi analisado em conjunto com o item 9

Técnica manteve o entendimento pela procedência dos apontamentos 1, 2 e 6, postergando a análise dos demais, tendo em vista a previsão de republicação do edital.

Naquele relatório foi recomendada a citação dos responsáveis pelo município para defesa, bem como para apresentação dos documentos referentes à fase interna da licitação, em especial os estudos que demonstram a viabilidade econômico-financeira da concessão, acompanhados de Planilhas de Excel desbloqueadas, com as suas fórmulas sem senhas, bem como eventual Procedimento de Manifestação de Interesse, tendo em vista que essa documentação não foi juntada aos autos.

O Ministério Público de Contas, conforme peça 47, requereu o aditamento da denúncia para incluir apontamento quanto a irregularidade de vedação à participação de consórcios com mais de três licitantes.

Feitas estas considerações, cabe analisar novo edital (peça nº. 80 do SGAP) publicado pelo Município de Barão de Cocais, em 16/01/2024. A seguir, será feita análise dos apontamentos de irregularidades questionados neste processo, levando em consideração as alterações no Edital republicado.

DA AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS ESSENCIAIS PARA A FORMULAÇÃO DE PROPOSTAS. DA SUBJETIVIDADE E DA FRUSTRAÇÃO DA COMPARAÇÃO OBJETIVA ENTRE PROPOSTAS. VÍCIO FORMAL DIANTE DA AUSÊNCIA DE CAMPO PARA APRESENTAÇÃO DOS FATORES DE PONDERAÇÃO NO MODELO DE PROPOSTA COMERCIAL.

Inicia-se este relatório com a análise desse apontamento que trata da ausência de critérios essenciais para a proposição dos fatores de ponderação para fins de reajuste tarifários, pois, **embora se trate de irregularidade grave, apontada nos relatórios de peças 35 e 45, não foi considerado pelo jurisdicionado ao retificar o edital.**

Ocorre que, em manifesta incoerência do Edital, nos Anexos 10 e 11, que tratavam respectivamente da Elaboração da Proposta Comercial e dos Modelos de Declaração, não havia informação sobre os fatores e ponderação para reajuste tarifário.

Já no novo Edital, o item 3.8, que trata da Proposta Comercial, sofreu diversas alterações, com destaque para a inclusão dos itens 3.8.4. a 3.8.16, que especificam quais custos deverão abranger a proposta comercial.

O novo edital segregou o fator k para água (ka) e para esgoto (ke), que serão aplicados sobre os valores das tarifas. O Anexo 10 também foi reformulado para especificar as diretrizes para elaboração

da proposta comercial. Sobre os critérios de julgamento da proposta comercial, convém transcrever o critério especificado no Anexo 10:

A PROPOSTA COMERCIAL será composta de duas partes, a saber:

- a) Carta de Apresentação da proposta (ANEXO 11) indicando o valor do FATOR K Água (Ka) e FATOR K Esgoto (Ke), cujo valor máximo de cada qual é de 1,000 (um inteiro), que serão aplicados sobre os valores das TARIFAS de água e esgoto, respectivamente, constantes da Estrutura Tarifária apresentada no ANEXO 3 do edital;
- b) Plano de negócios da licitante, apresentado conforme detalhado no ANEXO 03, para fins de verificação da adequação entre a PROPOSTA TÉCNICA e a PROPOSTA COMERCIAL, bem como permitir a verificação da viabilidade do projeto proposto pela licitante.

(...)

O julgamento da PROPOSTA COMERCIAL, para fins de classificação, será feito pela aplicação da seguinte fórmula:

$$NC = 100 \times (1 - K_m)$$

Onde:

NC = Nota Comercial da Licitante

K_m = Valor médio dos fatores Ka e Ke, calculados conforme fórmula a seguir:

$$K_m = (K_a \times F1 + K_e) \div FP$$

K_a = Valor do Fator K para aplicação nas tarifas de Água;

K_e = Valor do Fator K para aplicação nas tarifas de Esgoto;

$$F1 = 100/74;$$

$$FP = 174/74. \text{ Ka, Ke = FATOR K = } (1 - k), \text{ onde:}$$

k = Coeficiente k, que corresponde ao valor do percentual de desconto (em decimal) a ser ofertado pelos LICITANTES.

Ocorre que, **mesmo após as modificações realizadas no edital republicado, conforme se verifica do Anexo 10, não há nenhuma menção aos fatores de ponderação para reajuste**, embora devam ser apresentados juntamente com essa proposta.

Esse cenário compromete a formulação de propostas pelos interessados, na medida em que não é possível compreender como esses fatores serão objetos de avaliação para fins de julgamento da proposta.

Aliás, embora devam ser apresentados juntamente com essa proposta comercial, a ausência de referência a esses fatores no Anexo 10 deixa dúvidas se, de fato, serão objetos de avaliação para fins de julgamento da proposta comercial.

Os fatores de ponderação para reajuste somente estão conceituados no Anexo 12 (Minuta do Contrato), conforme cláusula 21.2, que trata do cálculo para reajuste tarifário, sem que haja também nesse Anexo qualquer parâmetro que permita depreender sua relação com o julgamento da proposta comercial .:

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

$$IR = P1 \times \left(\frac{IMO_i - IMO_o}{IMO_o} \right) + P2 \times \left(\frac{IEE_i - IEE_o}{IEE_o} \right) + P3 \times \left(\frac{IPCA_i - IPCA_o}{IPCA_o} \right)$$

Sendo:

IR = Índice de Reajuste;

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.

Verifica-se, portanto, a partir da análise do novo edital publicado, que **não houve nenhuma alteração capaz de solucionar a irregularidade apontadas por esta Unidade Técnica no Relatório Técnico Inicial.**

O item 1.13 do Anexo 11 (Modelo de Proposta Comercial) permanece sem apresentar campo específico para que o licitante interessado possa formular proposta dos fatores de ponderação. O edital também não esclareceu quais critérios devem ser adotados pelo licitante para a proposição dos fatores de ponderação.

Ademais, do trecho transcrito acima, percebe-se que os valores propostos para os fatores de ponderação devem ser equivalentes aos itens que compõem o custo total da Proposta Comercial. **Contudo, não há nos Anexos 10 e 11 nenhuma menção a estes itens de custo ou a qualquer instrução de como eles devem ser calculados ou apresentados na proposta.**

Já no Anexo 03 (Plano de Negócios Referencial), **há mais itens de custo que não constam do Anexo 11, de modo a inviabilizar a utilização do Plano de Negócios Referencial para a definição dos fatores de ponderação.**

Essa ausência de informações acerca dos critérios a serem considerados pelos licitantes para a proposição dos fatores de ponderação para fins de reajuste tarifário compromete a formulação da proposta, prejudicando a própria competitividade do certame.

Ou seja, a falta de clareza do edital quanto aos critérios a serem considerados pelo licitante na proposição dos fatores de ponderação, bem como a ausência de informação sobre como esses critérios serão avaliados junto com a proposta técnica, ou mesmo se serão objeto de avaliação, deixando a cargo das licitantes a definição desses critérios, **compromete a formulação de propostas, em franco prejuízo à competitividade, além de poder resultar em reajustes tarifários inadequados, com prejuízo para a modicidade tarifária ou comprometimento da própria continuidade dos serviços prestados.**

Cabe ainda considerar que **permitir que os critérios de reajuste sejam definidos unilateralmente pelo licitante representa graves riscos à execução contratual.** É que, ainda que esses fatores de ponderação não sejam objeto de julgamento, há, de um lado, o risco de que o licitante vencedor apresente uma proposta comercial aparentemente vantajosa para o Poder Concedente, mas que defina fatores de ponderação que sobredimensionem os itens de custo sujeitos a maiores reajustes, de forma a se alcançar um valor de reajuste superior ao que se alcançaria caso se utilizasse um índice único ou uma fórmula paramétrica pré-definida pelo Município. Como consequência, é possível que ocorra o **encarecimento das tarifas ao longo do contrato de concessão, sem correspondência com as necessidades reais da concessionária.**

Essa busca por sobredimensionar itens de custo sujeitos a maiores reajuste pode, por outro lado, causar efeito inverso. Caso o licitante vencedor adote tal postura, **há risco de os itens de custo sobredimensionados resultarem em um índice de reajuste que não reflita a efetiva variação dos custos, comprometendo a viabilidade da proposta e a própria continuidade da prestação dos serviços.** Da forma como está desenhada a definição dos fatores de ponderação da fórmula paramétrica, o **licitante possui incentivos para maximizar os reajustes no curto prazo,** sobredimensionando itens de custo que tenham índices de reajuste atualmente maiores, mas que futuramente podem apresentar **índices que não sejam suficientes para a sustentabilidade econômica do contrato.**

Ademais, a partir da leitura da Lei 11.445/2007, percebe-se que a sistemática de reajuste das tarifas deve guardar relação com a sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro dos serviços:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

[...]

II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;

[...]

§2º Nos casos de serviços prestados mediante contratos de concessão ou de programa, as normas previstas no inciso III do caput deste artigo deverão prever:

[...]

IV - as condições de sustentabilidade e equilíbrio econômico-financeiro da prestação dos serviços, em regime de eficiência, incluindo:

[...]

b) a sistemática de reajustes e de revisões de taxas e tarifas

Ou seja, os reajustes têm como objetivo garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, motivo pelo qual sua sistemática deve guardar estreita relação com o estudo de viabilidade econômico-financeira. Tal sistemática não deve ser cair no âmbito de decisão da concessionária, visto que, como já exposto, esta não possui incentivos para definir os reajustes de maneira com o que prevê a Lei. Dessa forma, para que a sistemática de reajustes esteja adequada à Lei, esta deve ser definida pelo Poder Concedente, levando em consideração o estudo de viabilidade econômico-financeiro.

Portanto, **é imprescindível que o Edital seja retificado quanto a este apontamento,** de modo a retirar do edital a menção a esses fatores de ponderação a serem definidos na proposta comercial, estabelecendo no próprio edital o critério de reajuste a ser aplicado, independente de qual licitante se consagrar vencedora do certame.

Ante o exposto, **verifica-se que, mesmo após a publicação de novo edital, o vício apontado no relatório técnico inicial não foi sanado.** Sendo assim, **conclui-se pela procedência deste apontamento da denúncia.**

Dessa forma, opina essa Unidade Técnica que o Município deve **excluir do Anexo 12 do Edital, especificamente da Cláusula 21.2, a menção à definição dos fatores de ponderação pela Concessionária e trazer, na referida cláusula, os valores a serem adotados para os fatores de ponderação, ou mesmo definir um índice global para o reajuste anual.**

Tendo em vista a gravidade dessa irregularidade, esta Unidade Técnica **opina pela concessão de cautelar para suspender a licitação** para retificação da Minuta de Contrato.

O CRITÉRIO DE JULGAMENTO DO TIPO MENOR TARIFA COM A MELHOR TÉCNICA

Conforme já exposto nos relatórios precedentes (peças 12 e 45), esta Unidade Técnica entende que o critério de julgamento técnica não é o mais adequado para concessão de abastecimento e saneamento básico, visto se tratar de um setor consolidado e com ampla oferta de empresas capazes de prestar o serviço. Ademais, tal critério tem potencial de comprometer a modicidade tarifária e a objetividade da seleção. Apesar disso, **o Município de Barão de Cocais, ao republicar o edital, manteve a previsão do critério de julgamento pelo tipo melhor técnica combinado com a menor tarifa.**

Nesse cenário, vale repisar, em apertada síntese, o posicionamento desta Coordenadoria acerca do tema, cuja análise aprofundada encontra-se exarada nos relatórios de peças 35 e 45 do SGAP.

A modalidade de licitação “técnica e preço” está prevista tanto na Lei nº 8.666/93, quanto na Lei nº 8.987/95, logo, em um primeiro momento não haveria dúvidas quanto à sua admissibilidade legal. Entretanto, ainda que todos os critérios estabelecidos normativamente sejam válidos, sua aplicabilidade pode variar dependendo do contexto. A escolha da modalidade de julgamento deve ser norteadada por questões objetivas, estabelecendo uma conexão entre a teoria administrativa e a prática licitatória. Sendo assim, os critérios de julgamento devem ser fundamentados nas especificidades de cada licitação.

Embora haja previsão legal para a utilização do critério de julgamento por meio de técnica, nas concessões dos serviços públicos, sobretudo naquelas de saneamento básico, essa deve ser utilizada de forma **excepcional e fundamentada**.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCE-SP) possui decisões pela anulação de editais de Parcerias Público Privadas - PPP², em função da inadequação do critério de julgamento “técnica e preço” para o objeto da licitação, visto que os serviços propostos não têm um caráter essencialmente intelectual ou que necessitem de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito

² Veja-se alguns casos, como: 020611.989.19-5, 014544.989.19-7, 011157.989.19-5 e 023256.989.19-5.

No processo nº. 014544.989.19-7 do TCE-SP, durante exame preliminar de edital para contratação de uma PPP de iluminação pública, **o uso do critério de julgamento “técnica e preço” foi identificado como um erro irremediável, levando à necessidade de anular o processo licitatório.**

O relator do processo, Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo, observou:

Refiro-me à adoção do critério de julgamento por técnica e preço para a contratação de serviços que **não se revestem de caráter eminentemente intelectual ou que demandem para sua execução “tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito”**, a teor do artigo 46, caput e §3º, da Lei de Licitações. Na esteira da unânime instrução, considero que os serviços pretendidos pelo certame não se revestem de complexidade ou detêm variações técnicas nas propostas que justifique tal escolha. Em que pese toda a argumentação apresentada pela Administração no sentido de os serviços licitados demandarem a realização de diversos projetos de engenharia que evidenciariam o forte caráter intelectual do objeto licitado, por não se tratar de “mera substituição de luminárias”, recorro que **esta Corte já pacificou o entendimento de que, “se a licitação do tipo ‘melhor técnica’ ou a ‘técnica e preço’ são exclusivas dos serviços predominantemente intelectuais (art. 46, caput, da Lei nº 8.666/93), a recíproca não é inteiramente verdadeira, porquanto nem todo projeto ou cálculo de engenharia, por exemplo, deve ser contratado mediante forma de disputa que essencialmente estabeleça o confronto entre a qualidade técnica das propostas das licitantes”** (Tribunal de Contas de São Paulo, 003322.989.15-3 e outros). Destarte, **ainda que algumas das atividades licitadas requeiram a elaboração de projetos de engenharia e a presença de profissionais desta área como responsáveis técnicos, tal situação não se mostra suficiente para justificar o critério de julgamento adotado, na “medida em que o sucesso na execução dos serviços licitados dependerá unicamente do domínio e do adequado emprego de normas técnicas e procedimentos padrão já amplamente disseminados no mercado, não havendo um único elemento a demonstrar que o objeto se utilizará dos serviços de natureza predominantemente intelectual a que se reporta o artigo 46, da Lei de Licitações”** (TC-30843/026/078). Ademais, recorro que a jurisprudência desta Casa tem se sedimentado no sentido de ser inaplicável o julgamento de técnica e preço para serviços de iluminação pública, a exemplo do decidido nos autos dos TC001031.989.14-8, TC-003322.989.15-3, TC-003388.989.15-4 e TC003389.989.15-3, TC-013614.989.16-8 e TC-013697.989.16-8, TC009849.989.19-9 e TC-009930.989.19-9.

Assim, **considero inaplicável o critério de julgamento adotado, apresentando o certame vício de origem que torna imperiosa sua anulação.**

2.3 Em decorrência da inaplicabilidade do julgamento por técnica e preço, prejudicado exame das impugnações que recaem sobre os critérios da análise técnica das propostas e atribuição de pontos (itens "b", "c" e "d"), já que não constarão de eventual novo instrumento convocatório (processo nº. 014544.989.19-7 – Pleno, Rel. Conselheiro Sidney Estanislau Beraldo. Sessão de Julgamento de 28-08-2019) (Destakes acrescidos).

Essa decisão reflete uma tendência do TCE-SP de reavaliar a aplicabilidade desse critério em licitações que envolvem a delegação de serviços públicos e projetos de infraestrutura de forma mais ampla, não se restringindo às PPPs.

No mesmo sentido é o entendimento do Conselheiro Jailson Vianna de Almeida, do TCE-RO, conforme Relatório de Instrução Complementar juntado pela denunciante (peça nº. 85), segundo o qual a ausência de justificativa para a adoção do tipo de licitação técnica e preço pode caracterizar ato de gestão antieconômico:

173. No mencionado julgado, o ministro relatou ressaltou que “não é necessário adotar o tipo “técnica e preço” para excluir licitantes que não dominem os conhecimentos ou habilidades exigidas pelo objeto”, ao revés é possível exigir a apresentação de documentação que comprove habilitação técnica pelos interessados, nos termos do instrumento convocatório.

174. Repise-se, não é necessário adotar o tipo “técnica e preço” para excluir licitantes que não dominem os conhecimentos ou habilidades exigidas pelo objeto, o que poderia ser viabilizado pela exigência de apresentação de documentação que comprove habilitação técnica pelos interessados, nos termos do instrumento convocatório.

175. A jurisprudência do TCU é no sentido de que a ausência de justificativa para a adoção do tipo de licitação técnica e preço pode caracterizar ato de gestão antieconômico³.

A justificativa para a utilização do critério técnica pelo Município de Barão de Cocais já foi objeto de análise por esta Coordenadoria, em Relatório Técnica juntado nos autos (peça 45)⁴.

Esta Unidade Técnica, naquela ocasião, entendeu que o **Município não apresentou justificativa capaz de atrair a utilização do critério melhor técnica nas concessões de serviços públicos de saneamento**, sobretudo devido ao fato de se tratar de **setor tecnicamente maduro no Brasil**. Ou seja, sua prestação não exige, como regra, a utilização de técnicas ou tecnologias que não são de conhecimento e de domínio do mercado.

Para se utilizar critério de seleção que desprivilegia os princípios do julgamento objetivo, da transparência, da competitividade e da modicidade tarifária deve haver **motivação** que demonstre que a tal critério de seleção irá gerar benefício suficiente para que tais princípios sejam relegados a segundo plano. A necessidade de celeridade para a universalização do acesso ao saneamento básico pode ser alcançada através de outros instrumentos, como a previsão de metas de desempenho e melhor detalhamento das especificações do objeto licitado.

No entendimento desta Unidade Técnica, a existência de problemas locais nos serviços de abastecimento e saneamento não são suficientes para, por si só, justificar a adoção do critério melhor

³ Processo 421/2022-TCERO. Relator Conselheiro Jailson Viana de Almeida.

⁴ Segundo o Município, não cabe ao Poder Concedente definir as soluções a serem implementadas pelo futuro concessionário, ou seja, as decisões sobre os meios, mas sim, definir as metas e indicadores a serem atingidos pela proponente vencedora da disputa, ou seja, as decisões sobre os fins. Argumenta que devido à infinidade de soluções possíveis e à complexidade da definição destas soluções, licitações para concessão de serviços de saneamento atraem a adoção do critério de julgamento do tipo técnica e preço para atendimento do interesse público. O Município também alegou a necessidade de providências urgentes e soluções técnicas qualificadas e apropriadas para implementar célere solução aos indicadores desfavoráveis de saneamento do Município, sob pena de caracterização de possível situação de calamidade pública na saúde. Fundamentou sua argumentação, informando que quase 20% (vinte por cento) da população urbana de Barão de Cocais não possui acesso à água tratada atualmente, enquanto 100% (cem por cento) do esgoto é despejado in natura nos cursos d'água do Município. Afirma, ainda, que os índices de perda atualmente superam a casa dos 40% (quarenta por cento), em cenário no qual já se constata sobrecarga na produção de água tratada no Município.

técnica. É preciso demonstrar que a melhor forma de solucionar tais problemas é através do critério de julgamento adotado. Também é necessário que os quesitos avaliados na proposta técnica estejam diretamente relacionados aos problemas elencados, de modo a garantir que a pontuação nos quesitos esteja relacionada com melhor prestação do serviço.

Conforme fundamentado no relatório anterior, o setor de saneamento e abastecimento é tecnicamente maduro, e a técnica para a execução dos serviços é comum no mercado. Portanto, **não restou demonstrada razão válida para o emprego do critério de melhor técnica, ainda que combinado com menor preço, em detrimento da possibilidade de se escolher como vencedor o licitante que oferecesse exclusivamente o menor preço para cumprir o contrato conforme especificado no edital.**

O setor de saneamento e abastecimento é tecnicamente maduro, e a técnica para a execução dos serviços é comum no mercado. Portanto, inicialmente, não parece haver uma razão válida para o emprego do critério de melhor técnica, ainda que combinado com menor preço, em detrimento da possibilidade de se escolher como vencedor o licitante que oferecesse exclusivamente o menor preço para cumprir o contrato conforme especificado no edital. Isso porque, o uso de técnicas excepcionais deve ser justificado adequadamente.

Esclareça-se que, no âmbito das concessões, a complexidade técnica que justifica a inclusão da melhor técnica no critério de julgamento das propostas não diz respeito à necessidade de prestação de serviço adequado e de qualidade, do uso de técnicas de gestão aprimoradas ou à utilização de tecnologias padronizadas. Caso assim o fosse, sequer faria sentido a previsão na Lei nº 8.987/95 de outros critérios de julgamento que não o de melhor técnica, já que o elevado vulto, a complexidade da gestão e a necessidade de disponibilizar os serviços de acordo com as diretrizes e parâmetros de atualidade e qualidade são inerentes a todos os contratos de concessão de serviço público.

Não se ignora que possa haver desafios locais para a universalização do saneamento e abastecimento na região, porém essa situação deve ser devidamente demonstrada para que não se opte por critério de julgamento que abra margem para a discricionariedade indevida na escolha do prestador, especialmente em razão da possibilidade de se prever no edital outros instrumentos aptos para limitar

a escolha de prestadores não capacitados, como critério de habilitação. Marçal Justem Filho⁵, ao tratar da discricionariedade da Administração na determinação do tipo de licitação, considera que esta é:

(...) muito restrita a margem de liberdade de escolha do tipo de licitação (...)

15.1 Em primeiro lugar, a licitação de “preço-base” foi proscrita. Tratava-se de figura onde os critérios técnicos acabavam funcionando como forma de dirigismo da licitação, visando a beneficiar fornecedores predeterminados.

15.2 Depois, as licitações de “técnica” foram transformadas em exceção. A regra é a licitação de menor preço. Somente se admite licitação de “técnica” em hipóteses exaustivamente indicadas nos arts. 45, §4º e 46 caput e §3º. Os casos autorizados são (a) serviços de natureza predominantemente intelectual; (b) bens e serviços de informática; e (c) contratos de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, que comportem soluções alternativas e variações de execução.

16. Ainda nas hipóteses expressamente previstas em lei, **não caberá licitação de vantagem “técnica” quando a satisfação da necessidade pública não depender de soluções técnicas complexas. Mesmo, porém, em casos de complexidade técnica, não ficará automaticamente autorizada licitação de “técnica”, a não ser quando o incremento da qualidade técnica representar uma efetiva vantagem para a Administração Pública.** (Destaques acrescidos).

Ademais, adotar o critério menor tarifa privilegia a **modicidade tarifária**, importante princípio trazido na Lei 8.987/95.

Sobre a importância da modicidade tarifária, também é digno de nota que o Decreto Federal nº 11.599/23, que estabelece o seguinte:

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.**

Nas concessões, as melhores práticas sugerem que o poder concedente deve estabelecer objetivos contratuais, como padrões mínimos de qualidade, e atribuir ao parceiro privado maior autonomia para fazer escolhas acerca de especificações, métodos e tecnologias, transferindo para ele alguns desses riscos, sob pena de, se não cumprir os objetivos estabelecidos, sofrer penalidades. **O foco não está na técnica ou nos métodos de construção, mas na qualidade do serviço prestado, priorizando a entrega final e a satisfação do usuário, em vez dos detalhes técnicos.**

⁵ JUSTEN FILHO. M. Tipo de licitação nos procedimentos que objetivam o fornecimento de documentos refeição/alimentação. Boletim Informativo Licitações e Contratos, v. 16, p. 381-396, 1995. Disponível em: <http://www.justenfilho.com.br/artigos/tipo-de-licitacao-nos-procedimentos-que-objetivam-o-fornecimento-de-documentos-refeicaoalimentacao/>. Acesso em: 20 out. 2023.

Além disso, não se pode olvidar que o tipo licitatório “menor preço” é o mais objetivo, pois determina que o vencedor é aquele que oferecer, por óbvio, o menor preço, desde que cumpra os requisitos mínimos estabelecidos no edital.

Diante da redação deste dispositivo, vê-se que existe uma **predileção no âmbito do desenho institucional da política de saneamento na busca pela modicidade tarifária**, a qual, como se extrai da leitura deste trecho do Decreto Federal, **pode ser alcançada por meio da adoção do critério de julgamento por menor preço**.

Não obstante esse entendimento, o Tribunal Pleno do TCE/MG, no julgamento do Agravo nº 1.144.840 referente à concessão do Município de Extrema, entendeu que **a utilização do critério técnica não configura irregularidade apta a fundamentar a concessão de liminar para suspender a licitação**, tendo em vista a discricionariedade do gestor público e por ele, presumidamente, conhecer melhor as necessidades que se encontram no seu âmbito de atuação. Sobre esse precedente, **cabe destacar que ainda não foi julgado o mérito desse processo**, haja vista se tratar de uma decisão que deu provimento ao recurso para revogar a medida liminar concedida Primeira Câmara no âmbito do processo nº 1.144.629.

Do mesmo modo, no julgamento do processo nº 1.144.836, o Conselheiro relator, valendo-se do precedente supracitado, se manifestou no sentido de que a questão relacionada à utilização do critério de julgamento menor tarifa conjugada com a melhor técnica em licitações para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário não configura justa causa apta para a adoção de medida cautelar, sem prejuízo de a irregularidade ser analisada após a completa instrução processual. Frisa-se, contudo, que também nesse caso ainda **não houve o julgamento de mérito**.

Além disso, no processo nº 1.088.840 do Município de Nanuque, **este Tribunal de Contas reconheceu, em sede de análise de mérito, a possibilidade de utilização do critério técnica nas licitações para concessão dos serviços de saneamento básico**. No entanto, **aquele processo apresentou peculiaridades que não estão presentes no Processo em análise**. Nesse sentido, cita-se trecho da decisão sobre a realidade local daquele Município:

De fato, há que considerar que Nanuque fica localizado na Mesorregião do Vale do Mucuri, nordeste de Minas Gerais, caracterizada pela escassez hídrica, o que reforça a necessidade de programas relacionados com o reaproveitamento de água e combate à perda de águas, bem como relacionados à ampliação do acesso à água potável.

Segundo o Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), em 2019 o município possuía 79% de sua população com acesso aos serviços de abastecimento¹⁵,

contrastando com a média do estado de Minas Gerais, de 82% de abastecimento, e com a média do país, de 83,7%. Logo, Nanuque, que possui uma população de 40.583 habitantes estimados em 2021 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)¹⁶, tem cerca de 8.522 pessoas sem acesso ao sistema de abastecimento.

No que diz respeito ao acesso aos serviços de esgoto, em 2019, apenas 59,67% da população era atendida por esses serviços no município, uma exclusão, portanto, de cerca de 16.368 pessoas. Em verificação no Prosun, Programa de Regulação por Exposição da ARSAE-MG, foram constatados problemas de extravasamento de esgoto na rede de Nanuque e índice de tratamento de esgotos de apenas 27,4%, em relação aos esgotos coletados, no município no ano de 2019. Quando o olhar é voltado aos esgotos gerados, a estimativa era ainda pior: apenas 16,61% de tratamento em 2019, segundo o SNIS.

Nesse panorama, considerando o caráter inovador que permeia as questões técnicas relacionadas ao reaproveitamento e combate à perda de água, a fragilidade do atual sistema de saneamento do município e os impactos que esta deficiência causa na saúde da população, sobretudo daquela parcela mais vulnerável e o consequente objetivo de trazer mais acessibilidade aos usuários, acata-se as justificativas apresentadas pelo poder público e passa-se a admitir a combinação dos critérios de menor valor da tarifa com o de melhor técnica no presente caso. Reconhece-se, portanto, que há, no caso concreto, justificativas para a avaliação técnica, a fim que a Administração possa escrutinar as propostas técnicas dos participantes e eleger a que melhor atenda às necessidades locais.⁶

Não se pode desconsiderar que Barão de Cocais está localizado na região central de Minas Gerais, próximo da capital Belo Horizonte, em uma região com clima predominantemente úmido e abastecida pela bacia hidrográfica do Rio Piracicaba. Consequentemente, sua realidade é completamente distinta da de Nanuque, Município localizado no Vale do Mucuri, no semiárido mineiro, região com graves problemas sociais e carência de recursos hídricos. Assim, **entende-se que esse precedente não é aplicável ao caso em tela, em face das especificidades que os distingue.**

Aqui, vale repisar, que a escolha do critério de julgamento a ser adotado é matéria afeta ao campo da discricionariedade do Administrador. Não obstante, a presunção de que o gestor público conhece melhor as necessidades locais, bem como **sua discricionariedade na escolha não são absolutas e imprescindem de ser circunstanciadamente justificadas.** Assim, mesmo quando a própria norma legal confere ao administrador prerrogativas do exercício do poder discricionário, esse permanece adstrito ao regime jurídico administrativo, seus princípios e restrições. Como ressaltado por Dal Pozzo, Facchinatto & Ceretta⁷ “parece, em regra, equivocada a utilização do critério de técnica e preço em processos licitatórios que tenham por objeto um contrato de concessão ou de parceria público-privada. **O esforço argumentativo necessário para validar a opção do administrador**

⁶ Processo 1088840, peça 225, página 23)

⁷ DAL POZZO, A. N.; FACCHINATTO, R. M.; CERETTA, B. J. Q. O inadequado uso do critério de julgamento melhor técnica e menor preço em licitações envolvendo concessões. Migalhas. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/393476/o-inadequado-uso-do-criterio-de-julgamento-em-licitacoes>. Acesso em: 20 out. 2023.

deve ser altamente robusto e em situações bastante específicas e particulares”. (Destaques acrescidos).

Para a presente análise importa, portanto, considerar que o Município não apresentou justificativa capaz de atrair a utilização do critério melhor técnica nas concessões de serviços públicos de saneamento, notadamente considerando-se que: (i) o setor saneamento é tecnicamente maduro no Brasil, (ii) o edital não estabelece a necessidade de uso de tecnologias com caráter inovador ou não disponíveis no mercado, (iii) os quesitos elegíveis pelo edital para análise das propostas técnicas não refletem parâmetros relacionados aos problemas elencados como justificativas, (iv) tampouco se referem aspectos que não possam ser aferidos por meio de critérios de habilitação, metas de desempenho e especificações das obrigações contratuais.

Assim, a despeito dos recentes posicionamentos desta Corte, esta Unidade Técnica reitera o o entendimento – já manifestado nos relatórios anteriores – sobre a irregularidade da utilização do critério de julgamento que considera a melhor técnica no presente caso, diante da ausência de motivação adequada.

Com efeito, a utilização do critério de julgamento por melhor técnica é medida excepcional, que deve ser fundamentada, uma vez que pode prejudicar a modicidade tarifária, abrir margem para a subjetividade na avaliação das propostas ou mesmo permitir direcionamento da licitação, sem benefício razoável para a população local.

Isso significa dizer que a escolha do gestor por um ou outro critério de julgamento precisa de motivação adequada, pautada na observância dos princípios da razoabilidade, economicidade e, no âmbito das concessões de serviços essenciais, ter a busca pela proposta mais vantajosa e pela modicidade tarifária como balizador das decisões.

Reforçando o posicionamento desta Unidade Técnica, o Ministério Público de Minas Gerais, por intermédio dos Promotores de Justiça da Comarca de Extrema, no âmbito do Inquérito Civil MPMG-0251.23.000097-7, se manifestou pela irregularidade do critério de julgamento adotado no Edital de Concorrência n. 001/2022, do Município de Extrema.

O MP/MG, em sua manifestação, argumentou que o critério técnico não pode ser empregado em qualquer procedimento licitatório, mas tão somente nos casos em que houver predominância de natureza intelectual na maior parte do objeto. Argumentou, ainda, que as justificativas para adoção

desse critério expostos pela empresa licitante responsável pelo PMI não seriam aptas para justificar a adoção do critério melhor técnica, sobretudo em um processo de concessão de serviço público.

Portanto, **esta Coordenadoria mantém o posicionamento quanto à inadequação do critério melhor técnica para esta licitação.**

Desta forma, entende-se a utilização do critério melhor técnica, cumulada como menor tarifa, para a presente licitação, configura uma **irregularidade, na medida em que não foi apresentada motivação adequada.**

DOS CRITÉRIOS E DA METODOLOGIA DE AVALIAÇÃO DAS PROPOSTAS TÉCNICAS

Inicialmente, é importante notar que a Lei nº 8.666/93, em vários dispositivos, exige o edital de julgamento objetivo do certame, citando-se:

Art. 3º 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, 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.

[...]

Art. 40. O edital conterá [...], e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos

[...]

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

[...]

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§ 1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

[...]

Art. 46 [...]

§1º Nas licitações do tipo ‘melhor técnica’ será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar:

I - serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feita então a avaliação e classificação destas propostas de acordo

com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução.[...]

§ 2º Nas licitações do tipo “técnica e preço” será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle

Os artigos supracitados estabelecem que o edital de licitação deve definir os critérios de julgamento, em conformidade com os princípios que regem as licitações, como o julgamento objetivo, a vinculação ao instrumento convocatório e a impessoalidade.

Sendo assim, observa-se que o princípio do julgamento objetivo exige que o administrador utilize critérios previamente estabelecidos no edital que sejam relevantes e úteis para avaliar as propostas. Essa diretriz, presente em várias partes da Lei de Licitações, impede a adoção de critérios subjetivos no processo de julgamento. Em relação ao problema de um julgamento subjetivo, Rigolin⁸ alerta que:

Com todo efeito, são tantas e tamanhas as inafastáveis subjetividades que cercam a concepção e a especificação dos fatores de julgamento, das outrora tão odiadas notas técnicas, e também dos pesos que darão a ponderação nas licitações de técnica e preço, que praticamente não existe como assegurar o princípio do julgamento objetivo no certame de técnica, uma vez que 100% objetivo é, sempre foi e sempre será única e exclusivamente o critério do menor preço, eis que em qualquer lugar do mundo 10 são sempre mais que 9 e menos que 11, independentemente do gosto ou do humor dos julgadores. (Destaques acrescidos).

O critério de julgamento por “melhor técnica” pode ser, em muitos casos, bastante subjetivo, prejudicando sua compatibilidade com o princípio do julgamento objetivo. Por isso que, ao adotá-lo, mesmo quando combinado com o de menor preço, deve-se apresentar justificativas robustas de que o resultado almejado só será atingido com o emprego do critério de “melhor técnica” para julgamento das propostas, não restando alternativa mais vantajosa para se alcançar os mesmos objetivos.

Na hipótese de se adotar o critério melhor técnica, situação excepcional, a objetividade no julgamento da proposta torna-se um desafio. A verdadeira objetividade só é alcançada quando todos os avaliadores chegam à mesma conclusão, sem influências subjetivas. Se houver espaço para

⁸ RIGOLIN, I. B. Convite por melhor técnica ou técnica e preço. Boletim de Licitações e Contratos - BLC. n. 3, v. 22, 2009. p. 213.

subjetividade no julgamento, pode ocorrer violação dos princípios da isonomia, impessoalidade e vantajosidade, resultando em possíveis danos ao interesse público, comprometendo a lisura do certame licitatório.

Além disso, Niebuhr⁹ enfatiza que os **critérios estabelecidos para a avaliação de propostas técnicas em um edital não devem ser arbitrários ou irrelevantes**. Eles devem ser estruturados de forma a valorizar propostas que combinem excelência técnica com alta qualidade. Além disso, é crucial que esses critérios sejam aplicados com cautela e discernimento. Se mal definidos ou aplicados de forma inadequada, podem resultar no direcionamento indevido de uma licitação, comprometendo a integridade, isonomia e justiça do processo licitatório.

A escolha inapropriada dos parâmetros de avaliação da proposta técnica distorce os resultados da licitação, com potencial de comprometer sua integridade e desvirtuar o critério de julgamento, que perde sua finalidade legal. Com isso, a escolha dos parâmetros de julgamento é fundamental para garantir a eficácia e a eficiência do processo licitatório, de forma a garantir o atendimento do interesse público.

Portanto, mesmo que um edital estabeleça critérios objetivos para avaliação, é essencial que esses critérios sejam relevantes o suficiente para garantir a vantajosidade da proposta selecionada pela Administração. Isso significa que a proposta escolhida deve proporcionar um serviço de alta qualidade ao menor preço possível, em especial nas licitações de concessões, uma vez que esse ônus será suportado por usuários de serviços públicos, os quais devem ser acessíveis.

Desse modo, os critérios de julgamento **não só devem ser transparentes, mas também relevantes e alinhados às necessidades da prestação do serviço**, garantindo que propostas tecnicamente superiores sejam priorizadas. Critérios mal definidos ou aleatórios, que podem ser manipulados para direcionar resultados, comprometem a integridade do processo licitatório e violam princípios fundamentais como isonomia e impessoalidade. A clareza e relevância dos critérios são, portanto, essenciais para assegurar a justiça e a eficácia das licitações públicas.

Esta Unidade Técnica, nos Relatórios de peças 12 e 45, apontou a ilegalidade nos critérios e metodologia de avaliação das propostas técnicas adotados no edital anterior, tendo em vista que, da forma como até então publicado, prejudicava a busca da solução mais vantajosa no certame, ao

⁹ NIEBUHR, J. M. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Curitiba: Zênite, 2008, p. 316-317.

utilizar de procedimentos que não guardam relação com o interesse coletivo a ser beneficiado pelo saneamento. Também foi destacado que a ampla quantidade de quesitos relacionados meramente ao conhecimento de questões fáticas, em grande medida simples e corriqueiras de sistemas de saneamento, possibilitam às empresas atualmente que prestam serviços na região, bem como às que participaram da elaboração dos estudos técnicos, clara vantagem na elaboração da proposta técnica, violando o princípio da isonomia.

Com a republicação do Edital, o Município de Barões de Cocais promoveu diversas alterações no Anexo 9, que trata das Diretrizes para Elaboração da Proposta Técnica. A seguir, será feita a análise das alterações promovidas pelo novo edital, considerando-se a necessidade de adequar os critérios anteriormente definidos para atendam às exigências de objetividade e relevância para a seleção da proposta técnica que atenda às necessidades dos usuários do serviço público a ser contratado.

Critérios para avaliação e distribuição de notas

O edital anterior estabelecia que no julgamento da proposta técnica seriam atribuídas notas entre 0, 3, 6 e 10 pontos, de acordo com critérios especificados no edital.

Conforme apontado por esta Coordenadoria (peça nº. 12), o edital anterior tinha se utilizado de conceitos indeterminados e que abriam margem para interpretação subjetiva e discricionária da Comissão Examinadora, como as expressões “que não trate com profundidade os quesitos”, “abordar, plenamente, mas de forma não conclusiva os quesitos”, “atender plenamente e de forma conclusiva a todos os quesitos” e “apresentar as proposições de forma completa”. A interpretação desses conceitos estaria condicionada à subjetividade dos avaliadores. Mesmo havendo motivação e fundamentação na atribuição das notas, a ausência de objetividade na definição dos conceitos utilizados colocaria em risco o tratamento isonômico entre os licitantes.

O novo edital, sanando essa irregularidade, passou a distribuir as notas conforme critérios melhor especificados e objetivos, reduzindo-se o risco de julgamento subjetivo. Foram retiradas as expressões com significado aberto. As expressões “abordagem mínima” e “efetivamente contribuam para a formulação da proposta técnica” foram conceituadas de forma objetiva. Também foram inseridos exemplos para melhor compreensão, conforme abaixo transcrito:

1.1 Para os tópicos 2.1 e 2.2 será aplicado o seguinte critério:

A nota total de 10 (dez) pontos somando-se os dois primeiros tópicos (2.1 e 2.2), será computada na sua totalidade, desde que o licitante apresente toda a documentação solicitada nos subtópicos 2 e subitens 3 (2.1.1.a, 2.1.1.b, 2.1.2.a, 2.1.3.a, 2.1.4.a; 2.2.1.a, 2.2.2.a, 2.2.3.a,

2.2.3.b e 2.2.4.a) sendo que a não apresentação de quaisquer um dos respectivos subitens implicará na perda de 1,00 ponto no somatório total da nota.

1.2 Para os demais tópicos 2.3, 2.4 e 2.5 será avaliado cada subtópico conforme apresentado abaixo:

NT(i) = 0: quando o subtópico for apresentado com menos de 50% da quantidade dos subitens exigidos; Exemplo: o licitante apresentou na sua proposta para o tópico 2.4, em seu subtópico 2.4.1, apenas o subitem 2.4.1.b, deixando de apresentar os demais subitens (2.4.1.a, 2.4.1.c e 2.4.1.d). Logo, sua pontuação para o subtópico 2.4.1 será contabilizada como 0 (zero)

NT(i) = 5: quando o subtópico for apresentado parcialmente (igual ou acima de 50% da quantidade dos subitens exigidos) ou subtópico for apresentando por completo porém de forma mínima .

NT(i) = 8,5: quando o subtópico for completamente apresentado (todos os subitens exigidos foram apresentados).

NT(i) = 10: quando o subtópico for completamente apresentado (todos os subitens exigidos foram apresentados) e forem apresentados estudos complementares que efetivamente contribuam na formulação da proposta da empresa.

1 Considera-se tópicos os títulos 2.1, 2.2, 2.3, 2.4 e 2.5, sendo a pontuação máxima 05 pontos, 05 pontos, 25 pontos, 25 pontos e 40 pontos, respectivamente.

2 Considera-se subtópicos os títulos correspondentes a cada tópico, exemplo 2.1.1, 2.3.2, 2.5.2, etc.

3 Considera-se subitens os títulos correspondentes a cada subtópico, classificados por letras, exemplo 2.1.1.a, 2.5.3.b, etc.

4 Considera-se mínima a abordagem que for meramente descritiva dos quesitos, limitando-se a informações constantes no edital e anexos, como no Termo de Referência ou no Plano Municipal de Saneamento Básico.

5 A empresa deve apresentar relatório apontando o impacto do estudo complementar nas soluções técnicas utilizadas, sendo que este estudo complementar aborda informações não constantes no edital e anexos, como no Termo de Referência ou no Plano Municipal de Saneamento Básico.

Ante o exposto, verifica-se que a **retificação do Edital** foi suficiente para sanar as irregularidades apontadas no Relatório de Análise inicial, de modo a conferir maior objetividade quanto aos critérios de avaliação e distribuição de notas.

3.2.2 Avaliação de aspectos descritivos

De fato, foram retirados da nova redação os quesitos que exigem a apresentação de diagnósticos e a relação de problemas críticos.

Ocorre que, apesar do aprimoramento do edital, retirando alguns dos quesitos irregulares e prevendo uma avaliação mais objetiva quanto aos demais itens, conforme tópico acima, verifica-se que alguns quesitos meramente descritivos ou que exigem que a licitante demonstre “conhecimento do problema” foram mantidos, tais como, por exemplo, a relação, localização e descrição dos mananciais; a apresentação de parâmetros quantitativos de disponibilidade hídrica e descrição de parâmetros

qualitativos da água bruta; a relação, delimitação e descrição das bacias de esgotamento existentes e; a relação e descrição física das instalações unidades existentes.

Nesse sentido, transcreve-se abaixo os subitens 2.1 e 2.2 do Anexo 9 do Edital:

2.1. DIAGNÓSTICO OPERACIONAL DOS SISTEMAS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA - PONTUAÇÃO (P1) = 05 pontos

Os subtópicos e respectivos quesitos mínimos (subitens) a serem avaliados são:

2.1.1. Manancial/Qualidade da Água: a. Relação, Localização e Descrição dos Mananciais;
b. Apresentação de Parâmetros Quantitativos de Disponibilidade Hídrica e descrição de Parâmetros Qualitativos da Água Bruta

2.1.2. Captação e Adução de Água Bruta: a. Relação, Localização e Descrição Física das Unidades Existentes;

2.1.3. Estação de Tratamento de Água, Estação Elevatória e Adução de Água Tratada: a. Relação, Localização e Descrição Física das Unidades Existentes;

2.1.4. Reservação, Redes de Distribuição e Ligações Prediais e Hidrometração – peso: a. Relação, Localização e Descrição Física das Unidades Existentes.

2.2. DIAGNÓSTICO OPERACIONAL DOS SISTEMAS DE COLETA E TRATAMENTO DE ESGOTO - PONTUAÇÃO (P2) = 05 pontos

Os subtópicos e respectivos quesitos mínimos (subitens) a serem avaliados são:

2.2.1. Bacias de Contribuição e Esgotamento: a. Relação, Delimitação e Descrição das Bacias de Esgotamento Existentes;

2.2.2. Redes Coletoras e Ligações Prediais: a. Relação e Descrição Física das Instalações Existentes;

2.2.3. Estação de Tratamento de Esgoto, Estação Elevatória de Esgoto:

a. Relação e Descrição Física das Unidades Existentes;

b. Localização das Unidades Existentes;

2.2.4. Sistema de Afastamento de Esgoto: coletor-tronco, interceptor, emissário, corpo receptor, destinação final: a. Relação e Descrição Física das Unidades Existentes;

Esses quesitos, contudo, **não são adequados para julgamento da proposta técnica, sendo inaptos a demonstrar a qualidade técnica das propostas.**

Ademais, **a avaliação de critérios estritamente descritivos, privilegiam os interessados que já atuam na região e com o serviço licitado, por já terem acesso a essas informações.**

A jurisprudência deste Tribunal de Contas entende pela ilegalidade da avaliação no julgamento da proposta técnica de quesitos descritivos, conforme dispositivo abaixo transcrito:

Diante do acima exposto, verifica-se a presença da fumaça do bom direito no caso sob exame, uma vez que o item d.I do Anexo VI do edital estabelece que será considerado o critério „conhecimento do problema” na pontuação da Proposta Técnica, em desacordo com o disposto nos artigos 44 e 45 da Lei de Licitações

(Denúncia 876727, Relator Conselheiro Mauri Torres, Tribunal Pleno, 17/10/2012)

No mesmo sentido, é o entendimento do Tribunal de Contas da União, conforme Acórdão nº. 1.631/2005 da 1ª Câmara:

2.9.7 De forma resumida, constata-se que o ‘Plano de Trabalho’ e o ‘Conhecimento do Problema’ são proposições abertas, onde cada empresa participante da licitação apresentará conteúdos diversos, de acordo com sua própria metodologia e experiência. Houve então uma inversão, onde os licitantes apresentarão dados que deveriam ser fornecidos pela administração em seu projeto básico, conforme determinado na Lei 8.666/93

(Acórdão nº 1.631/2005 - TCU - 1ª Câmara)

O edital (item 1.1) define uma avaliação objetiva quanto a esses itens, estabelecendo que a nota atribuída será de 10 pontos, descontando-se um 1 ponto para cada subitem não apresentado.

1.1. Para os tópicos 2.1 e 2.2 será aplicado o seguinte critério:

A nota total de 10 (dez) pontos somando-se os dois primeiros tópicos (2.1 e 2.2), será computada na sua totalidade, desde que o licitante apresente toda a documentação solicitada nos subtópicos 2 e subitens 3 (2.1.1.a, 2.1.1.b, 2.1.2.a, 2.1.3.a, 2.1.4.a; 2.2.1.a, 2.2.2.a, 2.2.3.a, 2.2.3.b e 2.2.4.a) sendo que a não apresentação de quaisquer um dos respectivos subitens implicará na perda de 1,00 ponto no somatório total da nota.

Os aspectos meramente descritivos deveriam ser colocados à disposição dos interessados, em vez de serem objeto de julgamento. A demonstração desse tipo de conhecimento não colabora com a seleção da “melhor técnica”, não podendo ser usada no julgamento da licitação. Ademais, pode privilegiar a seleção de licitantes que já operam na região ou que tenham participado dos estudos de viabilidade, o que compromete a competitividade do certame.

Ante o exposto, esta Unidade se manifesta pela **irregularidade** quanto aos quesitos previstos nos itens 2.1 e 2.2 do Anexo 9 do Edital, e opina pela **determinação de sua retirada do Edital**, bem como que as respectivas pontuações sejam redistribuídas para os demais quesitos.

Avaliação das proposições para os sistemas de abastecimento e saneamento

O novo edital estabelece, ainda, novas regras para a avaliação das proposições para os sistemas de abastecimento e de esgotamento. Diferentemente do edital anterior, que não estabelecia de forma transparente os critérios que seriam adotados para se avaliar essas proposições, o novo edital determina que os licitantes apresentem plano de trabalho que descreva e quantifique as ações e obras necessárias, justificando-as em função dos objetivos e metas a serem alcançados de acordo com o quadro que trata dos objetivos e metas do Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB).

Com as alterações, o plano de trabalho a ser apresentado pelos licitantes deve estar de acordo com metas e prazos definidos no PMSB, bem como de acordo com os horizontes das ações, classificadas entre emergenciais, de curto, de médio e de longo prazo.

A avaliação de acordo com as diretrizes definidas no Plano Municipal de Saneamento Básico permite que o julgamento do critério técnica esteja em consonância com os objetivos de ampliação e universalização dos serviços de abastecimento e saneamento, exigindo-se que o plano de trabalho atenda às diretrizes, metas e prazos do PMSB.

Destaca-se que o edital prevê que, caso a abordagem seja mínima, isto é, caso se limite a apresentar as informações constantes no edital e anexos, como no Termo de Referência ou no Plano Municipal de Saneamento Básico, o licitante receberá pontuação inferior, de apenas 5 pontos.

O edital, todavia, apesar das melhorias, não estabeleceu a obrigatoriedade de que o licitante vencedor cumpra o plano apresentado na proposta técnica. Do mesmo modo, o edital não estabelece qualquer outro mecanismo de incentivo ao cumprimento do plano, vinculando o cumprimento dos marcos apresentados nesses documentos ao atendimento de metas de desempenho atreladas à remuneração da concessionária

A ausência de vinculação do plano de trabalho utilizado no julgamento da melhor técnica ao contrato a ser assinado, ainda que por meio de mecanismos de incentivo que atrelem seu cumprimento à remuneração, pode **tornar inócua a finalidade do julgamento da proposta técnica, pois o licitante poderá ou não se valer da proposta objeto de julgamento**.

A ausência de uma regra expressa no edital que incorpora a proposta técnica ao contrato, também permitirá que licitantes apresentem propostas inexecutáveis com o intuito de vencerem o certame, prejudicando o objetivo da licitação de selecionar a melhor proposta técnica para a Administração.

Assim sendo, esta Unidade Técnica **opina pela determinação de retificação do Edital**, para estabelecer que a proposta técnica vencedora seja incorporada ao contrato de concessão, devendo ser de observância obrigatória pela futura concessionária, ou, alternativamente, para estabelecer no edital mecanismos de incentivo ao cumprimento do Plano de Trabalho apresentado, vinculando o cumprimento dos marcos apresentados nesses documentos ao atendimento de metas de desempenho atreladas à remuneração da concessionária.

Avaliação do programa de operação e manutenção

Por fim, o edital também prevê a avaliação do programa de operação e manutenção, conforme os quesitos apresentados. O novo edital ampliou para 40 pontos a nota atribuída para esse tópico, que no edital anterior era de 10 pontos.

Dentre os quesitos objetos de avaliação, foram definidos critérios meramente descritivos, como a apresentação de organogramas, do número de funcionários para cada cargo e setor e a descrição das atividades e cargos, conforme abaixo transcrito:

2.5.1. administração – peso (p5a) = 0,20:

- a. descrição das atividades e cargos;
- b. organograma previsto para os respectivos setores;
- c. número de funcionários para cada cargo e setor ao longo de todo o período de concessão

2.5.2. operação e manutenção do sistema de abastecimento de água (operação, manutenção, equipe, máquinas, equipamentos etc.) – peso (p5b) = 0,20:

- a. deverão ser apresentados procedimentos para a captação de água bruta no manancial escolhido;
- b. procedimentos para a otimização energética da estação elevatória de água bruta;
- c. procedimentos para o controle quantitativo da produção de água tratada;
- d. procedimentos para o monitoramento da qualidade da água bruta;
- e. procedimentos para o tratamento de água;
- f. procedimentos para o controle da qualidade da água tratada; g. procedimentos para a atualização das informações cadastrais;
- h. procedimentos para a gestão e planejamento do sistema de abastecimento de água;
- i. procedimentos para a redução e o controle do índice de perdas de água;
- j. procedimentos para o controle de redução do consumo de energia elétrica no sistema.
- k. deverão ser apresentados procedimentos para a manutenção corretiva das tubulações;
- l. procedimentos para a manutenção preventiva das tubulações;
- m. procedimentos para o monitoramento e manutenção dos equipamentos eletromecânicos;
- n. procedimentos para a manutenção civil de unidades localizadas.
- o. deverão ser apresentados e descritos os cargos necessários para a operação dos sistemas;
- p. sistema de gestão de segurança do trabalho;
- q. sistema de gestão de controle da qualidade;
- r. sistema de gestão de planejamento e projetos de investimentos;
- s. deverão ser apresentados e descritos os cargos necessários para a manutenção dos sistemas;
- t. organograma previsto para os respectivos setores;
- u. número de funcionários para cada cargo e setor ao longo de todo período de concessão;
- v. deverão ser apresentados e descritos os equipamentos e máquinas necessários para a operação e manutenção dos sistemas;
- w. número de unidades previstas ao longo de todo o período de concessão;

x. estratégia de renovação dos ativos que será adotada.

2.5.3. operação e manutenção do sistema de esgotamento sanitário (operação, manutenção, equipe, máquinas, equipamentos etc.) – peso (p5c) = 0,20:

- a. deverão ser apresentados procedimentos para o controle de ligações indevidas;
- b. procedimentos para a atualização das informações cadastrais;
- c. procedimentos para a operação dos coletores-tronco, interceptores e emissários;
- d. procedimentos para a operação das estações elevatórias de esgotos;
- e. procedimentos para a redução e controle do custo de energia elétrica no sistema de esgotamento sanitário;
- f. procedimentos para o tratamento de esgotos com seu respectivo controle de qualidade.
- g. deverão ser apresentados procedimentos para a manutenção corretiva das tubulações;
- h. procedimentos para a manutenção preventiva das tubulações;
- i. procedimentos para o monitoramento e manutenção dos equipamentos eletromecânicos nas estações elevatórias de esgotos;
- j. procedimentos para o monitoramento e manutenção dos equipamentos eletromecânicos nas estações de tratamento de esgotos;
- k. procedimentos para a manutenção civil de unidades localizadas.

l. deverão ser apresentados e descritos os cargos necessários para a operação dos sistemas;

m. sistema de gestão de segurança do trabalho; n. sistema de gestão de controle da qualidade; o. sistema de gestão de planejamento e projetos de investimentos;

p. deverão ser apresentados e descritos os cargos necessários para a manutenção dos sistemas;

q. organograma previsto para os respectivos setores;

r. número de funcionários para cada cargo e setor ao longo de todo período de concessão.

s. deverão ser apresentados e descritos os equipamentos e máquinas necessários para a operação e manutenção dos sistemas;

t. número de unidades previstas ao longo de todo o período de concessão;

u. estratégia de renovação dos ativos que será adotada.

2.5.4. gestão comercial (estrutura, cadastro, micromedição, cobrança, relacionamento com os usuários, fraudes etc.) – peso (p5d) = 0,20:

a. deverão ser apresentados procedimentos para a o gerenciamento do cadastro comercial;

b. descrição do aplicativo (software) que será utilizado.

c. deverão ser apresentados procedimentos para o sistema de leitura, emissão e entrega de contas;

d. procedimentos para a análise de consumo;

e. deverão ser apresentados procedimentos para o controle de cobranças;

f. procedimentos para as atividades de corte e religação;

g. deverão ser descritas as formas de atendimento que serão disponibilizadas aos usuários;

h. procedimentos do setor de atendimento aos clientes;

i. organograma previsto para os respectivos setores;

j. número de funcionários para cada cargo e setor ao longo de todo período de concessão.

2.5.5. programa de educação ambiental – peso (p5e) = 0,20:

a. deverão ser apresentados as ações de educação ambiental que serão adotadas e respectivos objetivos;

b. estrutura prevista para desenvolvimento de tais ações;

Conforme análise feita neste relatório, o item 1.2 estabelece critérios objetivos para avaliação. Se a licitante apresentar todos os subitens, receberá a nota 8,5 ou 10, sendo esta última se também apresentar estudos complementares. Não há, a princípio, avaliação em relação ao conteúdo de cada subitem. Exemplificando, o edital não prevê uma avaliação sobre qual organograma é melhor ou pior, nem sobre qual quantidade de funcionários previsto é mais adequado ou não. Simplesmente, a licitante cumpre o integralmente o quesito apresentado a informação solicitada.

Sendo assim, verifica-se que boa parte dos quesitos exigidos são meramente formais e não colabora, de fato, para a seleção da melhor técnico. Pelo contrário, sem apresentarem benefício aparente, essa exigência torna a proposta demasiadamente complexa. Esses quesitos não refletem o melhor desempenho e qualidade técnica da licitante no serviço a ser prestado, configurando irregularidade, conforme já decidiu o TCU:

REPRESENTAÇÃO – LEI Nº 8.666/1993 (ART. 113, § 1º) – REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE PREENCHIDOS – CONHECIMENTO – EXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES NO EDITAL – PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO – NECESSIDADE DE ALTERAÇÃO DO EDITAL – DETERMINAÇÕES – ARQUIVAMENTO.

1. Os fatores de pontuação técnica devem se restringir a quesitos que reflitam melhor desempenho e qualidade técnica da licitante no serviço a ser prestado, de modo a não prejudicar a competitividade do certame.

2. É vedada a exigência de a licitante possuir em seu quadro próprio de profissional técnico com a qualificação técnica exigida para execução do objeto pretendido, por impor ônus desnecessário antes da contratação e restringir o caráter competitivo do certame.

(TCU, Acórdão nº 126/2007, Plenário, DOU nº 29, de 09.02.2007).

Com o intuito de garantir que o conteúdo apresentado em relação a cada subitem seja coerente com a proposta, o item 2.5 afirma que a avaliação dos quesitos será feita em função do atendimento aos quesitos destacados em cada tópico e com ênfase na compatibilidade com as necessidades reais do sistema e na coerência com os demais tópicos da proposta técnica. Todavia, não esclarece como será feita essa avaliação, o que pode comprometer a objetividade do julgamento.

Assim como demonstrado na análise do tópico “Avaliação das proposições para os sistemas de abastecimento e saneamento”, em que se verificou irregularidade na ausência de vinculação do Plano de Trabalho avaliado na proposta técnica ao contrato a ser firmado, também é necessário que o edital estabeleça mecanismos para o efetivo cumprimento do Plano de Operação e Manutenção utilizado no julgamento da proposta técnica seja se observância obrigatória pela concessionária, sob pena de tornar inócua a finalidade da seleção.

Assim sendo, esta Unidade Técnica **opina pela determinação de retificação do Edital**, para estabelecer que a proposta técnica vencedora seja incorporada ao contrato de concessão, devendo ser de observância obrigatória pela futura concessionária, ou, alternativamente, para estabelecer no edital mecanismos de incentivo ao cumprimento do Plano de Operação e Manutenção apresentado, vinculando o cumprimento dos marcos apresentados nesses documentos ao atendimento de metas de desempenho atreladas à remuneração da concessionária.

Conclusão

Após a análise das alterações promovidas no Anexo 9 do Edital, que trata dos critérios de avaliação da proposta técnica, verifica-se que o Município reduziu a discricionariedade e subjetividade da escolha, definindo a atribuição de notas de acordo com critérios objetivos. O novo edital também vinculou as exigências da proposta técnica ao atendimento das metas e prazos definidos no Plano Municipal de Saneamento Básico, de modo a permitir a seleção da proposta técnica que possa solucionar os problemas de saneamento e abastecimentos locais. Essas alterações estão na direção de tornar o critério de julgamento escolhido mais congruente com o interesse público.

Conforme exposto neste relatório no item 3.2, **esta Unidade Técnica mantém o posicionamento de que o critério melhor técnica não é o mais adequado para o objeto licitado**. Entretanto, caso o critério de julgamento seja mantido, é necessário que as regras para atribuição de notas e julgamento da proposta técnica, além de objetivas, contribuam efetivamente para a seleção da melhor proposta para a população local.

Verifica-se que, mesmo com as melhorias apresentadas nos critérios de avaliação da proposta técnica, ainda cabem adequações a fim de adequar o edital à Lei.

- a) Excluir os tópicos 2.1 e 2.2 do Anexo 9, visto serem meramente descritivos, não contribuirão para a seleção da melhor técnica e privilegiar a seleção de licitantes que já operam na região ou que tenham participado dos estudos de viabilidade, o que compromete a competitividade do certame.
- b) Estabelecer que a proposta técnica vencedora seja incorporada ao contrato de concessão, devendo ser de observância obrigatória pela futura concessionária, ou, **alternativamente**, estabelecer no edital mecanismos de incentivo ao cumprimento do Plano de Trabalho apresentado, vinculando o cumprimento dos marcos apresentados nesses documentos ao atendimento de metas de desempenho atreladas à remuneração da concessionária.

Sendo assim, diante do exposto, esta Unidade Técnica **conclui que ainda persistem irregularidades a serem sanadas no Edital** em relação aos critérios e à metodologia de avaliação das propostas técnicas, devendo ser determinada a retificação do Edital para saná-las.

A 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.

Segundo a redação do item 4.4.7 do edital anterior, 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.

Conforme apontado no Relatório de Análise Inicial, essa previsão viola o disposto no art. 33, III, da Lei nº. 8.666/93, que expressamente permite o somatório de quantitativos de cada licitante para fins de qualificação técnica.

O novo Edital publicado retirou o item 4.4.7, sanando a irregularidade apontada. Desta forma, a retificação do Edital realizada pelo Município foi suficiente para sanar as irregularidades apontadas no Relatório de Análise inicial, não sendo necessários novos ajustes no certame referentes a este apontamento.

A ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE VISITA TÉCNICA OBRIGATÓRIA: RESTRIÇÃO INDEVIDA À COMPETITIVIDADE.

Nos termos inicialmente definidos no primeiro edital publicado, a visita técnica era tratada como requisito para habilitação e formulação das propostas. O item 3.3 tratava de uma visita “excepcionalmente obrigatória”. O item 3.3.1 estabelecia que as proponentes deveriam visitar os locais e instalações existentes para obter todas as informações necessárias à preparação da documentação. Adicionalmente, o item 3.3.5 informava que, ao término da visita, seria entregue à proponente “atestado de visita técnica”, que deveria ser anexado ao envelope referente aos documentos de habilitação. O item 3.3.3 também criava uma presunção de que a visita técnica daria aos proponentes plenos 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, de forma a evitar futura alegação de imprecisão ou insuficiência das informações.

Conforme apontado por esta Unidade Técnica, a visita técnica, quando prevista no edital, deve ser facultativa, admitindo-se, entretanto, que seja obrigatória em hipóteses extraordinárias.

Com republicação do Edital, **o subitem 3.3.1 foi alterado para explicitar que a visita técnica é facultativa às licitantes**, conforme abaixo transcrito:

3.3.1. A visita técnica é facultativa às licitantes, sendo certo que cabe a cada licitante realizar os levantamentos, pesquisas e estudos técnicos necessários à formulação de suas propostas e para a compreensão da natureza e do escopo dos serviços, equipamentos, fornecimentos e demais condições que possam afetar sua execução, dos materiais que serão utilizados e dos acessos aos locais onde serão prestados os serviços, não podendo alegar posteriormente a insuficiência e/ou imprecisão de dados e informações sobre os locais e condições pertinentes ao objeto da LICITAÇÃO.

Os demais subitens, que tratavam da previsão de atestado de visita técnica como documento para habilitação e de que a visita técnica criaria presunção de conhecimento acerca das peculiaridades do objeto licitado, foram retirados do edital.

Não obstante a retificação, o novo edital manteve o formulário “Modelo de Atestado de Visita Técnica Excepcionalmente Obrigatório” dentre os documentos no Anexo 11 (página 201). Recomenda-se a retirada desse formulário do edital.

Com efeito, verifica-se que a retificação do Edital realizada pelo Município foi suficiente para sanar as irregularidades apontadas no Relatório de Análise inicial, não sendo necessários novos ajustes no certame referentes a este apontamento.

A EXIGÊNCIA INDEVIDA DE ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO QUE SÃO USUALMENTE SUBCONTRATADOS

O edital inicial previa no item 4.4.3 (qualificação técnico-profissional) que a licitante comprovasse possuir em seu quadro, na data prevista para entrega dos envelopes, profissional de nível superior detentor de Certificado de Acervo Técnico (CAT) expedido pelo CREA.

Esta Unidade Técnica, no Relatório de Análise Inicial, se manifestou pela ausência de irregularidade quanto a este item, por estar de acordo com o artigo 30, §1º, I, da Lei nº. 8.666/93. Ademais, o item 4.4.4 permitia que a comprovação do vínculo profissional pudesse ser feita através de contrato de prestação de serviços e de declaração de contratação futura, acompanhado de declaração de anuência dos profissionais, o que está de acordo com a jurisprudência deste Tribunal.

Embora esta Unidade Técnica não tenha apontado irregularidade quanto a este item, o Município retificou o item 4.4.3, informando que essa comprovação somente será exigida na data prevista para a assinatura do contrato. Ademais, o novo edital também reformulou a exigência de experiência dos profissionais contratados, para exigir apenas expertise em operação e manutenção de sistema público de abastecimento de água e de esgotamento, retirando a exigência quanto à obras e de execução de sistemas de abastecimentos. Também se verifica que o novo edital retirou a exigência que constava no item 4.4.2, sobre a necessidade de a licitante possuir em seu quadro técnico profissional registrado junto ao Conselho Regional de Química.

Dessa forma, quanto ao item 4.4.3, verifica-se ausente irregularidade após a publicação do novo edital.

Por sua vez, quanto ao item 4.4.8, que trata da qualificação técnico-profissional, esta Unidade Técnica tinha se manifestado pela procedência da denúncia, tendo em vista que a exigência de atestados de capacidade técnico-operacional devidamente registrado no CREA/CAU, acompanhado de Certidão de Acervo Técnico, restringia a competitividade. O item 4.4.1 também exigia que a licitante também comprovasse registro ou inscrição da empresa junto ao CREA do local da sua sede. Considerando que as atividades de engenharia podem ser subcontratadas, o requisito de qualificação que estava previsto no item 4.4.8 impedia que os licitantes que pretendiam executar as atividades de engenharia por meio da subcontratação, atuando como gestora do empreendimento, pudessem participar do certame.

Verifica-se no novo edital publicado que o município retificou as exigências relativas à Qualificação Técnica. Foi retirada a exigência de registro junto ao CREA/CAU. O item 4.4.1, por sua vez, manteve a exigência de comprovação restrita à operação e manutenção de sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário que atendam ao menos 16 mil pessoas. Foi retirada, portanto, a exigência de obra de construção e/ou implantação de sistemas, execução e/ou elaboração de projeto básico e/ou executivo dos sistemas, bem como retiradas as exigências quantitativas de vazão mínima.

4.4.1. CAPACIDADE TÉCNICA-OPERACIONAL: prova de aptidão para desempenho técnico da LICITANTE por meio de certidões ou atestados, fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, comprovando a execução de obras e serviços de engenharia com as seguintes características e quantitativos:

- a) Operação e manutenção de sistema de captação, bombeamento e adução de água bruta, tratamento, adução, bombeamento, reservação e distribuição de água tratada que atenda população igual ou superior a 16.000 (dezesesseis mil) habitantes;
- b) Operação e manutenção de sistema de coleta, afastamento, bombeamento, interceptação, transporte e tratamento de esgoto sanitário que atenda população igual ou superior a 16.000 (dezesesseis mil) habitantes;

Com efeito, verifica-se que a **retificação do Edital** realizada pelo Município foi **suficiente para sanar as irregularidades apontadas** no Relatório de Análise inicial, **não** sendo necessários **novos ajustes** no certame referentes a este apontamento.

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

A denunciante alegou na denúncia irregularidade quanto ao estabelecimento do valor do contrato, correspondente ao total estimado para os investimentos a serem realizados pela contratada, excluindo-se outras parcelas relevantes como os custos de operação e os lucros da empresa contratada. A denunciante alegou 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.

No Relatório de Análise Inicial esta Unidade Técnica se manifestou pela improcedência desse apontamento, uma vez que as leis nº. 8.987/1995 e 8.666/1993 não estabelecem uma regra específica sobre os critérios para definição do valor estimado do contrato. Além disso, o valor estimado do contrato é a base de cálculo da garantia de execução contratual prevista no item 32.1 e dos seguros previstos no item 2.3., não havendo inadequação o critério que considera apenas os custos de investimentos, nem indução ao erro dos potenciais licitante, visto que o Poder Concedente informou expressamente o critério utilizado.

Não obstante a manifestação desta Unidade Técnica pela ausência de irregularidade neste item do Edital, o Município de Barão de Cocais optou por alterar o valor estimado do contrato, que passou a ser composto pelo valor dos investimentos, bem como pela projeção de receita total.

Tendo em vista inexistir uma regra específica para definição do valor estimado do contrato, não se verifica irregularidade quanto a definição do valor estimado do contrato. Diante da alteração promovida no edital, conclui-se que **não subsistem** mais os motivos para a irrisignação da denunciante quanto a esse item do edital, não sendo necessários novos ajustes no certame referentes a este apontamento.

DA AUSÊNCIA DE REGULAMENTAÇÃO ACERCA DA PARTICIPAÇÃO DE VEÍCULOS DE INVESTIMENTO. FRUSTRAÇÃO DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME

O novo edital incluiu o item 4.2.3 para detalhar os documentos que o fundo de investimento deverá apresentar, de modo a superar o apontamento da denunciante quanto a ausência de regulamentação da participação dos fundos de investimentos.

Por sua vez, o item 3.1.2 detalhou os documentos comprobatórios relacionados às exigências de qualificação jurídica, técnica e econômico-financeira para participação de fundos de investimentos poderão ser substituídos por documentos similares e/ou compatíveis com a natureza jurídica do referido fundo de investimentos,

No mesmo sentido, o item 4.3.7 foi acrescentado para esclarecer que, no caso dos Fundos de Investimento, a prova de regularidade para com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), deverá ser emitida em nome do Administrador do Fundo.

Destaca-se, ainda, que o item 3.1.1 foi alterado para autorizar expressamente a participação de fundos de investimentos, superando qualquer interpretação que pudesse excluir essas licitantes.

3.1.1. Poderão participar da LICITAÇÃO empresas brasileiras (incluindo fundos de investimentos), isoladas ou reunidas em Consórcio, que satisfaçam plenamente a todas as exigências e condições deste EDITAL e da legislação pertinente

Com efeito, verifica-se que a **retificação do Edital** realizada pelo Município foi **suficiente para sanar as irregularidades apontadas no Relatório de Análise inicial, não sendo necessários novos ajustes no certame referentes a este apontamento.**

DA VEDAÇÃO INDEVIDA À PARTICIPAÇÃO ISOLADA DE FUNDOS DE INVESTIMENTOS QUE DISPÕEM DE RECURSOS SUFICIENTES PARA VIABILIZAR O EMPREENDIMENTO. FRUSTRAÇÃO DA COMPETITIVIDADE DO CERTAME.

Segundo a denunciante, o edital restringia indevidamente a participação isolada de fundos de investimentos. Alegou que o instrumento convocatório fazia menção, de maneira genérica, a possibilidade de participação de fundos de investimentos no procedimento (item 3.1.2), porém não havia nenhuma de regulamentação do tema. A denunciante também sustentou que, em vez de se exigir apenas a experiência pretérita no setor, o mais adequado seria exigir a comprovação de que os licitantes possuem experiência na captação de recursos. Alegou, ainda, que 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. Por fim, alegou que não há previsão de como esses documentos seriam avaliados, nem previsão específica de apresentação dos documentos nas diretrizes para elaboração das propostas.

No Relatório de Análise Técnica Inicial, esta Coordenadoria concluiu pela procedência da denúncia quanto a esse apontamento, pois o edital também deveria detalhar quais documentos serão aceitos para qualificação jurídica, técnica e econômico-financeira dos fundos de investimentos, de modo a se garantir a devida transparência e segurança jurídica aos licitantes.

Ao redigir o novo edital, o Município inseriu o item 4.2.3, em que se especifica os documentos que deverão ser apresentados pelos fundos de investimentos, conforme a seguir transcrito:

4.2.3. No caso de fundo de investimento, este deverá apresentar os seguintes documentos:

- a) ato constitutivo com última alteração arquivada perante órgão competente;
- b) Prova de contratação de gestor, se houver, bem como de eleição do administrador em exercício;
- c) Comprovante de registro do fundo de investimento na Comissão de Valores Mobiliários;
- d) Regulamento do fundo de investimento (e suas posteriores alterações, se houver), devidamente registrado no Cartório de Títulos e Documentos;
- e) Comprovação de que o fundo de investimento se encontra devidamente autorizado pela assembleia de cotistas a participar da LICITAÇÃO e que o seu administrador pode representá-lo em todos os atos e para todos os efeitos da LICITAÇÃO, assumindo em nome do fundo de investimentos todas as obrigações e direitos que dela decorrem;
- f) Comprovante de qualificação do administrador e, se houver, do gestor do fundo de investimento, perante a Comissão de Valores Mobiliário.

Verifica-se, ainda, que o edital manteve a permissão expressa de participação de fundos de investimentos, isoladas ou reunidas em Consórcio, conforme redação do item 3.1.1.

Diante do exposto, conclui-se que a **retificação do Edital** realizada pelo Município foi **suficiente para sanar as irregularidades apontadas** no Relatório de Análise inicial, **não sendo necessários novos ajustes** no certame referentes a este apontamento.

DA VEDAÇÃO INDEVIDA À PARTICIPAÇÃO ISOLADA DE FUNDOS DE INVESTIMENTO EM RAZÃO DOS REQUISITOS DE HABILITAÇÃO TÉCNICA

A denunciante alegou que o edital anterior vedava a participação dos veículos de investimento em razão das exigências para habilitação técnica previstas e da não regulamentação da participação. O item 4.4.1 determinava a comprovação de registro ou inscrição da empresa junto ao CREA como requisito para qualificação técnica. Já o item 4.4.3 do edital exigia que a licitante possuísse em seu quadro permanente profissional (ais) de nível superior reconhecido pela entidade competente, detentor de atestados, acompanhado(s) do(s) respectivo(s) CATs.

Conforme já analisado no tópico 3.1.4, o novo edital retirou a exigência de registro junto ao CREA relativa à Qualificação Técnica. Dessa forma, manteve-se somente a exigência de comprovação referente à operação e manutenção de sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitários que atendam aos menos 16 mil pessoas.

Cabe ressaltar que o Poder Concedente possui margem de discricionariedade para a definição dos critérios exigidos para a comprovação de aptidão para o exercício das atividades contratadas, desde que compatíveis com as características do objeto licitado. O que é vedada é a previsão de exigência de requisitos que indevidamente restrinjam a competitividade do certame, conforme previsto no art. 30, I, § 5º da Lei nº. 8.666/93.

No caso da licitação em exame, as exigências relativas à capacidade técnico-operacional não impedem a participação de Fundos de Investimentos, pois o edital o item 4.4.2.1 do edital também permite que os atestados possam ser emitidos em nome de empresa controlada, controladora ou sob o mesmo controle comum da licitante. Ou seja, o edital permite que o atestado tenha sido emitido em nome de terceiro, desde que de pessoa jurídica que esteja no âmbito de controle do Fundo de Investimentos. Destaca-se que o edital, no item 3.2, também autoriza a participação de consórcios, de modo que os interessados que não satisfaçam isoladamente aos requisitos de habilitação técnica possam participar da licitação.

Ainda que eventual fundo que nunca tenha sido concessionário de serviços de saneamento e abastecimento queira entrar nesse ramo, terá condições jurídicas de participar da licitação, seja se consorciando a outra empresa ou adotando providências para se tornar controlador de empresa com essa expertise.

Desse modo, a exigência de qualificação técnica garante que a escolha recaia sob concessionária tenha expertise na execução dos serviços a serem contratados, sem, contudo, impedir a participação de eventuais interessados que, mesmo não sendo do ramo, disponham de capacidade financeira para assumir a concessão, cabendo a esses interessados adotar as providências jurídicas para se adequar as exigências.

Esclarece-se, ainda, que o edital também manteve a previsão de que a documentação comprobatória exigida para qualificação jurídica, técnica e econômico financeira poderá ser substituída por documentos similares compatíveis com a natureza dos fundos de investimentos, conforme item 3.1.2. Desse modo, eventual fundo que já atue ou tenha atuado como concessionária de serviços de abastecimento e saneamento, executando obras e serviços de engenharia por intermédio de

subcontratadas, poderá comprovar a qualificação técnica através dos instrumentos que comprovem execução dos serviços por intermédio de terceiros, de modo a compatibilizar a exigência à natureza dos fundos. A esse respeito, cumpre observar que o edital poderia apresentar essa alternativa de forma expressa no item 4.2.3, o que não foi feito. De todo modo, essa situação já se enquadra no disposto no item 3.1.2, de modo a garantir a participação desses potenciais licitantes.

Com efeito, verifica-se que a **retificação do Edital** realizada pelo Município foi **suficiente para sanar as irregularidades apontadas no Relatório de Análise inicial, não sendo necessários novos ajustes no certame referentes a este apontamento.**

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

Segundo a denunciante, embora o edital previsse o cabimento de recurso das decisões da comissão de licitação, não havia previsão quanto à possibilidade de apresentação de impugnação ou contrarrazões aos recursos administrativos no curso da licitação.

No Relatório de Análise Inicial, esta Unidade Técnica entender ser improcedente esse apontamento, pois o item 5.3.1 do edital anterior previa o cabimento de recurso nos termos do artigo 109 da Lei nº. 8.666/93. Esse dispositivo legal, por sua vez, estabelece expressamente que, uma vez interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 dias úteis. Sendo assim, não se vislumbrou ameaça ao cumprimento da lei em razão de ausência de regulamentação específica no edital de procedimento já disciplinado em lei.

Embora o novo edital tenha estabelecido regulamentação mais completa sobre os recursos cabíveis em face das decisões da Comissão de Licitação, conforme os subitens 5.3.2 a 5.3.6, não foi estabelecida disposição expressa acerca da possibilidade de apresentação de contrarrazões ou impugnações aos recursos administrativos.

Todavia, conforme apontado no Relatório de Análise Inicial, isso não configura irregularidade. A ausência dessa informação de forma expressa no edital não resulta em prejuízo aos licitantes, uma vez que se trata de matéria disciplinada por lei.

Diante do exposto, **conclui-se pela improcedência deste apontamento.**

DA ILEGALIDADE DA PREVISÃO DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS PARA QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL (HABILITAÇÃO): VIOLAÇÃO À LEI FEDERAL N. 8.666/1993

A denunciante alega que o item 4.4.3 do edital anterior teria imposto a comprovação quantitativa de experiência do profissional na realização de diversos serviços e atividades, estabelecendo valores mínimos e número de habitantes para os serviços prestados pelo profissional.

No Relatório Técnico inicial, esta Unidade Técnica concluiu pela improcedência desse apontamento. Pela leitura do 4.4.3 do relatório anterior, 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. O relatório também considerou a jurisprudência do TCU e deste Tribunal de Contas, que entende que entende como razoável a definição do limite de até 50%.

Conforme analisado no tópico 3.6, o novo edital promoveu alterações quanto a exigência de qualificação técnico-profissional, retirando os parâmetros mínimos de vazão média de consumo e de vazão média de produção. Conforme se verifica da leitura do item 4.4.3

4.4.3. CAPACIDADE TÉCNICO-PROFISSIONAL: comprovação de que a LICITANTE possui em sua equipe, na data prevista para a assinatura do CONTRATO, profissionais de nível superior, detentores de Atestados de Responsabilidade Técnica, fornecido por pessoa jurídica de direito público ou privado, acompanhado das respectivas CATs – Certidões de Acervo Técnico, devidamente registrado na entidade profissional competente no Brasil (CREA – Conselho Regional de Engenharia e Agronomia), que comprove(m) que o profissional executou ou participou de execução de obras e serviços de engenharia, equivalentes ou semelhantes ao objeto desta licitação, consistentes em:

- a) Operação e manutenção de Sistema Público de Abastecimento de Água, incluindo: Captação, Estação elevatória de água, Adução, Estação de tratamento de água, Reservação e Distribuição.
- b) Operação e manutenção de Sistema Público de Esgotamento Sanitário, incluindo: Redes coletoras, interceptores e emissários, Estação elevatória e Estação de tratamento de esgoto.

O edital manteve apenas a exigência de quantitativo mínimo quanto a capacidade técnico-operacional, item 4.4.1, exigindo-se que a licitante comprove experiência com operação e manutenção dos sistemas de abastecimento e esgotamento relativos ao atendimento de uma população igual ou

superior a 16 mil habitantes. Essa população corresponde a menos da metade da atual população de Barão de Cocais que, segundo o IBGE, hoje é de 33.232 habitantes¹⁰.

Sendo assim, esta Unidade Técnica mantém o entendimento pela **improcedência da denúncia quanto a este apontamento**, não subsistido eventuais irregularidades, especialmente após a **retificação do Edital**.

LIMITAÇÃO INDEVIDA A TRÊS EMPRESAS POR CONSÓRCIOS

Esse apontamento não constava da denúncia inicialmente apresentada pela Aegea Saneamento e Participações S.A. Esta Unidade Técnica identificou essa possível irregularidade, tanto que recomendou, no Relatório de Análise Inicial, diligência para que a prefeitura de Barão de Cocais apresentasse justificativa sobre a limitação do consórcio a três empresas. Posteriormente, o Ministério Público de Contas solicitou o aditamento da denúncia com base nessa irregularidade (peça 47).

Verifica-se do novo edital que o item 3.2.1 foi alterado para retirar a limitação de 3 empresas para cada consórcio, conforme redações abaixo transcritas:

Redação anterior:

3.2.1. É permitida a participação de pessoas jurídicas reunidas em Consórcio, limitado ao máximo de 03 (três) empresas cada, desde que atendam, isoladamente, aos seguintes itens:

Redação do edital publicado em 16/01/2024.

3.2.1. É permitida a participação de pessoas jurídicas reunidas em Consórcio, desde que atendam, isoladamente, aos seguintes itens

Com efeito, verifica-se que a retificação do Edital realizada pelo Município foi suficiente para sanar as irregularidades apontadas no Relatório de Análise inicial, não sendo necessários novos ajustes no certame referentes a este apontamento.

DA UTILIZAÇÃO DA LEI Nº. 8.666/93 COMO LEGISLAÇÃO QUE FUNDAMENTA A LICITAÇÃO

O Edital, nos itens 1.1 e 1.2, inclui a Lei nº. 8.666/93 no rol de legislações que fundamentam a Concorrência nº. 01/2022, republicada em 16/01/2024. A Lei nº. 8.666/93, no entanto, foi revogada

¹⁰ 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

em 30/12/2023, conforme disposto no art. 193, II, a, da Lei nº. 14.133/2021. Ou seja, o novo edital foi republicado após a revogação da extinta lei de licitações.

O art. 191 da Lei nº. 14.133/2021 disciplina o regime de transição para a nova lei de licitações, estabelecendo que a Administração poderá optar, até o decurso do prazo previsto no art. 193, II, da Lei nº. 14.133/21, por licitar com base na Lei nº. 8.666/93, devendo a escolha ser indicada expressamente no edital.

Com base nesse dispositivo legal, o TCU fixou o entendimento de que a opção pela Administração por licitar ou contratar com base no regime antigo deve ter sido manifestada até o dia 31/03/2023, desde que a publicação do Edital tenha ocorrido até o dia 31/12/2023, conforme trecho do dispositivo do acórdão abaixo.

9.2.1. os processos licitatórios e os de contratação direta nos quais houve a “opção por licitar ou contratar” pelo regime antigo (Lei 8.666/1993, Lei 10.520/2002 e arts. 1º a 47-A da Lei 12.462/2011) **até a data de 31/3/2023** poderão ter seus procedimentos continuados com fulcro na legislação pretérita, **desde que a publicação do Edital seja materializada até 31/12/2023.**

(Acórdão nº. 507/2023, Relator augusto Nardes, Sessão de 22/03/2023)

Diante dessa situação, surge o seguinte questionamento: a opção feita pelo Poder Concedente de adotar expressamente a Lei nº. 8.666/93, quando da publicação do primeiro edital, ainda dentro do prazo estabelecido no art. 191 da Lei nº. 14.133/2021, prevalece mesmo com a republicação do edital após o dia 29/12/2023?

Esclarece-se que Edital da Concorrência nº 01/2022 foi publicado inicialmente em 17/08/2022 e retificado em 26/04/2023. O certame foi suspenso, por ato publicado em 15/06/2023, em razão de impugnações formuladas em face do edital. Posteriormente, o Município se propôs a retificar o edital, conforme petição juntada aos autos (peça nº. 42), com a finalidade de solucionar eventuais irregularidades discutidas neste processo. Como resultado, o novo edital foi publicado em 16/01/2023.

Considerando os princípios da economicidade, eficiência, celeridade, razoabilidade e do interesse público, entendemos que **deve prevalecer a opção manifestada pela Administração Pública na primeira publicação**, caso contrário o edital teria que sofrer nova reformulação e, até mesmo, novos estudos para adequá-lo às disposições da nova lei de licitações. Essa situação poderia ter como consequência novo atraso para a conclusão do certame, com prejuízo para o interesse público.

Apenas a título de referência, o Poder Executivo estadual regulamentou o regime de transição através da Resolução Conjunta 10742/2023, entretanto não abordou a situação analisado neste apontamento.

Por sua vez, o Estado da Paraíba tratou sobre marco temporal para realização de procedimentos licitatórios com base no regime antigo, estabelecendo, expressamente, que na hipótese se republicação do edital será considerada a data da publicação da primeira versão

Art. 2º Em consonância com as disposições do referido parecer, os processos licitatórios instaurados no Sistema Eletrônico Gestor de Compras – SEGC até o dia 31 de março de 2023, contendo a autorização do dirigente do órgão ou entidade até esta data, com a opção expressa nos fundamentos das Leis nº 8.666, de 1993, nº 10.520, de 2002, e dos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 2011, serão por elas regidas, bem como os contratos decorrentes e seus aditamentos durante toda a sua vigência, ou outro instrumento hábil, nos termos do art. 62 da Lei nº 8.666, de 1993.

§ 2º No caso de necessidade de republicação do edital, será considerada a data da publicação da sua primeira versão para fins de atendimento a este regulamento.

(Portaria Conjunta 1/2023/CGE/PGE/SEAD – Estado da Paraíba)

Embora possa ser um tema controvertido, esse parece ser o entendimento mais razoável para o caso, de forma a reconhecer a **ausência de irregularidade quanto à utilização da Lei nº. 8.666/93 como fundamento para licitação em exame.**

MEDIDA CAUTELAR

Conforme analisado no item 3.1 deste relatório, o jurisdicionado não solucionou a irregularidade relativa à ausência de critérios essenciais para a proposição dos fatores de ponderação para fins de reajuste tarifários,

Sobre esse apontamento vale repisar que a falta de clareza do edital quanto aos critérios a serem considerados pelo licitante na proposição dos fatores de ponderação, bem como a ausência de informação sobre como esses critérios serão avaliados junto com a proposta técnica, ou mesmo se serão objeto de avaliação **compromete a formulação de propostas, em franco prejuízo à competitividade.**

Além disso, mas não menos relevante, permitir que os critérios de reajuste sejam definidos unilateralmente pelo licitante, deixando a sistemática de reajuste das tarifas no âmbito de decisão da concessionária, pode resultar em reajustes tarifários inadequados, com prejuízo para a modicidade tarifária ou comprometimento da própria continuidade dos serviços prestados, em violação ao disposto na alínea ‘b’ do inciso IV do art.11 da Lei 11.455/2007.

Nessa ordem de ideias, verifica-se a presença do *fumus boni iuris*, em função da ausência de critérios mínimos para formulação da proposta relativa aos fatores de ponderação para fins de reajuste, e do *periculum in mora*, em função da iminência da contratação e da possibilidade de essas irregularidades

resultarem em prejuízo para a competitividade do certame e para a modicidade tarifária ao longo da concessão.

Sendo assim, estão presentes os pressupostos para concessão de cautelar previstos no art. 197 do Regimento Interno do TCE/MG, em razão do fundado receio de grave lesão ao erário ou a direito alheio ou de risco de ineficácia da decisão de mérito.

Diante do exposto, esta Coordenadoria recomenda a **concessão de medida cautelar para a suspensão do certame**, até que seja sanada essa irregularidade, conforme proposta feita neste relatório.

Desta forma, opina essa Unidade Técnica que o Município deve excluir do Anexo 12 do Edital, especificamente da Cláusula 21.2, a menção à definição dos fatores de ponderação pela Concessionária e trazer, na referida cláusula, os valores a serem adotados para os fatores de ponderação, ou mesmo definir um índice global para o reajuste anual.

Essa medida é imprescindível, pois essa irregularidade compromete a formulação da proposta e, caso a licitação avance até a abertura das propostas, poderá haver grave prejuízo para a competitividade do certame. Caso o contrato seja assinado sem solução para essa irregularidade, poderá haver grave prejuízo para modicidade tarifária ao longo do contrato de concessão.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, esta Unidade Técnica conclui pela:

1 - **Procedência** da denúncia quanto aos apontamentos:

3.1 - Da ausência de definição de critérios essenciais para a formulação de propostas. Da subjetividade e da frustração da comparação objetiva entre propostas. Vício formal diante da ausência de campo para apresentação dos fatores de ponderação no modelo de proposta comercial

Esta Unidade Técnica propõe que seja **determinado** ao Município deve **excluir do Anexo 12 do Edital, especificamente da Cláusula 21.2, a menção à definição dos fatores de ponderação pela Concessionária e trazer, na referida cláusula, os valores a serem adotados para os fatores de ponderação, ou mesmo definir um índice global para o reajuste anual.**

Tendo em vista a gravidade dessa irregularidade, esta Unidade Técnica **opina pela concessão de cautelar para suspender a licitação** para retificação da Minuta de Contrato, conforme exposto no item 4.

3.2 Da adoção de critério 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.

Esta Coordenadoria reitera seu posicionamento quanto à inadequação do critério melhor técnica para esta licitação. Entende-se a utilização do critério melhor técnica, cumulada como menor tarifa, para a presente licitação, configura **irregularidade**, na medida em que **não foi apresentada motivação adequada.**

3.3. – Da ilegalidade dos critérios e da metodologia de avaliação das propostas técnica. 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.

Esta Coordenadoria **conclui que ainda persistem irregularidades a serem sanadas no Edital** em relação aos critérios e à metodologia de avaliação das propostas técnicas, devendo ser determinada a retificação do Edital para saná-las.

Assim, opina-se pela **determinação de exclusão dos itens 2.1 e 2.2 do Anexo 9**, bem como que seja determinada retificação do Edital para que a **proposta técnica seja incorporada ao contrato de concessão**, devendo ser de observância obrigatória pela futura concessionária, ou, alternativamente, para estabelecer no edital mecanismos de incentivo ao cumprimento do Plano de Trabalho apresentado, vinculando o cumprimento dos marcos apresentados nesses documentos ao atendimento de metas de desempenho atreladas à remuneração da concessionária.

2 - Improcedência da denúncia quanto ao apontamento:

3.11 - Da irregularidade da ausência de previsão de apresentação de contrarrazões/impugnação aos recursos administrativos no curso da licitação.

Embora o edital não tenha sofrido alteração capaz de superar esse apontamento da denúncia, a ausência de disciplina expressa no edital sobre a possibilidade de impugnação ou

apresentação de contrarrazões pelos demais licitantes em face de recurso apresentado não resulta em prejuízo, uma vez que se trata de matéria disciplinada por lei (art. 30, I, § 5º da Lei nº. 8.666/93).

3.12. Da ilegalidade da previsão de quantitativos mínimos para qualificação técnico-profissional (habilitação): violação à lei federal n. 8.666/1993

No Relatório de Análise Inicial esta Unidade já havia se manifestado pela ausência de irregularidade no Edital, em razão da inexistência de 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. Com a retificação do Edital, foi mantido o parâmetro mínimo relacionado à população em patamar compatível com a jurisprudência do TCU e deste Tribunal de Contas, que entende que entende como razoável a definição do limite de até 50%.

3 – Por fim, conforme analisado neste relatório, **a retificação do Edital realizada pelo Município foi suficiente para sanar as irregularidades apontadas** no Relatório de Análise inicial, elencadas abaixo:

3.3 - Da ilegalidade das exigências de visita técnica obrigatória: restrição indevida à competitividade

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

3.6 – Da exigência indevida de atestados de qualificação técnica na prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário que são usualmente subcontratados

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

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

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

3.10 - Da vedação indevida à participação isolada de fundos de investimentos em razão dos requisitos de habilitação técnica

3.11 - Da irregularidade da ausência de previsão de apresentação de contrarrazões/impugnação aos recursos administrativos no curso da licitação

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

3.13 - Limitação indevida a três empresas por consórcios

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, conclui-se, nesse juízo de cognição sumária, que, no presente caso, **existem elementos que justificam a suspensão do certame**. Desse modo, esta Unidade Técnica propõe que Srs. Décio dos Santos (Prefeito de Barão de Cocais), Douglas Aleixo Pena (Secretário de Obras e Saneamento) e Cristiano de Oliveira Lage (Secretário de Meio Ambiente), responsáveis pelo certame sejam **intimados**, com caráter de urgência para:

- (i) se absterem da prática de qualquer ato visando à continuidade do citado certame;**
- (ii) tomar ciência das irregularidades e inconsistências identificadas pela Unidade Técnica neste relatório, notadamente nos itens 3.1, 3.2 e 3.3, e apresentar as motivações e considerações que entenderem cabíveis;
- (iii) promover as alterações necessárias para sanear os vícios que maculam o procedimento, republicando o edital escoimado das irregularidades e observando o disposto no art. 21, § 4º da Lei nº 8.666/93, conforme determinações constantes dos itens 3.1, 3.2 e 3.3, a seguir:
 - 1. Excluir do Anexo 12 do Edital, especificamente da Cláusula 21.2, a menção à definição dos fatores de ponderação pela Concessionária e trazer, na referida cláusula, os valores a serem adotados para os fatores de ponderação, ou mesmo definir um índice global para o reajuste anual (tópico 3.1)

2. Excluir os itens 2.1 e 2.2 do Anexo 9 (tópico 3.3.2)

3. Incorporar a proposta técnica ao contrato de concessão, de forma que os Planos de Trabalho e de Operação e Manutenção sejam de observância obrigatória pela futura concessionária, ou, **alternativamente**, estabelecer no edital mecanismos de incentivo ao cumprimento dos Planos de Trabalho e de Operação e Manutenção apresentados, vinculando o cumprimento dos marcos apresentados nesses documentos ao atendimento de metas de desempenho atreladas à remuneração da concessionária (tópicos 3.3.3 e 3.3.4)

À consideração superior,

CFCP, aos 06 de fevereiro de 2024.

Romário Teles Rochas
Analista de Controle Externo
TC 3398-4