

PROCESSO Nº: 1.148.581

APENSO Nº: 1.167.241

NATUREZA: Denúncia

RELATOR: Telmo Passareli

JURISDICIONADO: Município de Barão de Cocais/MG

EXERCÍCIO: 2023

1. INTRODUÇÃO

Trata-se de Denúncia, com pedido de concessão de liminar, oferecida pela empresa Aegea Saneamento e Participações S.A., que alega a existência de irregularidades no Edital da Concorrência Pública n. 001/2022, deflagrada pelo Município de Barão de Cocais/MG, procedimento licitatório que tem como objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a concessão, pelo período de 35 (trinta e cinco) anos, dos serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do referido município.

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, por meio de Despacho (peça n. 11 do SGAP¹), determinou que os autos fossem encaminhados para esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações (CFCP), para exame dos fatos narrados, inclusive quanto ao pedido liminar, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

Em 21/06/2023 (peça n. 12 do SGAP), esta Unidade Técnica apresentou Relatório de Análise Inicial recomendando a concessão de cautelar para que o Município de Barão de Cocais/MG se abstinhasse de dar continuidade ao certame, bem como que fossem realizadas diligências.

Em Decisão do dia 29/06/2023 (peça n. 14 do SGAP), o Conselheiro Relator julgou prejudicada a análise da medida cautelar, tendo em vista que o certame em comento havia

¹ Sistema de Gestão e Administração de Processos do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.

vido suspenso *sine die* pela Administração Municipal, conforme comunicado disponibilizado no dia 15/06/2023. O Relator, na oportunidade, também determinou a intimação dos Srs. Douglas Aleixo Pena (Secretário Municipal de Obras e Saneamento) e Cristiano de Oliveira Lage (Secretário Municipal de Meio Ambiente) para que encaminhassem os esclarecimentos solicitados em sede de diligência, bem como a cópia integral da Concorrência n. 001/2022.

Em 06/07/2023 (peça n. 21 do SGAP), o Secretário Municipal de Obras e Saneamento solicitou a extensão do prazo para resposta aos apontamentos feitos para 30 (trinta) dias úteis, de modo a permitir uma análise mais aprofundada e a elaboração de respostas adequadas.

Em 28/07/2023 (peça n. 33 do SGAP), o Conselheiro Relator acolheu as razões apresentadas pelo jurisdicionado e concedeu, em caráter excepcional, novo prazo de 10 (dez) 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 (peça n. 45 do SGAP), foi juntado aos autos novo relatório técnico, que 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 (peça n. 47 do SGAP), o Ministério Público de Contas (MPC) apresentou Relatório de Manifestação Preliminar, por meio do qual requereu aditamento da Denúncia e a citação dos responsáveis para apresentarem defesa.

Em 25/10/2023 (peça n. 48 do SGAP), o relator, por meio de despacho, determinou nova intimação dos senhores Douglas Aleixo Pena, Secretário Municipal de Obras e Saneamento, e Cristiano de Oliveira Lage, Secretário Municipal de Meio Ambiente, para que no prazo de 15 (quinze) dias úteis encaminhassem a documentação solicitada por esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações. Após solicitação do jurisdicionado, o Relator, em 29/11/2023, ampliou o prazo por mais 10 (dez) dias, conforme peça de n. 55 do SGAP.

Em 05/12/2023 (peça n. 69 do SGAP), o Município de Barão de Cocais/MG, por meio da Secretaria Municipal de Obras e Saneamento e da Secretaria Municipal de Meio Ambiente, juntou aos autos petição com as justificativas e documentos solicitados por esta Unidade Técnica.

Em 11/12/2023 (peça n. 84 do SGAP), a Aegea Saneamento e Participações S.A. apresentou nova petição requerendo a juntada de precedente do Tribunal de Contas do Estado de Rondônia (TCE-RO), bem como reiterou o pedido para que fosse reconhecida a nulidade do Edital de Concorrência Pública n. 001/2022.

Em 12/12/2023 (peça n. 93 do SGAP), o relator, por meio 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 (um bilhão, duzentos e quarenta e cinco milhões, novecentos e oitenta e dois mil, quatrocentos e quarenta e três reais e setenta e oito centavos). Em seguida, o processo foi redistribuído e remetido a esta Coordenadoria para exame.

Em 16/01/2024, o Município de Barão de Cocais/MG publicou nova versão do Edital de Concorrência n. 001/2022 (versão 02), estabelecendo o dia 05/03/2024 como data para abertura dos Documentos de Qualificação e das Propostas Técnicas e Comerciais.

Em 31/01/2024 (peça n. 95 do SGAP), a denunciante Aegea Saneamento e Participações S.A. apresentou petição para reiterar o pedido de reconhecimento de nulidade do Edital, bem como para requerer a juntada de Recomendação Conjunta do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), referente ao Inquérito Civil MPMG-0251.23.000097-7, que trata da Concorrência n. 001/2023, do Município de Extrema/MG.

Em 06/02/2024 (peça n. 101 do SGAP), foi juntado, por esta Unidade Técnica, Relatório de Análise Técnica, que concluiu pela procedência parcial da Denúncia, bem como considerou que existiam elementos que justificavam a suspensão do certame.

Em 08/02/2024 (peça n. 103 do SGAP), o Relator determinou a intimação dos responsáveis pela licitação para que apresentassem informações sobre os apontamentos técnicos ou que procedessem à devida adequação do Edital.

Em 26/02/2024 (peças n. 112 e 113 do SGAP), o Secretário Municipal de Obras e Saneamento, Sr. Douglas Aleixo Pena, e o Secretário Municipal de Meio Ambiente, Sr. Cristiano de Oliveira Lage, apresentaram manifestação sobre o relatório técnico elaborado por esta Unidade Técnica, indicando que seriam feitos ajustes no Edital.

Em 18/04/2024 (peça n. 118 do SGAP), esta Unidade Técnica elaborou Relatório de Análise Técnica, manifestando-se pela necessidade de aguardar a republicação do novo Edital para manifestação definitiva desta Unidade Técnica, tendo em vista o compromisso do Município em fazer alterações no instrumento convocatório.

Contudo, em 02/04/2024, havia sido protocolizado documento sob o n. 9000309000/2024, por meio do qual a empresa Aegea Saneamento e Participações S.A., ora denunciante, noticiou a republicação do Edital da Concessão n. 001/2022 pelo Município de Barão de Cocais/MG, no dia 22/03/2024, alegando que o referido procedimento licitatório se encontrava eivado dos vícios observados no instrumento convocatório anterior. Desse modo, requereram a concessão de medida cautelar para suspensão do certame.

Em 25/04/2024, o Município de Barão de Cocais/MG protocolizou o documento 9000395300/2024, consistindo no “Edital Retificado 2 – Concorrência Pública 01/2022, Processo Administrativo 01/2022”.

Em 03/05/2024, os documentos foram juntados aos autos e enviados a esta Coordenadoria para manifestação, conforme peças de n. 123 e 125 do SGAP.

Em 07/05/2024, conforme página da Prefeitura², o Município de Barão de Cocais/MG determinou novamente a suspensão, *sine die*, do ato de abertura da sessão pública, que estava previsto para ocorrer às 09h00min, do dia 09 de maio de 2024, bem como a interrupção de todos os demais prazos procedimentais estipulados no Edital. Conforme comunicado publicado no Portal da Prefeitura, a suspensão ocorreu em razão das manifestações interpostas pelas empresas Orbis Ambiental S.A. e Senha Engenharia & Urbanismo S.S., bem como de impugnação apresentada pela empresa GS Inima Brasil

² [Prefeitura Municipal de Barão de Cocais - Detalhe da Licitação CO-1/2022 \(baraodecocais.mg.gov.br\)](http://baraodecocais.mg.gov.br).

Ltda., em âmbito administrativo, e Denúncia n. 1.167.241, perante o TCE-MG. De acordo com o ato, a Comissão Especial de Licitação (CEL) necessitaria de tempo adicional para realizar análise acurada e as alterações necessárias no instrumento convocatório.

Em 13/05/2024 (peça n. 126 do SGAP), esta Unidade Técnica elaborou novo Relatório de Análise Técnica Inicial, concluindo pelo indeferimento do pleito cautelar. Em sede de análise de mérito, contudo, concluiu pela presença de irregularidades e, tendo em vista que houve nova suspensão *sine die* do ato de abertura da sessão pública, considerando, portanto, que subsistia a possibilidade de ajuste do instrumento convocatório, propôs que, observado o contraditório e ampla defesa, fosse determinado aos gestores a retificação das irregularidades identificadas.

Em razão da aposentadoria do Conselheiro Relator José Alves Viana, em 03/04/2024, os autos foram redistribuídos ao Conselheiro Substituto Telmo Passareli, que passou a exercer as funções do cargo até novo provimento, nos termos da Portaria da Presidência n. 25/PRES./2024³.

Em 14/05/2024 (peça n. 128 do SGAP), o Conselheiro Relator em exercício determinou o apensamento da Denúncia n. 1.167.241, apresentada pela empresa GS Inima Brasil Ltda., aos presentes autos, determinando também o encaminhamento da referida Denúncia e do presente feito a esta Coordenadoria, para que se procedesse a análise técnica conjunta de ambos os processos.

Ainda no dia 14/05/2024, nos autos da Denúncia n. 1.167.241 (peça n. 17), o Relator determinou a intimação do atual Secretário Municipal de Meio Ambiente de Barão de Cocais/MG, Sr. Davi Pessoa Guedes (ou de quem o houvesse substituído), para que, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, apresentasse esclarecimentos acerca dos fatos denunciados pela GS Inima Brasil Ltda. e encaminhasse cópia de toda a documentação relativa às fases interna e externa do certame.

³ Portaria publicada no Diário Oficial de Contas – DOC, edição de 03/04/2024.

Em 04/06/2024 (peça n. 130 do SGAP), o Relator encaminhou o presente feito à Secretaria do Tribunal Pleno a fim de que fosse reiterada a intimação do Sr. Davi Pessoa Guedes (ou de quem o houver substituído), haja vista o retorno dos autos no dia 03/06/2024 com certidão de não manifestação juntada à peça n. 24 da Denúncia n. 1.167.241.

Em 05/06/2024 (peça n. 135 do SGAP), o Município Barão de Cocais/MG apresentou manifestação com as justificativas em relação aos apontamentos formulados nos autos da Denúncia n. 1.167.241.

Em 06/06/2024 (peça n. 138 do SGAP), o Relator encaminhou os presentes autos a esta Coordenadoria para exame técnico.

Em 26/07/2024, após análise dos autos, esta Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações emitiu Relatório de Análise Técnica, que concluiu pela inexistência de fundamentos para a concessão de medida cautelar, bem como pela procedência parcial da denúncia, com recomendação e determinações para que o Município de Barão de Cocais/MG promovesse alterações no Edital quando viesse a republicá-lo. Também foi proposta a citação dos subscritores do Edital e dos responsáveis pela condução do certame para apresentar defesa em relação às irregularidades apuradas.

Em 09/10/2024, o Ministério Público de Contas juntou aos autos Manifestação Preliminar, através do qual requereu a realização de novo estudo pela unidade técnica, para que se manifeste sobre as irregularidades apontadas na presente ação de controle externo.

No dia seguinte, o Relator proferiu despacho para determinar o encaminhamento do feito à esta Unidade Técnica para análise, tendo em vista a republicação do Edital da Concorrência n. 001/2022. Os documentos correspondentes a esse Edital foram juntados aos autos em 14/10/2024.

Em 16/10/2024, a Aegea Saneamento e Participações S.A. juntou aos autos nova petição (peça n. 178 do SGAP), por meio da qual requer a juntada ao processo de decisão Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) sobre a inadequação do critério “técnica e preço” no âmbito da licitação de saneamento básico do Município de Santa Maria de

Itabira/MG, bem como a concessão de medida cautelar para a imediata suspensão do Edital de Concorrência Pública n. 001/2022, republicado no dia 02/10/2024 e o reconhecimento de sua nulidade, condicionando o prosseguimento da licitação à retificação de todos os vício identificados.

Em 21/10/2024, o Município de Barão de Cocais/MG também juntou manifestação, através da qual apresenta Esclarecimentos Complementares a respeito da Denúncia apresentada pela GS Inima Brasil Ltda. e do Edital republicado.

É o relatório, no essencial.

2. ESCOPO

Este relatório tem como escopo a análise técnica do Edital da Concorrência n. 001/2022, republicado em 02/10/2024⁴, e enviado pelo Município de Barão de Cocais/MG mediante a peça n. 143 do SGAP, nos termos do despacho do Relator de 10/10/2024 (peça n. 142 do SGAP), em especial quanto às alterações promovidas, cotejando-as com as irregularidades identificadas no Relatório de Análise Inicial desta Unidade Técnica (peças n. 126 e 139 do SGAP).

Além disso, destaca-se que foi juntada nova petição da Aegea Saneamento e Participações S.A. (peça n. 178 do SGAP), com novo pedido de suspensão cautelar, bem como manifestação do Município de Barão de Cocais/MG (peças n. 182 e 185 do SGAP).

Considerando que a data aprazada para a abertura da sessão pública da licitação se avizinha⁵, o **presente relatório restringir-se-á à análise perfunctória das irregularidades apontadas na nova petição e já identificadas por esta Coordenadoria nos relatórios anteriores**, cotejando-as com as manifestações do município, com o objetivo de subsidiar a decisão sobre o pedido de suspensão do processo licitatório, sem prejuízos de análise complementar sobre o mérito dos apontamentos.

⁴ Disponível em <https://www.baraodecocais.mg.gov.br/detalhe-da-licitacao/info/co-1-2022/71126>. Acessado em 30/10/2024.

⁵ As propostas e demais documentos necessários à participação na concorrência serão recebidos entre os dias 04/11/2024 a 21/11/2024

3. ANÁLISE TÉCNICA

3.1.1. Adoção de critério de julgamento por técnica e preço (apontamento já avaliado nos relatórios de peça 126 e 139, bem como reforçado na nova petição peça n. 178 do SGAP apresentada pela denunciante)

Descrição:

A alegação de irregularidade na escolha do critério “técnica e preço” já foi objeto de análise por esta Unidade Técnica nos relatórios anteriores, em que se reputou procedente a apontada irregularidade concernente à inadequação da utilização do critério “técnica e preço” no certame em epígrafe, em face da ausência de lastro jurídico-fático no caso em tela.

O Edital republicado, contudo, manteve o critério de julgamento escolhido, reforçando, em documento específico, as mesmas justificativas já apresentadas.

Na nova petição apresentada pela Denúncia, esse aspecto é reforçado sob a alegação de que as justificativas para a escolha do critério de julgamento por técnica e preço, motivadas na multiplicidade de possíveis soluções técnicas aplicáveis à prestação dos serviços, na essencialidade e a necessidade de expansão, continuidade e qualidade na execução dos serviços, não fundamenta adequadamente a escolha do critério de julgamento. Segundo a peticionante, essas justificativas referem-se a características inerentes a todos os contratos de concessão dessa natureza.

Sua alegação foi embasada por meio de considerações sobre os argumentos desta Unidade Técnica a respeito da irregularidade referente à escolha do critério de julgamento.

A peticionante Aegea Saneamento e Participações S.A. também apresentou, para conhecimento deste Tribunal, a sentença proferida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), nos autos do Mandado de Segurança n. 5004843-02.2023.8.13.0317, que

indicou a incompatibilidade do critério “técnica e preço” na licitação pretendida pelo Município de Santa Maria de Itabira/MG⁶.

De acordo com a peticionante, o Edital de Concorrência publicado pelo Município de Santa Maria de Itabira/MG guarda elevado grau de similaridade em relação ao Edital publicado pelo Município de Barão de Cocais/MG, inclusive com relação ao critério de julgamento por “técnica e preço” e a presença de critérios subjetivos na avaliação dos quesitos técnicos.

Nos termos da sentença juntada aos autos, a utilização do critério técnica e preço somente se justifica na delegação de serviços de notável complexidade técnica, enquanto para serviços em que o mercado já se encontra tecnicamente maduro, “o critério de julgamento mais adequado passará a ser o do menor preço por ser a regra geral das licitações”.

Sustenta a denunciante ser necessário que o critério de julgamento seja revisado para priorizar a modicidade tarifária e assegurar a viabilidade econômico-financeira dos projetos de saneamento.

Análise técnica:

Na última análise realizada sobre o tema, constante do relatório técnico que figura como a peça n. 139 do SGAP, esta Unidade Técnica concluiu pela procedência do apontamento em tela, manifestando-se pela inadequação da utilização do critério de julgamento que conjuga a “melhor técnica” e a “menor tarifa” no procedimento licitatório que precederá a concessão em exame, dada a ausência de justificativa jurídica e factual para tanto, entre

⁶ Assim, a utilização do critério melhor técnica e preço pelo município de Santa Maria de Itabira viola não só o princípio da legalidade, mas também do julgamento objetivo, ao passo que se utilizou de critério destinado a situações específicas sem que fossem satisfeitos os requisitos legais, ao mesmo tempo que se admitiu o uso de critério de julgamento essencialmente subjetivo (melhor técnica) sem haver a devida justificativa. (...) Portanto, configura-se ilegal a utilização do critério melhor técnica e preço pela administração municipal, sem que haja justificativa plausível para tanto, o que não se trata, ao contrário do que foi sustentado pelo impetrado e pelo Ministério Público, de discricionariedade da autoridade administrativa, a partir do momento em que o mérito administrativo não se apresenta fundamentado de forma coerente. (TJMG – Sentença - Mandado de Segurança n. 5004843-02.2023.8.13.0317).

outros fatores que desabonam a utilização do mencionado critério em concessões de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Na oportunidade, esta Unidade Técnica registrou, no entanto, que a irregularidade identificada, conforme o entendimento exposto no Agravo n. 1.144.840 e no Processo n. 1.144.836, não configura justa causa apta a autorizar a concessão de medida cautelar para suspender a licitação.

Não obstante isso, considerando que o certame estava suspenso *sine die*, de modo que o poder concedente tinha oportunidade para fazer os ajustes necessários no instrumento convocatório, esta Unidade Técnica sugeriu a emissão de determinação ao município para que fosse promovida a alteração das minutas do edital e seus anexos a fim de que fosse adotado algum dos critérios de julgamento previstos no artigo 15 da Lei n. 8.987/95 que não incluem a avaliação de propostas técnicas, de forma a privilegiar a modicidade tarifária e a própria promoção e ampliação do serviço de saneamento básico.

Subsidiariamente, foi proposta a emissão de determinação para que, após o julgamento das propostas técnicas, fosse publicado relatório circunstanciado com o detalhamento dos motivos pelos quais foram atribuídas as notas técnicas pela comissão julgadora a cada licitante, não se limitando a meramente expressar um dos conceitos elencados pelo edital para a definição das notas, em atendimento aos princípios da motivação, transparência e impessoalidade.

Ciente da irregularidade apontada e com o objetivo de saneá-la, **o Município de Barão de Cocais/MG apresentou, no Anexo 21 do Edital, justificativa para a adoção do critério “técnica e preço”**, amparada especialmente na falta de investimentos em novas tecnologias, controle de perdas de água, eficiência energética, automação, renovação eletromecânica, expansão e atualização das redes de abastecimento de água e redes de coleta de esgotos, investimentos nas estações de tratamento de água e de esgotos.

É que, segundo o município, com o objetivo de resguardar o interesse público e considerando a precariedade dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário atuais, é necessário assegurar que a contratação pretendida tenha como prestadora de serviços uma empresa que demonstre *expertise* técnica suficiente para

suprir as demandas do município, numa perspectiva de maior qualidade e eficiência dos serviços, o que deveria ser comprovado por meio da apresentação de um Programa de Trabalho.

Ainda conforme o município, o Plano de Negócios Referencial e as Especificações Técnicas do Termo de Referência são parâmetros referenciais mínimos, havendo espaço para que as licitantes proponham soluções diversas que serão avaliadas por meio de quesitos objetivos.

Ocorre que, já se pode adiantar, **essas justificativas publicadas, mais uma vez, não são aptas a justificar a escolha do critério, tratando-se de alegações genéricas e desassociadas das próprias características do projeto de concessão.**

É que, novamente, não cuidou o município de explicitar qual a situação fática e peculiar da localidade que atrai a necessidade de ser empregada uma técnica diferenciada na prestação dos serviços que serão objeto da concessão, **limitando-se a registrar a precariedade do sistema atual.** Também **não restou demonstrada a existência de alternativas e variações de execução inovadoras e com repercussões significativas sobre a qualidade da prestação dos serviços que o município tanto busca.**

Na verdade, o que revela a justificativa apresentada no Anexo 21 do Edital é o desejo e a esperança do gestor de que a utilização do critério de julgamento que avalia a melhor técnica a ser empregada resulte em uma contratação bem-sucedida e em uma prestação de serviços mais satisfatória que a anterior.

Essa pretensão depositada no critério eleito não está, no entanto, refletida no edital, que, apesar de exigir a apresentação, pelos licitantes, de um programa de trabalho que deverá conter a solução técnica proposta, não elenca quesitos que tenham aptidão para, de fato, contribuir para a escolha da melhor técnica a ser empregada na prestação dos serviços.

Cai por terra, assim, a justificativa apresentada pelo município, que, portanto, não é suficiente para demonstrar que a opção feita pelo gestor quando da adoção do critério de julgamento que combina a avaliação da melhor técnica com a menor tarifa está sendo guiada pela busca à satisfação de um interesse público.

Assim sendo, **remete-se a análise aprofundada ao relatório precursor, reiterando-se a conclusão sobre sua inadequação.**

E aqui vale repisar que o critério de julgamento de melhor técnica, ainda que combinado com o de menor tarifa, direciona a disputa ao aspecto técnico da prestação de serviços, cujo julgamento se reveste de inegável subjetividade, isso ainda que os quesitos exigidos sejam os mais objetivos possível, tendo, assim, o condão de comprometer a objetividade da seleção, além de ter potencial de comprometer a modicidade tarifária.

Aliás, a elevação do custo é inerente à utilização do critério que conjuga técnica e preço/tarifa, o que pode ser percebido por meio de simples operações matemáticas, como é demonstrado em trecho da obra de Marçal Justen Filho⁷:

[...] A soma entre as notas pode conduzir à seleção de licitante que não ofereceu a proposta de preço mais reduzida. Assim se passa porque a relevância da nota técnica pode neutralizar as vantagens da nota de preço.

Um exemplo facilita a compreensão. Suponha-se licitação de técnica e preço em que a proposta técnica é ponderada em 70% e a de preços em 30%. Imagine-se que o licitante X oferece proposta de preços de 40 e o licitante Y oferta preço de 50.

É necessário que o edital disponha sobre a metodologia de conversão dos preços em notas. Aplicando-se a metodologia de cálculo mais usual, a proposta de preços do licitante X corresponde à nota 100, enquanto a do licitante Y à nota 80. Esse resultado é obtido pela divisão do valor da proposta de preço mais vantajosa pelo valor de cada outra proposta, multiplicando-se o resultado por cem (trata-se, portanto, de uma regra de três). Assim, a proposta de 40 é dividida por 40 e o resultado é 1. A proposta de 40 é dividida por 50 e o resultado é 0,80. Ambas são multiplicadas por 100. Daí o resultado de 100 para a proposta de X e de 80 para a proposta de Y.

Considere-se que, tomando em vista os critérios de julgamento técnico, a proposta técnica do licitante X obtém a nota 80, enquanto o licitante Y tem a nota 100. Portanto, o licitante X recebeu as notas 100 e 80, enquanto o licitante Y obteve as notas 80 e 100.

Se o edital tivesse previsto média aritmética, existiria empate. Mas o edital estabeleceu que a ponderação far-se-ia na proporção de 70% para a nota técnica. Logo, a nota final de X é 86 (100 multiplicado por 0,30 mais 80 multiplicado por 0,70) enquanto a nota final de Y é 94 (80 multiplicado por 0,30 mais 100 multiplicado por 0,70).

⁷ Justen Filho, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023, Página 504/508.

Logo, a média obtida por Y é superior àquela atingida por X, porque o peso da nota técnica é superior ao da nota de preço. **Consequentemente, a Administração contratará o objeto pelo preço de 50, ainda existindo uma proposta no valor de 40. A proposta de valor superior será reputada como mais vantajosa porque se reconhece que os benefícios técnicos nela contemplados propiciam benefícios à Administração que são mais relevantes do que a diferença a maior do preço a ser desembolsado.**

É evidente que, ainda nas hipóteses em que o edital não preveja ponderação superior para a nota da proposta técnica, poderá ocorrer resultado similar. É possível que os benefícios apresentados pela proposta técnica superem largamente o preço mais elevado oferecido pelo licitante. (Destques acrescidos).

[...]

3.2 A exigência de vantagens efetivas para a Administração

Daí se segue que somente é admissível a utilização da licitação de técnica e preço quando as características do caso concreto conduzirem à conclusão de ser essa a alternativa economicamente mais vantajosa.

A elevação do custo inerente à solução de técnica e preço deve ser compensada pelos benefícios obtidos. Eventualmente, esses benefícios serão decorrentes diretamente da prestação executada pelo particular. Mas pode haver casos em que a vantagem resulte da redução dos custos e dos riscos da Administração. [...]

(Destques acrescidos)

Por essa razão, a utilização de critério de julgamento que avalia a melhor técnica é medida excepcional e, portanto, deve ser suficientemente fundamentada, considerando o contexto fático do poder concedente, como, por exemplo, a necessidade do emprego de uma técnica específica em função de um fator geográfico especial, a ponto de afastar os prejuízos que a sua adoção pode causar à modicidade tarifária e à objetividade na avaliação das propostas, o que não se observa no caso em análise.

Além disso, é importante consignar novamente **que não se pretende afastar aqui a discricionariedade** do gestor público na escolha de um dos critérios de julgamento previstos no artigo 15 da Lei n. 8.987/1995. Essa liberdade, contudo, deve ser exercida segundo os princípios que guiam a atuação de qualquer agente público, em especial aqueles estampados no artigo 37, *caput*, da CRFB/1988, devendo serem observados, ainda, os princípios que regem a área em que a decisão administrativa será tomada.

É certo, ademais, que a liberdade do gestor não reside no ato por completo, sendo a sua atuação vinculada quanto à competência, à forma e à finalidade do ato, que deve ser sempre voltada à busca da realização do interesse público.

E é nesse ponto que a atuação desta Corte de Contas se destaca quanto ao tema. A escolha pela adoção do critério de julgamento que conjuga menor tarifa com melhor técnica, previsto no artigo 15, inciso V, da Lei n. 8.987/1995, deve ser adequada e circunstanciadamente motivada para demonstrar que dela surtirão benefícios concretos para o usuário suficientes para justificar o comprometimento da objetividade na avaliação das propostas e os prejuízos à modicidade tarifária.

E aqui vale frisar que não há, nos documentos que regem a disputa que precederá a concessão, elementos suficientes para justificar a escolha do critério de julgamento eleito para o caso em análise, tampouco os quesitos eleitos pelo edital para a avaliação das propostas geram algum tipo de benefício para os usuários para justificar a Administração aceitar um maior valor na tarifa em função da adoção de critério de julgamento que leva em conta a melhor técnica.

Além disso, a complexidade técnica que justificaria aceitar um maior valor da tarifa diante do emprego do tipo melhor técnica no julgamento das propostas não encontra amparo nas características intrínsecas aos próprios contratos de concessão, tais como multiplicidade de possíveis soluções técnicas aplicáveis à prestação do serviço ou à existência de muitas variáveis que tornem o serviço complexo. Tampouco diz respeito à essencialidade e à necessidade de expansão, continuidade e qualidade na execução dos serviços prestados.

Caso assim o fosse, sequer haveria possibilidade de outro critério de julgamento para as licitações que envolvessem a delegação de um serviço público, já que essas características são inerentes a todos os contratos de concessão.

Dessa forma, não bastam justificativas genéricas, sendo fundamental que sua adoção seja exercida a partir de juízos que levem em conta as particularidades do instituto das concessões e do próprio setor de saneamento no município especificamente, bem como sejam demonstrados os benefícios decorrentes do emprego de uma melhor técnica no âmbito dos serviços concedidos.

É importante, ainda, frisar que o Novo Marco do Saneamento escancara um contexto fático no setor do saneamento que tem por escopo a ampliação dos serviços de saneamento diante, sobretudo, da carência de investimentos, o que, por sua vez, está ligado justamente à viabilidade econômico-financeira dos projetos, reforçando que a adoção do critério que privilegia a técnica em detrimento da menor tarifa deve ser excepcional e necessita de justificativa razoável e fundamentada em circunstâncias específicas.

Nessa direção, cabe trazer o seguinte trecho do recém-publicado artigo *A inadequação do critério de melhor técnica nas concessões de saneamento*⁸:

Cabe também citar as alterações promovidas pela Lei Federal nº 14.026/2020 às competências da Agência Nacional de Águas (ANA), por meio da inclusão do artigo 4º-A da Lei 9.984/2000. O parágrafo primeiro desse artigo estabelece a competência da agência para emitir normas de referência em questões de sustentabilidade dos serviços públicos de saneamento. Ademais, o Decreto Federal nº 11.599/2023 traz a viabilidade econômico-financeira das operações como ponto de atenção focal para os prestadores.

Adiciona-se a isso o fato de que a falta de ampliação dos serviços de Sistema de Abastecimento de Água (SAA) e Sistema de Esgotamento Sanitário (SES) está atrelada, substancialmente, a incapacidade de investimento e aos indicadores econômicos desfavoráveis, e não à suposta inépcia técnica. O enfoque proposto, deve ser, portanto, a modicidade das tarifas.

Não existem diferenciais tecnológicos para nenhum componente do SAA e do SES que funcionem como referência na definição da melhor proposta. Mesmo quando se considera as fases de construção e operação, não há alto grau de complexidade ou exclusividade que justifique a classificação de concorrentes na licitação desses serviços públicos. O mesmo ocorre quando voltamos a atenção para a cadeia dos resíduos sólidos.

Nesse contexto, **a discricionariedade do artigo 15 da Lei Federal nº 8.987/95 deve ser interpretada na perspectiva do Novo Marco Legal**, já que é possível e desejável que se analisem as propostas sob a ótica da menor tarifa ou da maior outorga, métricas absolutamente objetivas. **Mora na comprovação da viabilidade econômico-financeira dos projetos, e não nas suas particularidades técnicas, a base da promoção e da ampliação do serviço de saneamento básico.** E isso, por óbvio, não pode ser desconsiderado na decisão administrativa do critério de julgamento a ser adotado nas licitações. A inadequação da utilização da modalidade melhor técnica nos editais de concessões se baseia, fundamentalmente, na irrazoabilidade da escolha diante do contexto legislativo e fático, visto o avançado estágio de desenvolvimento

⁸ PIRES, Maria Fernanda Veloso, MOURA, Natália Torquete. A inadequação do critério de melhor técnica nas concessões de saneamento. Disponível em <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inadequacao-do-criterio-de-melhor-tecnica-nas-concessoes-de-saneamento-30112023>

do setor no Brasil. A opção do gestor público pela adoção do critério melhor técnica, quando injustificada, contraria o interesse público e a modicidade tarifária, sem trazer benefício algum à população.

Destaca-se que nenhuma das concessões e parcerias público-privadas (PPPs) de saneamento estruturadas ou em estruturação pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), referência no país, utiliza a melhor técnica como premissa. Ou seja, nas concessões públicas a adoção do critério que privilegia a técnica em detrimento da menor tarifa deve ser excepcional e necessita de justificativa razoável. Caso o contrário, coloca-se em xeque a efetividade do serviço. O correto julgamento do gestor público a partir do critério que melhor assegura o bem-estar coletivo é vital na obtenção de qualidade, eficiência e sustentabilidade dos serviços prestados, visando a universalização do serviço básico no país. **Assim, observa-se as modalidades menor tarifa e maior oferta pela outorga como as escolhas mais acertadas.**

A adoção do critério de melhor técnica exige justificativa e estar fundamentada em circunstâncias excepcionais e específicas, considerando as peculiaridades caso a caso, com expressa motivação fática e jurídica. Nesses termos, a faculdade concedida pelo art. 15 da Lei de Concessões (Lei Federal nº 8.987/95) tem como condição de validade a apresentação de claro e objetivo embasamento pelo gestor público, requisito de validade de qualquer ato administrativo. (Destques acrescidos).

Vale pontuar, ademais, que, nas concessões referentes a setores considerados **tecnicamente maduros**⁹, a exemplo do setor de saneamento, deve-se buscar o preço, e não a técnica, na medida em que esta estará disponível no mercado e o concessionário ou parceiro privado terá os incentivos para adquirir no mercado a *expertise* técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade prevista no contrato. Nesse sentido, tem-se lição de Maurício Portugal¹⁰:

III.1. Setores Tecnicamente Maduros

Se o setor pode ser considerado maduro tecnicamente, isto é, se a *expertise* técnica necessária a prestação do serviço na qualidade requerida pelo Governo é algo que pode ser adquirido facilmente no mercado, então a melhor forma de estruturar a licitação é deixar em segundo plano a exigência de *expertise*

⁹ Compreende-se assim, os setores em que há uma cadeia produtiva consolidada que pode suprir as demandas dessa infraestrutura, inexistindo o domínio tecnológico restritivo a poucas empresas, constituindo assim um mercado com maturidade técnica, cuja cadeia produtiva já está consolidada, capaz de suprir as demandas do mercado. Conforme extraído do Relatório G9, elaborado pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, em análise sobre *O uso dos critérios técnica e preço para delegações de serviços de setores maduros tecnicamente no âmbito das Concessões e PPPs* (material ainda não publicado).

¹⁰ Ribeiro, Maurício Portugal. Concessões e PPP: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, Pág. 14.

técnica, e focar a licitação na busca do melhor preço e na análise da capacidade financeira dos participantes para dar cabo das obrigações previstas no contrato.

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

Nessa esteira e tratando especificamente do setor de saneamento, é importante trazer à baila recente estudo documentado no artigo *Análise técnica, econômica e jurídica dos critérios de seleção de propostas a serem adotados em licitações para concessão de serviços de saneamento*¹¹, em que os autores afirmam que as técnicas de operação, manutenção e expansão dos SAA e SES já estão sedimentadas no mercado, sendo válido transcrever os seguintes excertos do trabalho publicado:

Um levantamento sobre as principais inovações tecnológicas disponíveis nos acervos das principais universidades e centro de pesquisas no campo das engenharias de saneamento, como nos mostra Hernandez e Szigethy (2019), fornece conforto para a afirmação de que **não existem diferenciais tecnológicos para nenhum componente do SAA a ponto de, como critério de seleção, ser um diferencial na definição do melhor prestador desses serviços, ou que possa diferenciar e qualificar as propostas em processo licitatório de concessão desses serviços**. Mesmo quando se considera as fases de construção e operação, não há alto grau de complexidade ou exclusividade tecnológica (com características de inovação e/ou domínio exclusivos de expertos), capaz de justificar a classificação de concorrentes em uma licitação de saneamento.

Ao contrário, todas essas etapas dos serviços estão tecnicamente sedimentadas e são de domínio tecnológico dos diversos prestadores de serviços e fornecedores, públicos ou privados. Portanto, a universalização e qualidade do SAA depende única e exclusivamente de capacidade financeira dos concessionários e do comprometimento na execução (gestão) da concessão.

[...] **Os recursos tecnológicos das ETEs são acessíveis a qualquer dos licitantes. A engenharia brasileira domina, há muitos anos, os processos de concepção, projeto e execução de SES**. Evoluções tecnológicas são desenvolvidas por fabricantes e fornecedores de insumos, máquinas, equipamentos e bens de tecnologia e automação, incluindo soluções para polimento do efluente tratado para aplicações de reúso, quando economicamente viável.

Verifica-se, assim, que a expansão e universalização do esgotamento sanitário também dependem apenas da capacidade de investimentos da

¹¹ VASCONCELOS, Frederico Ferreira de et al. *Análise técnica, econômica e jurídica dos critérios de seleção de propostas a serem adotados em licitações para concessão de serviços de saneamento*. Controle em Foco: Revista do MPC-MG, v. 3, n. 6, p. 93-112, jul/dez.2023, páginas 95-96.

concessionária, uma vez que o tamanho e a extensão dos ativos requerem um montante razoável de recursos financeiros para sua execução e operação, além da capacidade técnica da equipe para a identificação da melhor tecnologia disponível no mercado.

Para reforçar esse entendimento, Pompemayer e Sobrinho (2023) estimam que os investimentos necessários em esgotamento sanitário no Brasil para se atingir a universalização até 2033 estejam na ordem de R\$ 290 bilhões.

[...] Como dito, não existem inovações tecnológicas para os SAA e os SES com domínio exclusivo de uma ou algumas empresas postulantes a prestadoras dos serviços de saneamento. Tais inovações ocorreram e estão em desenvolvimento, mas não são de domínio restrito e, muito menos, podem ser consideradas fatores diferenciais em um processo de licitação.

[...] No contexto, destacam-se as soluções de automação, que podem, ao leigo, parecer algo de alta complexidade técnica. Entretanto, o domínio da engenharia de automação encontra-se em tal patamar que já é possível aplicar o conceito de redes inteligentes aos SAA e SES, baseando-se nas mesmas soluções aplicáveis, há mais de uma década, a sistemas de energia elétrica e outras utilidades públicas. (Negrito nosso).

Não se pode esquecer, ainda, que os contratos de concessão de serviços públicos, diferentemente das contratações comuns, pressupõem uma relativa liberdade para que a concessionária possa prestar os serviços contratados, podendo optar por múltiplas soluções de acordo com as necessidades que surgirem ao longo no prazo da concessão.

É por essa razão que, em concessões, **o foco do Poder Concedente deve ser nos resultados**, ou seja, cabe ao Poder Concedente estabelecer indicadores de desempenho e metas a nível de serviço esperados do parceiro privado, deixando em aberto a escolha das especificações de entrada, meios, processos e tecnologias, que passam a ser um risco transferido ao concessionário em conjunto com os demais riscos comerciais do projeto, sob pena de se subverter a lógica subjacente ao instituto das concessões.

E nas concessões de saneamento não é diferente, como expõem os autores do artigo publicado¹² já mencionado no presente relatório:

A concessão de saneamento é finalística. Isso significa que se trata de uma concessão de serviço, de “obrigações de fazer”, que busca atingir um fim definido e específico: a universalização (oferta dos serviços a toda a população). De forma mais prática, as obrigações primordiais do

¹² VASCONCELOS, Frederico Ferreira de et al. Análise técnica, econômica e jurídica dos critérios de seleção de propostas a serem adotados em licitações para concessão de serviços de saneamento. Controle em Foco: Revista do MPC-MG, v. 3, n. 6, p. 93-112, jul./dez.2023, página 105.

concessionário serão: captar, tratar, aduzir e distribuir água. Coletar, aduzir, tratar e diluir adequadamente o esgoto.

Se, no tratamento da água, o concessionário vai usar o floculador A ou B, o filtro com tecnologia X ou Y e secar o lodo em bags ou centrífuga, pouco importa à administração, desde que a água distribuída atenda aos parâmetros de potabilidade, disponibilidade e continuidade e o lodo seja adequadamente descartado. Na coleta e tratamento de esgoto, pouco importa se o sistema é unitário ou separador, a ETE em sistema fechado ou aberto, com os produtos químicos Alfa ou Beta, contanto que o efluente diluído nos cursos hídricos atenda aos parâmetros estabelecidos nas normas ambientais e o lodo seja adequadamente destinado.

Assim, a utilização do critério melhor técnica pode comprometer a própria liberdade da concessionária de buscar a melhor solução para a execução do contrato ao longo de sua vigência, tendo em vista que o plano de trabalho passa a ser vinculante.

Há, portanto, o risco de engessamento do contrato, uma vez que restringirá a possibilidade de a concessionária empregar soluções diversas das apresentadas na proposta técnica ao longo da concessão, o que vai de encontro à própria alegação dos responsáveis de se utilizar do critério melhor técnica para permitir a escolha de uma melhor solução para as necessidades dos municípios e de seus usuários.

E, para além desse risco de engessamento, deve-se ponderar mais uma vez que a vinculação da futura concessionária à solução técnica apresentada em sua proposta **atrai para o Poder Concedente riscos do projeto que normalmente são alocados à concessionária**, já que o contrato ficaria sujeito a reequilíbrios, caso se mostrem necessárias à obtenção de melhores resultados alterações da técnica eleita para a prestação dos serviços.

É que a ideia central à delegação de um serviço ao privado reside, não apenas, mas especialmente, nas vantagens derivadas da alocação dos riscos de execução do projeto ao privado, permitindo-lhe gerenciar os instrumentos para alcançar os resultados, estes sim, impostos pelo Poder Concedente.

Sobre o tema, vale colacionar os ensinamentos de Fernando Vernalha¹³ sobre a eficácia do encargo de elaboração do projeto ficar a encargo do concessionário:

[...] Essa estrutura de incentivos concorre para otimizar a eficiência do contrato de PPP.

É certo, contudo e como já observei em outro estudo, que as vantagens derivadas da alocação desses riscos ao parceiro privado dependerão em boa medida do poder de decisão que lhe é delegado no bojo das atribuições contratadas. Isto é: “a estrutura de incentivos e eficácia da alocação de riscos pode ser neutralizada caso sejam impostas ao parceiro privado indicações e obrigações detalhadas sobre aspectos relacionados ao projeto e à construção”.¹⁵ O excesso de informação e de orientação ao parceiro privado subtrai-lhe a autonomia e, de consequência, a margem de risco correspondente.

E aqui vale esclarecer que, embora os ensinamentos supra se refiram à eficácia do encargo de elaboração do projeto ficar a cargo do concessionário, não é outra a lógica subjacente à eleição de proposta técnica indicada pela concessionária, pois nesse caso há vinculação à solução técnica vencedora, o que **implica retirar da concessionária a responsabilidade por sua inaptidão futura para atingir os melhores resultados.**

Esse cenário tem o condão de tornar o poder concedente sujeito a reequilíbrios econômico-financeiros decorrentes da necessidade de alteração da técnica utilizada na prestação dos serviços com vistas a obter melhores resultados, o que, considerando-se a mutabilidade e o longo prazo dos contratos de concessão de saneamento, reforça o quão inadequada pode se revelar a adoção do critério de julgamento de melhor técnica no presente caso, em face da possibilidade de alteração futura da solução a ser dada àquele sistema de saneamento. Nesse sentido, vale citar novel precedente da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo¹⁴ que trata do tema:

[...] De outro norte, a adoção do critério melhor técnica, isoladamente ou em combinação com o critério menor valor da tarifa ou maior oferta pela outorga,

¹³ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Repartição de riscos nas Parcerias Público-Privadas. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/28/edicao-1/reparticao-de-riscos-nas-parcerias-publico-privadas>. Acesso em: 02/05/2024

¹⁴ TCE-ES. Processo n. 00964/2023-1. Acórdão 00274/2024-8 - 2ª Câmara, Rel. Cons. Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Sessão do dia 15/03/2024. Acórdão disponibilizado em 25/03/2024.

em licitações para concessão de serviço público de saneamento básico é inadequada por diversos motivos.

O primeiro motivo é a vinculação da futura concessionária à solução técnica apresentada em sua proposta técnica, que é inadequada em contratos de concessões e PPP, **pois atrai para o Poder Concedente os riscos de projeto, de construção, operação e manutenção, que normalmente são alocados à concessionária, uma vez que ao vincular a solução técnica o poder concedente ficará sujeito a reequilíbrios econômico-financeiros** por impedir que a concessionária tenha autonomia na escolha/alteração da técnica para a prestação serviço, de modo a obter melhores resultados.[...] (destaques acrescidos)

Sob essa perspectiva, mais uma vez, no lugar de se adotar o critério de julgamento “melhor técnica”, deveria **o Município priorizar o estabelecimento de metas e indicadores de desempenho**, como forma de garantir a qualidade dos serviços prestados pela concessionária e a eficácia da concessão, sem o risco de prejuízos à modicidade tarifária e ao julgamento objetivo. Essa medida permitiria, ainda, a atribuição ao parceiro privado da escolha das especificações de entrada, meios, processos e tecnologias a serem empregadas na prestação dos serviços, as quais passariam a ser um risco do concessionário, em conjunto com os demais riscos comerciais do projeto, em aderência ao instituto da concessão.

Nesse sentido, vale aqui transcrever o seguinte trecho de artigo¹⁵ dedicado ao tema:

Em projetos estruturados na forma de PPP, as regras para a definição dos parceiros devem ser distintas daquelas normalmente adotadas para a contratação de obras e serviços comuns da Administração. Os mercados não são os mesmos. Logo, em uma PPP, interessa à administração pública, verdadeiramente, a contratação de agente econômico com capacidade de investimentos de longo prazo e experiência na gestão de certos ativos, serviços ou infraestruturas públicas - e não a execução de uma técnica preestabelecida na licitação de modo imperativo.

Na realidade - expandindo o argumento -, o uso desarrazoado do referido critério pode resultar em ilegalidade frontal. Cabe lembrar, o administrador público não exerce competências discricionárias quando as circunstâncias lhe impedem. Como assinalado, motivos objetivos norteiam a escolha de cada modalidade de julgamento, de modo que existe uma interrelação entre o plano da teoria - com os princípios administrativos constitucionais - e a esfera dos fatos.

¹⁵ DAL PAZZO, Augusto Neves, FACCHINATTO, Renan Marcondes e CERETTA, Bruno José Queiroz. O Uso Inadequado do critério de julgamento melhor técnica e menor preço em licitações envolvendo concessões. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/393476/o-inadequado-uso-do-criterio-de-julgamento-em-licitacoes>

Ocorre que - e temos, aqui, um segundo pressuposto - certos parâmetros podem conduzir a determinados resultados e, portanto, prejudicar a probidade da licitação. Com a postura, desvirtuam-se os critérios de julgamento; na realidade, eles perdem a sua finalidade legal, constituindo-se em mero argumento justificador de fins ou agentes definidos de modo prévio. Ingressa-se no terreno arenoso de potenciais direcionamentos.

Sem embargo, o que as boas práticas nacionais e internacionais consolidaram, no mercado de PPPs, é a necessidade de que os editais de licitação estabeleçam com rigor os indicadores de desempenho e as metas ou níveis de serviço esperados do futuro parceiro privado. Isso deixa em aberto a escolha das especificações de entrada (*input specifications*), meios, processos e tecnologias, que passam a ser um risco transferido ao concessionário em conjunto com os demais riscos comerciais do projeto. Sendo assim, o Poder Público não enfatiza a fiscalização específica da técnica, tecnologia ou da construção da obra, mas os resultados (*output specifications*), ou seja, a qualidade do serviço prestado ou posto à disposição do usuário. (Negrito acrescido).

E nem se argumente que a ponderação com o critério técnico tornaria a escolha da futura concessionária mais segura, reduzindo propostas aventureiras que acabariam por comprometer a financiabilidade do projeto e, conseqüentemente, a qualidade e a continuidade da prestação do serviço.

É que, para tanto, há outros mecanismos direcionados e mais efetivos para coibir a prática de ofertas agressivas dos licitantes. Nesse sentido, destaca-se o Relatório G9, elaborado pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, em análise sobre *O uso dos critérios técnica e preço para delegações de serviços de setores maduros tecnicamente no âmbito das Concessões e PPPs*¹⁶:

A experiência acumulada nas estruturações de projetos de concessões vem desenvolvendo diversas alternativas de mecanismos direcionados para proteger o fluxo de receitas das concessões da agressividade das ofertas dos licitantes. Pode-se enumerar alguns como (i) critério de maior outorga com a tarifa pré-fixada; (ii) o critério híbrido, consistindo na menor tarifa com um determinado percentual de deságio (desconto máximo da tarifa) como gatilho de acionamento para os ágios de valor de outorga; (iii) menor tarifa com obrigação de aporte adicional ao capital social da Sociedade de Propósito Específica (SPE) associado ao deságio; cabendo o gestor avaliar as vantagens e os desafios de cada mecanismo a adotar no projeto. Para além dessas práticas, há também a exigência de somente aportes de integralização de capital na SPE, como condição de assinatura do contrato. E isso cria uma expectativa de comprometimento dos acionistas da concessionária perante o projeto, haja vista a necessidade de recuperar o seu capital investido já de início. Sob pena,

¹⁶ Relatório G9, elaborado pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, em análise sobre *O uso dos critérios técnica e preço para delegações de serviços de setores maduros tecnicamente no âmbito das Concessões e PPPs* (material ainda não publicado).

caso inadimplente com tal obrigação, a execução integral da garantia de proposta, uma vez prevista em edital, conforme art. 58 da Lei 14.133/21. Posto isto, conforme a demonstração acima, há outros mecanismos direcionados e mais efetivos para coibir a prática de ofertas agressivas dos licitantes. **E não caberia o uso do critério técnico a pretexto de combater tal prática, mas sim deve se dar para a sua real finalidade, a de avaliar os aspectos técnicos do objeto.**

Reitera-se, assim, nesta oportunidade, o entendimento de que a utilização do critério melhor técnica nas concessões de serviços públicos de saneamento não tem o condão de conduzir à seleção de uma proposta com diferencial aos usuários, podendo, por outro lado, resultar em proposta mais cara e propiciar até mesmo o direcionamento da licitação.

A inadequação desse critério para as concessões de saneamento, inclusive, pode ser atestada pela predominância de critérios de julgamento que têm como foco exclusivamente a proposta comercial em projetos recentes e desenvolvidos à luz do Novo Marco do Saneamento, muitas vezes envolvendo estruturações mais complexas e com populações superiores¹⁷.

Destaca-se, também, a inexistência de concessões financiadas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) que estejam utilizando da melhor técnica, conforme a Figura 1 a seguir.

¹⁷ Nesse sentido, destaca-se as PPP de saneamento de Serra, Vila Velha e Cariacica, as privatizações/PPP da Corsan, Cedae, Casal, a concessão de saneamento básico do Estado do Amapá.

Figura 1 - Projetos de Concessões e PPPs de Água e/ou Esgoto nos anos de 2023 e 2020¹⁸

Item	Ano	Município	UF	Objeto	População Beneficiada (habitantes)	Modalidade	Critério de Julgamento	Estruturador	Ágio/Deságio	Número de Participantes
1	2023	Municípios da Microrregião Centro-Litoral do Paraná (16 municípios)	PR	Esgoto	640.000	PPP adm.	Menor Preço / m3 de esgoto	FGV	31%	4
2	2023	Olimpia	SP	Água e Esgoto	74.070	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	FIPE	147%	9
3	2023	Igarapava	SP	Água e Esgoto	30.614	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	PMI - HOUER	63%	3
4	2023	Jaru	RO	Água e Esgoto		Concessão Comum	Menor tarifa combinado com maior valor de outorga Desconto máximo da tarifa - 10%	Consórcio Infraway Engenharia Terrafirma Toledo Marchetti	Desconto tarifa = 10% (valor de parada) Outorga = 43 milhões de reais	2
5	2023	Governador Valadares	MG	Água e Esgoto		Concessão comum	Maior Valor para Outorga	HOUER	Valor de outorga = R\$ 46.600.000,00 Valor ofertado = R\$ 385.000.000,00 Ágio = 726,18%	4
6	2022	Região Metropolitana de Fortaleza e do Cariri	CE	Esgoto	4.238.000	PPP adm.	Menor Contraprestação	Facilities BNDES	Bloco 1 - 27,92% Bloco 2 - 37,86%	4
7	2022	São Simão	GO	Água, Esgoto e RSU	20.000	Concessão comum	Menor tarifa	Facilities Caixa		2
8	2022	Crato	CE	Esgoto	132.000	Concessão comum	Menor tarifa	Facilities Caixa	1%	1
9	2021	Zona da Mata e Agreste (34 municípios)	AL	Água e Esgoto	759.900	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	Facilities BNDES	37551%	3
10	2021	Estado de Alagoas (Zona litorânea e norte do Estado)	AL	Água e Esgoto	426.700	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	Facilities BNDES	1227%	3
11	2021	Todos os municípios	AP	Água e Esgoto	734.000	Concessão comum	Híbrido (maior outorga e menor tarifa)	Facilities BNDES		5
12	2021	21 municípios (bloco 3)	RJ	Água e Esgoto	2.585.600	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	Facilities BNDES	90%	2
13	2021	35 municípios (blocos 1, 2 e 4)	RJ	Água e Esgoto	11.042.000	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	Facilities BNDES	134%	4
14	2020	Região Metropolitana de Maceió	AL	Água e Esgoto	1.448.000	Concessão comum	Maior Valor para Outorga	Facilities BNDES	13183%	7
15	2020	28 municípios (Bloco D)	AL	Água e Esgoto	423.000	PPP adm.	Menor Contraprestação	Facilities BNDES	38%	6
16	2020	Cariacica	ES	Água e Esgoto	253.000	PPP adm.	Menor Contraprestação	Facilities BNDES	39%	7

Fonte: Hub de projetos do BNDES

Depreende-se, portanto, que o critério de julgamento melhor técnica, isoladamente ou em conjunto com outros, basicamente, tem sido basicamente utilizado por municípios.

Veja-se que a prática na estruturação de projetos de concessões e PPPs dos setores maduros tecnicamente tem demonstrado a opção pelo menor preço ou maior outorga em detrimento da opção de escolha do critério técnico e os grandes desafios do seu uso, indicando que, para a grande parcela dos estruturadores consolidados no mercado, há pouca ou nenhuma relevância o emprego do critério técnico nesses setores para a seleção do melhor prestador.

¹⁸ Fonte: Hub de projetos do BNDES, carteira de projetos do PPI do governo federal e sítios eletrônico de municípios. Disponível em Relatório G9, elaborado pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, em análise sobre *O uso dos critérios técnica e preço para delegações de serviços de setores maduros tecnicamente no âmbito das Concessões e PPPs* (material ainda não publicado).

Além disso, trilhando idêntica orientação à desta Coordenadoria, vale transcrever trechos do supracitado precedente da Segunda Câmara do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo¹⁹, que, analisando o procedimento de concessão dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário do Município de Sooretama, decidiu, por unanimidade, que era inadequada a adoção do critério de julgamento consistente na combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica, nos seguintes termos:

[...] De outro norte, a **adoção do critério melhor técnica, isoladamente ou em combinação com o critério menor valor da tarifa ou maior oferta pela outorga, em licitações para concessão de serviço público de saneamento básico é inadequada por diversos motivos.**

O primeiro motivo é a vinculação da futura concessionária à solução técnica apresentada em sua proposta técnica, que é inadequada em contratos de concessões e PPP, pois atrai para o Poder Concedente os riscos de projeto, de construção, operação e manutenção, que normalmente são alocados à concessionária, uma vez que ao vincular a solução técnica o poder concedente ficará sujeito a reequilíbrios econômico-financeiros por impedir que a concessionária tenha autonomia na escolha/alteração da técnica para a prestação serviço, de modo a obter melhores resultados.

[...] O segundo motivo para não se adotar o critério técnico nas concessões de serviço público de saneamento básico é a mutabilidade característica desses contratos de longo prazo, em que ao longo de sua vigência normalmente ocorre a apropriação de novas técnicas, mais modernas, eficazes e eficientes. Ao se vincular a execução do contrato a determinada técnica, corre-se o risco de perder os benefícios da inovação tecnológica característica dos contratos de longo prazo.

O terceiro motivo para não se adotar o critério técnico nas concessões de serviço público de saneamento básico é a necessidade de atender à modicidade tarifária, ainda mais em pequenos municípios, no qual a renda média da população é baixa, como é o caso de Sooretama. Nesse ponto, **oportuno frisar que o diagnóstico feito no PMSB identificou que a população já acha extremamente cara a tarifa dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Município.**

O quarto motivo é a baixa complexidade do projeto licitado, que envolve soluções simples para atender uma população de menos de 30 mil habitantes. A título de exemplo, projetos bem mais complexos, que envolveram populações muito superiores e maiores dificuldades, tiveram como critério de julgamento unicamente o menor preço, tais como as PPP de saneamento de Serra, Vila Velha e Cariacica, as privatizações/PPP da Corsan, Cedae, Casal, entre outras realizadas recentemente.

¹⁹ TCE-ES. Processo n. 00964/2023-1. Acórdão 00274/2024-8 - 2ª Câmara, Rel. Cons. Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun. Sessão do dia 15/03/2024. Acórdão disponibilizado em 25/03/2024.

[...] **Cabimento das licitações de técnica**

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

Deve-se atentar, também, que o fundamental na execução do contrato para o poder concedente e para os usuários não são os meios empregados (técnica), mas sim o atingimento dos fins propostos: **universalizar** o fornecimento de água tratada e a coleta e tratamento de esgoto, **de acordo com os padrões mínimos exigidos na legislação e normas aplicáveis**, uma vez que existem diversas soluções técnicas na área de saneamento, reconhecidas e disponíveis a qualquer operador do ramo, que podem atender às necessidade de saneamento básico em Sooretama, pois o mercado de saneamento básico no Brasil é um mercado maduro e concorrencial.

Assim, é de se esperar na execução do contrato que a concessionária cumpra as condicionantes ambientais impostas pelas normas aplicáveis aos serviços, o que é suficiente para atingir os objetivos e necessidades do Município na área de saneamento, não sendo necessário que se exija no edital nada além disso, pois isso significaria desperdício de recursos e aumento desnecessário das tarifas aos usuários, o que viola a modicidade tarifária exigida na Lei 8.987/95.

Além disso, como os riscos de projeto, construtivos e operacionais devem ser alocados à concessionária, é óbvio que ela buscará trabalhar em regime de máxima eficiência, procurando economizar nos gastos com energia elétrica e insumos, não sendo apropriado, como fez o Município incluir quesitos técnicos que pontuem economia de energia elétrica e insumos de tratamento de água e esgoto, pois a tarifa não é livremente arbitrada pela concessionária e, como dito, uma das razões para a concessão de serviços públicos ao setor privado é justamente a eficiência do privado, pois dessa eficiência dependem seus lucros.

A **SÚMULA Nº 21 do TCE-SP** veda, inclusive, o critério técnica e preço em licitações de serviços para coleta de lixo e implantação de aterro sanitário, uma vez que se trata de mercado maduro, em que as técnicas existentes são acessíveis a todos os prestadores de serviços desse ramo, não se justificando selecionar apenas um deles em razão de determinada técnica se todos têm acesso a ela.

No mesmo sentido já decidiu esta Corte de Contas no **Acórdão - Plenário 1285/2016-7**, entendendo que **o critério de julgamento tipo técnica e preço não deveria ser adotado** em licitações para concessão de serviço público de transporte coletivo, **por não privilegiar o princípio da modicidade tarifária**, mesma situação que ocorre no caso em tela, em que a escolha adotada pelo município de Sooretama para as licitação da concessão dos serviços de fornecimento de água e esgotamento sanitário não privilegia a modicidade tarifária, em Município cuja renda média de seus habitantes é baixa.

Ademais, como já frisado, as melhores práticas recomendam que nem o modelo referencial público e tampouco a proposta técnica sejam vinculantes, uma vez que o risco de projeto é da concessionária e uma vinculação de sua

proposta técnica pode atrair o risco do projeto para o Poder Concedente, como já decidiu esta Corte no **Acórdão TC-Plenário 1555/2019-9**.

Deve-se considerar, ainda, que o privado buscará a melhor técnica para atingir os objetivos e cumprir a legislação aplicável, pois seu lucro depende disso, não sendo plausível pensar que se tenha que adotar um critério técnico de julgamento da licitação para obter uma melhor prestação do serviço no caso em tela.

Inclusive, a Fundação Vanzolini (evento 348, p. 47), contratada pelo Município para fazer análise crítica do Relatório Final do PMI 1/2018, fez advertência no sentido de que o BNDES vem utilizando nas licitações que estruturou o critério de maior outorga, bem como acerca da maior complexidade de processamento do critério de técnica e preço, proposto no PMI, como se vê a seguir:

Nota:

Atualmente as licitações que vêm sendo desenvolvidas pelo Banco Nacional de Desenvolvimento – BNDES utilizam como critério de licitação o maior valor de outorga apresentado.

Há de se reconhecer que o critério de seleção pelo maior valor de outorga é muito mais simples de ser processado e julgado que o critério proposto pelo Consórcio ELLO/AVIVA.

Por todos os motivos expostos, é inteiramente inadequada a adoção do critério de julgamento adotado pelo Município, devendo ser alteradas as minutas do edital e seus anexos, a fim de adotar o critério de julgamento “menor valor da tarifa” e de fazer as necessárias modificações nessas minutas em razão da adoção do novo critério de julgamento, **especialmente, quanto ao julgamento da proposta comercial, que não necessitará mais da fórmula prevista no item 94 da minuta do contrato**, pois será vencedor do certame o licitante que oferecer a menor tarifa, e quanto ao julgamento final das propostas, itens 96, 97 e 99 da minuta do edital.

(Destaques no original)

Nessa mesma linha, o Plenário do Tribunal de Contas do Município de Goiânia²⁰, analisando a prestação de serviços públicos de saneamento, decidiu, por unanimidade, pela inadequação de adoção do critério de julgamento em que haja avaliação de propostas técnicas, nos seguintes termos:

Com efeito, verifico que houve adoção indevida do critério de melhor técnica combinado com maior desconto na Concorrência Pública nº 001/2022, conforme descrição contida no edital: “Concorrência do tipo melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior desconto na estrutura tarifária com o de melhor técnica” (fl. 94). É que, muito embora a Lei nº 8.987/95 possibilite vários critérios de julgamento, inclusive a combinação dos critérios de menor tarifa do serviço público com melhor técnica, é cediço que a escolha

²⁰ TCM-GO. Acórdão nº. 01678/2023 Tribunal-Pleno

administrativa deve observância ao princípio da legalidade. Neste ponto, cumpre citar que, para tal possibilidade, o art. 46, §3º da Lei nº 8.666/93 exige autorização expressa e justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração quanto à escolha do tipo de licitação técnica e preço. Demais disso, o caput do art. 46 disciplina que esse tipo de licitação será utilizado exclusivamente para serviços de natureza intelectual, abrindo exceção em seu §3º para prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação. Especificamente em relação ao setor de saneamento básico, tem-se que embora conte com baixa participação privada (algo em torno de 7%), segundo a Abcon Sindcon é compreendido por um mercado que apresenta um bom nível de maturidade técnica. Isto porque há várias empresas e profissionais no mercado com capacidade técnica para atender as necessidades do Governo e das concessionárias, capazes de entregar o mesmo resultado almejado, seja em relação a qualidade, a produtividade e a durabilidade, por mais que haja variações de execução. Assim, se o mercado de água e esgoto se mostra maduro tecnicamente, com domínio amplo da técnica por várias empresas e profissionais, resta claro que não preenche um dos requisitos, o de tecnologia de domínio restrito, para justificar a adoção do critério de julgamento técnica e preço. Logo, pelos aspectos técnicos e legais, a adoção desse critério de julgamento não se mostra a mais adequada para licitações em que o objeto corresponda a prestação de serviço cujo segmento seja tecnicamente maduro.

Sob mesma ótica, vale registrar **recente precedente do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**, que passou a reconhecer que os serviços públicos de água e esgotamento sanitário não dependem de tecnologia sofisticada, sendo inadequada sua utilização. Veja-se:

O objeto da presente Concessão (serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário) não depende de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, assim, não é possível sua utilização do previsto no art. 46, § 3º da Lei 8.666/93 para justificar o tipo licitatório adotado. (Grifamos)

(TCE/SP, TC-000406.989.23-6, TC-000457.989.23-4 e TC000580.989.23-4, rel. Silvia Monteiro, Tribunal Pleno, j.1º/03/2023)

Também vale transcrever o entendimento da Unidade Técnica do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, que, em seu Relatório Preliminar que o critério “técnica e preço” não está sujeito à escolha arbitrária do administrador público, em face da natureza dos serviços licitados:

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

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

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

Conclui-se então que o critério ‘técnica e preço’ foi adotado indevidamente no presente caso, não trazendo vantagens significativas ao processo, porém atraindo riscos desnecessários de uma contratação a preços menos vantajosos já que seria dado menos relevância ao critério ‘menor preço’”

(TCE/CE, Inspeção nº 34214/2023-4, Relatório Preliminar nº 105/2023)

(Destques acrescidos)

Do mesmo modo, convém destacar recente posicionamento da Unidade Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Goiás, que destacou a multiplicidade de empresas e profissionais no mercado de saneamento básico para atender as necessidades da administração pública e concessionárias, o que evidencia a maturidade do setor:

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

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

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

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

(TCE/GO, Processo n. 08845/23, Parecer n. 0021/2023 – CMECPPP, 08/12/2023).

(Destques acrescidos)

Outrossim, importante reproduzir o entendimento da Unidade Técnica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina que, além de reafirmar a inadequação da utilização do critério “técnica e preço” em concessões de serviços de água e esgoto, entendeu por se tratar de orientação recorrente aos seus jurisdicionados:

(...) a regra é que a licitação do tipo técnica e preço deve ser adotada apenas quando os serviços de natureza predominantemente intelectual compreenderem a maior parte do objeto que se pretende contratar. [...] Em se tratando de exames realizados por esta DLC com base na IN nº TC-022/2015, **este TCE já tem orientado os jurisdicionados, por meio de orientações técnicas, sobre a inadequação da tipologia ‘técnica e preço’ em concessões de serviços de água e esgoto**, conforme relatórios técnicos produzidos nos Processos nº @LCC 22/00554405: Prefeitura Municipal de Guaramirim e @LCC 20/00530278: Prefeitura Municipal de Palhoça e Decisão Singular: GAC/CFF - 1376/2020” (Grifamos) (Relatório DLC - 32/2023 – Ilhota/SC)

Por tudo isso, é forçoso reconhecer que a justificativa apresentada pelo Município de Barão de Cocais/MG não tem o condão de afastar a irregularidade na adoção do critério de julgamento que combina melhor técnica e menor tarifa para a disputa que precederá a concessão dos serviços de saneamento do município, motivo pelo qual esta Unidade Técnica mantém o seu entendimento pela **procedência** do apontamento ora em análise.

E aqui é consignar que, na visão desta Unidade Técnica, a utilização do mencionado critério de julgamento é capaz de prejudicar o certame, na medida em que, ultrapassado o momento da concorrência, não há mais como sanear tal inadequação e os efeitos da escolha desse critério de julgamento se concretizarão.

Tanto assim que esta Coordenadoria, no relatório de análise perfunctória de peça 12 do SGAP, manifestou-se pela suspensão do certame com base justamente nesse aspecto. Não obstante, diante da suspensão do edital pelo próprio município e, por conseguinte, subsistindo a possibilidade de retificação do Edital e/ou mitigação dos aspectos considerados irregulares, identificou-se que não estavam presentes os requisitos para concessão da cautelar e passou-se à análise exauriente da matéria.

E, nesse aspecto, não se pode esquecer que a matéria ainda é controvertida no âmbito deste Tribunal, não havendo um posicionamento consolidado em relação ao mérito do tema. Sobre esse tema, o TCE-MG, no julgamento do Agravo n. 1.144.840 referente à concessão do Município de Extrema/MG, entendeu que a utilização do critério técnica não configura irregularidade apta a fundamentar, em juízo cognitivo preliminar, a concessão de liminar para suspender a licitação. No entendimento desta Corte de Contas, **essa avaliação aprofundada quanto ao critério de seleção deve ocorrer quando do exame do mérito.**

Assim, esta Coordenadoria, alinhando-se aos posicionamentos desta Corte, exarados no Agravo nº 1.144.840 e Processo nº 1.144.836, manifestou que a 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 configuraria justa causa apta para a concessão de medida cautela para suspender a licitação, concluindo-se, em outras oportunidades, pelo **indeferimento do pleito cautelar formulado pela denunciante.**

Ocorre que, especificamente no caso em análise, essa conjectura mudou, na medida em que o Edital Republicado em vigor, desconsiderando as ponderações apresentadas por esta Unidade Técnica, optou por manter o critério de “técnica e tarifa”.

Com isso, **o não enfrentamento da questão em sede de cautelar prejudicará a análise de mérito do tema. É que, não sendo afastada a irregularidade após a defesa, os efeitos e prejuízos decorrentes da utilização desse critério terão se concretizado.**

Assim, vale ponderar que a suspensão cautelar do certame é a medida que se impõe quando identificado o risco de ineficácia da decisão de mérito, conforme prescreve o art. 121 do RITCEMG.

Art. 121. No exercício da fiscalização de procedimento licitatórios, o Tribunal, de ofício ou por meio de denúncia ou representação, poderá suspendê-lo cautelarmente, mediante decisão fundamentada, em qualquer fase, até a data da assinatura do respectivo contrato ou da entrega do bem ou do serviço, se houver fundado receio de grave lesão ao erário, fraude ou risco de ineficácia da decisão de mérito.

Com isso e considerando que a data aprazada para a abertura da sessão pública da licitação se avizinha, de modo que não há mais tempo hábil para o julgamento de mérito de forma a se determinar a adequação do edital quanto a esse ponto, esta Unidade Técnica passa a se manifestar novamente pela necessidade de **concessão da medida liminar**, a fim de que o Município de Barão de Cocais/MG **se abstenha de dar continuidade ao certame** até que seja promovida a alteração das minutas do edital e de seus anexos para adotar algum dos critérios de julgamento previstos no artigo 15 da Lei n. 8.987/95 que não incluam a avaliação de propostas técnicas, de forma a privilegiar a modicidade tarifaria e a própria promoção e a ampliação do serviço de saneamento básico.

4. CONCLUSÃO E PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Diante do exposto, considerando que estão reunidos nos autos elementos que justificam a **concessão de medida liminar**, com a determinação de suspensão da Concorrência Pública n. 001/2022, amparada no artigo 121 do Regimento Interno, esta Unidade Técnica propõe a intimação **com urgência** do Município de Barão de Cocais/MG, nas pessoas do Secretário Municipal de Obras e Saneamento, Douglas Aleixo Pena, e Secretário Municipal de Meio Ambiente, Davi Pessoa Guedes, subscritores do edital em exame, para **se absterem da prática de qualquer ato visando à continuidade do citado certame**.

Em caso de anulação ou revogação do certame em epígrafe, bem como de promoção e elaboração de novo edital de licitação com objeto idêntico ou similar ao ora analisado, comunicar a este Tribunal de Contas, remetendo sua cópia para exame, após a publicação.

À consideração superior.

CFCP, aos 05 de novembro de 2024.

Haroldo de Souza Brito
Analista de Controle Externo
TC 3629-1

Luciana Almeida de Assis
Analista de Controle Externo
TC 3484-1

Israel Freitas Moreira Giovannetti
Analista de Controle Externo
TC 3542-1

Romário Teles Rocha
Analista de Controle Externo
TC 3398-4

Jonas Vale Lara
Analista de Controle Externo
TC 3204-0

Rômulo José Soares Miranda
Analista de Controle Externo
TC 3565-1