

PROCESSO Nº: @PAP 23/80001094
UNIDADE GESTORA: Prefeitura Municipal de Ilhota
RESPONSÁVEL: Érico de Oliveira
INTERESSADOS: Prefeitura Municipal de Ilhota, Radamés Andrade Casseb, Yaroslav Memrava Neto
ASSUNTO: Supostas irregularidades no Edital da Concorrência Pública nº 005/2022 - concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Ilhota/SC
RELATOR: José Nei Alberton Ascari
UNIDADE TÉCNICA: Divisão 4 - DLC/CCON/DIV4
DECISÃO SINGULAR: GAC/JNA - 49/2023

Cuida-se de Procedimento Apuratório Preliminar instaurado com base em informações encaminhadas pela empresa AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 08.827.501/0001-58, comunicando supostas irregularidades no Edital de Concorrência Pública nº 005/2022 - PMI (Processo Licitatório nº 526/2022-PMI), lançado pela Administração Municipal de Ilhota, objetivando a outorga, ao cessionário, de concessão, pelo prazo de 30 (trinta) anos, para prestação de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em todo o território municipal, através da operação, manutenção e ampliação do sistema de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário de Ilhota.

A empresa aponta 30 (trinta) inconsistências como possíveis irregularidades no Edital:

- a. Ilegalidade pela ausência de ato justificativo da conveniência da outorga da concessão (fls. 17 e 18);
- b. Ilegalidade pela não submissão do edital para exame prévio deste Egrégio Tribunal de Contas do estado de Santa Catarina – ofensa à Instrução Normativa nº 0022/2015 (fls. 18 e 19);
- c. Violação à Lei Orgânica do Município: vedação expressa à concessão dos serviços públicos de água e esgoto (fls. 19 a 21);
- d. Ilegalidade da adoção do critério técnica e preço na concorrência pública nº 005/2022 (fls. 22 a 26);
- e. Ilegalidade dos critérios e da metodologia de avaliação das propostas técnicas (fls. 26 a 29);

- f. Ilegal desvirtuamento do critério de julgamento: insignificância da nota comercial (fls. 30 a 32);
- g. Ilegalidade decorrente do erro na indicação do valor estimado do contrato (fls. 32 e 33);
- h. Limitação indevida do número de consorciadas (fls. 33 e 34);
- i. Ilegalidade na obrigatoriedade de realização de visita técnica (fls. 34 a 36);
- j. Violação ao prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias decorrente da obrigatoriedade da realização de visita técnica (fls. 36 e 37);
- k. Ilegalidades relacionadas à Garantia de Proposta (fls. 37 a 39);
- l. Ilegalidade da exigência de pagamento da outorga fixa antes da assunção dos serviços (fl. 40);
- m. Ilegalidades relacionadas às exigências de qualificação técnica das licitantes (fls. 40 e 41);
- n. Vedação ilegal à participação de empresas em recuperação judicial (fls. 41 e 42);
- o. Ilegal exigência de autorização prévia para alteração do controle acionário (fl. 42);
- p. Ilegalidade da possibilidade de assunção do controle da concessionária por seus financiadores da concessionária sem a previsão da alternativa da administração temporária (fls. 42 e 43);
- q. Contradição e ilegalidade relativa à Área da Concessão - Cláusula 5.1 (fls. 43 e 44);
- r. Contradição e ilegalidade relativa ao Valor Estimado do Contrato – Cláusula 5.2 (fl. 44);
- s. Contradição e ilegalidade relativa a regras para Financiamento para execução do objeto do Contrato (fls. 44 e 45);
- t. Inconsistências relativas ao Termo de Recebimento dos Bens – Cláusula 10.5 (fl. 45);
- u. Da falta de previsão clara e expressa sobre direito de reequilíbrio - concomitante e mediante termo aditivo – em caso de alterações do PMSB (fls. 45 e 46);
- v. Inconsistência relativa à data de “efetiva operação” e insegurança jurídica dela recorrente, diante da falta de clareza sobre a data de início de cobrança das tarifas – cláusula 14 (fl. 46);
- w. Falta de previsão expressa sobre o plano de negócios como instrumento de partida para aferição do Equilíbrio Econômico - Financeiro da Concessão – Cláusula 18 (fl. 46);

- x. Inconsistências sobre as regras de reajuste tarifário – Cláusula 19 (fls. 46 e 47);
- y. Falta de previsão expressa sobre obrigação do Poder Concedente de garantir a conexão dos Usuários ao Sistema – Cláusula 23.1 (fl. 47);
- z. Inconsistência da regra de *step in rights* – cláusula 9.7 (fl. 47);
- aa. Limitação ilegal de hipóteses de subcontratação – Cláusula 24.3, a) (fls. 47 e 48);
- bb. Ilegalidade por ausência de previsão de regra de indenização em caso de extinção da Concessão – Cláusula 36.3 (fl. 48);
- cc. Ilegalidade por inobservância de regras de indenização estabelecidas pelo Novo Marco do Saneamento (fl. 48); e
- dd. Ilegalidade por falta de previsão do valor da taxa de regulação (fls. 48 e 49).

Requer, então, a suspensão cautelar do certame, com abertura prevista para o dia 20 de janeiro de 2023, às 9h.

A Diretoria de Licitações e Contratações, tendo como suporte as alterações trazidas pela Resolução TC nº 165/2020, que instituiu o procedimento de seletividade e alterou o Regimento Interno para dispor sobre o Procedimento Apuratório Preliminar, analisou o expediente e concluiu que a informação de irregularidade atendeu aos critérios de seletividade. Por meio do **Relatório DLC nº 32/2023** (fls. 232-249), a Área Técnica, em uma análise não exauriente acerca das inconsistências denunciadas, propõe a conversão do Procedimento Apuratório Preliminar em processo de Representação e sugere a concessão da cautelar diante das irregularidades flagrantemente configuradas. São os termos do relatório técnico:

3.1. CONSIDERAR atendidas as condições prévias para exame da seletividade do procedimento apuratório preliminar (PAP), nos termos do art. 6º da Resolução nº TC-0165/2020 (item 2.2. deste Relatório).

3.2. CONHECER DA REPRESENTAÇÃO, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 65 e 66 da Lei Complementar n.º 202/2000 c/c o art. 24 da Instrução Normativa n.º TC-21/2015.

3.3 DETERMINAR CAUTELARMENTE, ao Sr. Erico de Oliveira, Prefeito Municipal de Ilhota e subscritor do edital, inscrito no CPF sob n.º 291.364.239-04, com base no art. 114-A da Resolução n.º TC-06/2001 (Regimento Interno) c/c artigo 29 da Instrução Normativa n.º TC-021/2015, a **SUSTAÇÃO** do EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA N.º 005/2022 - PMI, lançado pela Administração Municipal de Ilhota objetivando a outorga, ao cessionário, de concessão, pelo prazo de 30 (trinta) anos, para prestação de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em todo o território municipal, através da operação, manutenção e ampliação do

sistema de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário de Ilhota - SC, na fase em que se encontra, até manifestação ulterior que revogue a medida *ex officio*, ou até a deliberação pelo Egrégio Tribunal Pleno, devendo a medida ser comprovada em até 05 (cinco) dias após a ciência da decisão singular, em face de:

3.3.1. Utilização do tipo de licitação técnica e preço em afronta ao disposto no art. 46 da Lei Federal n.º 8.666/93 (item 2.4.1 do presente Relatório); e

3.3.2. Critérios para avaliação das propostas técnicas em desacordo com os preceitos de objetividade, pertinência e adequabilidade previstos no inciso I, § 1º, art. 46 da Lei Federal n.º 8.666/93 (item 2.4.2 do presente Relatório)

3.4. RETORNAR os autos à DLC para a análise complementar do mérito da Representação, em função da existência de outras supostas irregularidades ainda não analisadas.

3.5. DAR CIÊNCIA ao Representante, à Administração Municipal de Ilhota, ao seu Controle Interno e à sua Procuradoria Jurídica.

Recebo os autos em redistribuição.

É o relato do essencial.

Como dito, cuida-se de Procedimento Apuratório Preliminar instaurado com base em informações encaminhadas pela empresa AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 08.827.501/0001-58, comunicando supostas irregularidades no Edital de Concorrência Pública nº 005/2022 - PMI (Processo Licitatório nº 526/2022-PMI), lançado pela Administração Municipal de Ilhota, objetivando a outorga, ao cessionário, de concessão, pelo prazo de 30 (trinta) anos, para prestação de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em todo o território municipal, através da operação, manutenção e ampliação do sistema de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário de Ilhota.

Inicialmente, vale destacar que esta Casa, com o objetivo de priorizar as ações de controle externo que estão alinhadas ao Planejamento Estratégico, às Diretrizes de Atuação do Controle Externo e aos recursos disponíveis, instituiu o procedimento de seletividade disposto na Resolução TC nº 165/2020.

Tal procedimento observará os critérios de relevância, risco, oportunidade, materialidade, gravidade, urgência e tendência, previstos na Portaria TC nº 156/2021.

Pelas novas regras, os expedientes com informações de irregularidades serão recebidos como Procedimento Apuratório Preliminar, passando por uma análise de **condições prévias** da seletividade, quais sejam: I – competência do TCE/SC para apreciar a matéria; II – referência a um objeto determinado e a uma situação-problema específica; e III – existência de elementos de convicção razoáveis quanto à presença de possíveis irregularidades (art. 6º da Resolução).

Atendidas essas condições, analisar-se-á a **seletividade** do Procedimento, observando-se os critérios de relevância, risco, oportunidade, materialidade, gravidade, urgência e tendência (art. 8º da Resolução).

Nesse sentido, a Portaria TC nº 156/2021 passou a definir os critérios e os pesos do procedimento de análise de seletividade, em duas etapas: I – apuração do **índice RROMa** - Relevância, Risco, Oportunidade e Materialidade; e II - aplicação da **Matriz GUT** - Gravidade, Urgência e Tendência (art. 2º da Portaria).

Para o caso dos autos, a Área Técnica entendeu que a matéria em discussão é de competência desta Corte de Contas, faz referência a um problema e existem elementos de convicção razoáveis quanto à presença de possíveis irregularidades, cumprindo assim o disposto no art. 6º da Resolução TC nº 165/2020.

Atendidas as condições prévias, o expediente foi submetido à análise de seletividade no que se refere ao índice RROMa (primeira etapa) – Relevância, Risco, Oportunidade e Materialidade, alcançando o somatório de 62,00 pontos, o que o qualificou para a próxima etapa de seletividade. Sendo submetido ao índice GUT (segunda etapa) - Gravidade, Urgência e Tendência, o expediente alcançou o somatório de 125,00 pontos, estando o Procedimento Apuratório Preliminar (PAP) apto a ser selecionado. Tudo isso nos termos da Portaria TC nº 156/2021, respeitadas as pontuações lá contidas para os correspondentes indicadores.

Por essa razão, a Área Técnica concluiu, acertadamente, ser o caso de conversão do presente procedimento em Representação, nos termos do art. 10, I, da Resolução TC nº 165/2022.

Passado o exame da seletividade, analisam-se os requisitos de admissibilidade da Representação.

Verifico, então, que o procedimento se refere à licitação lançada por entidade sujeita à jurisdição do Tribunal de Contas, está redigida em linguagem clara e objetiva, acompanhada de indício de prova de irregularidade e contém o nome legível e assinatura do representante, bem como consta o comprovante de inscrição do CNPJ e atos constitutivos, os documentos hábeis a demonstrar os poderes de representação e documento oficial com foto do representante da pessoa jurídica, exigências contidas no art. 24 da Instrução Normativa TC nº 021/2015 c/c art. 96 do Regimento Interno deste Tribunal (Resolução TC nº 06/2001).

Quanto ao mérito, dada a necessidade de uma análise célere diante do pedido cautelar, a Área Técnica pautou o seu estudo nas inconsistências com risco potencial de comprometer o interesse público e a seleção mais vantajosa à Administração.

De plano, a DLC entendeu como caracterizada a ilegalidade concernente na adoção do critério “técnica e preço” no Edital de Concorrência Pública nº 005/2022, o que afronta o disposto no art. 46 da Lei Federal n.º 8.666/93 (Lei de Licitações).

Ponderou que a utilização 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. Aduz, ainda, que este TCE já tem orientado os jurisdicionados sobre a inadequação da tipologia “técnica e preço” em concessões e serviços de água e esgoto, conforme Relatório DLC nº 978/2022 produzido no processo LCC nº 22/00554405, da Prefeitura Municipal de Guaramirim e Relatório DLC nº 459/2021 produzido no processo LCC nº 20/00530278, da Prefeitura Municipal de Palhoça.

Seguindo, a Diretoria Técnica entendeu como caracterizada a ilegalidade referente à utilização de critérios para avaliação das propostas técnicas em desacordo com os preceitos de objetividade, pertinência e adequabilidade previstos no inciso I, § 1º, art. 46 da Lei Federal nº 8.666/93.

Questiona-se a avaliação de propostas técnicas contendo subjetividade e cobrança de atestados de qualificação técnica da etapa de qualificação das empresas. Para a Área Técnica, de fato, há exigências de itens de qualificação técnica passíveis de pontuação na proposta técnica, bem como há previsão de avaliações subjetivas nos termos de “atendeu satisfatoriamente”, “atendeu parcialmente” e “não atendeu” na avaliação das propostas técnicas, sem regras objetivas para indicar cada situação.

Cabe o destaque trazido pela Diretoria Técnica acerca da jurisprudência do TCU:

Em licitações do tipo técnica e preço, o edital deve definir critérios objetivos para a gradação das notas a serem dadas a cada quesito da avaliação técnica, assim como distribuir a pontuação técnica de modo proporcional à relevância de cada quesito para a execução do objeto contratual, de forma a permitir o julgamento objetivo das propostas e evitar o estabelecimento de pontuação desarrazoada, limitadora da competitividade.

Sobre isso, a DLC aponta que as propostas técnicas serão avaliadas por atestados de serviços típicos do saneamento, o que não traria vantagens ou segregação entre proponentes com melhor ou pior proposta técnica, ao exemplo da exigência de assentamento de rede de água e assentamento de rede de esgoto.

Ante as irregularidades encontradas, a Diretoria Técnica encaminha-se pela sustação cautelar do certame. São as considerações:

As irregularidades até aqui analisadas possuem gravidade o suficiente para sugerir que o certame seja cautelarmente susinado, além disso, foram representadas diversas outras irregularidades que ainda dependem de análise.

Constatou-se que o presente objeto (saneamento - água e esgoto) não se faz compatível com a adoção do tipo de licitação técnica e preço, impondo restrições que, mesmo que legais para outros objetos, não se fazem pertinentes no presente momento uma vez haver um mercado amadurecido e compatível com licitações que classifiquem as propostas regulares pelo critério preço. Ademais, os próprios critérios de avaliação das propostas

técnicas não se fazem pertinentes, seja por baixa relevância, seja por subjetividade.

Ao impor desnecessariamente tal tipologia, que se demonstra mais restritiva pois voltada para objetos de natureza predominantemente intelectual, acaba-se por afastar potenciais competidores. Ao reduzir o número de possíveis competidores, reduz-se também os possíveis descontos ofertados, em um certamente sem conluio ou cartéis. A Administração Pública deve sempre buscar o número máximo possível de participantes, justamente para propiciar uma possibilidade maior de descontos e, conseqüentemente, maior economia aos cofres públicos. [...]

Diga-se que o art. 11 da Resolução nº TC-0165/2020 determina que “na hipótese de o PAP estar acompanhado de análise de medida cautelar, o órgão de controle deverá encaminhar manifestação sobre a presença ou não dos pressupostos de plausibilidade jurídica e do perigo da demora, sob a ótica exclusiva do interesse público, de modo a não comprometer a utilidade da medida requerida”. [...]

No caso, o *periculum in mora* se materializa, tendo em vista que a licitação está marcada para a data de 20.01.2023.

Já o *fumus boni iuris* se encontra caracterizado por meio das irregularidades constatadas nesta Instrução, conforme descrito neste Relatório (item 2.4.1 e 2.4.2), sem considerar a análise de mérito a ser feita, caso necessário, para as demais supostas irregularidades trazidas à baila, confirmando a existência de condições que representem risco de lesão ao erário e/ou a direito dos licitantes, além de ofensa ao princípio da legalidade, corroborando a presença de prova inequívoca da verossimilhança da alegação. Portanto, sugere-se, por estarem presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, a concessão da medida cautelar de sustação do Edital de Concorrência Pública N.º 005/2022 - PMI, lançado pela Administração Municipal de Ilhota.

Após analisar o que dos autos consta, coaduno com o parecer exarado pela Diretoria Técnica no sentido da necessidade de que este Tribunal determine, neste momento e cautelarmente, a sustação do edital em análise, uma vez que se encontram presentes os requisitos necessários para tal medida acautelatória.

Deste modo, considerando as justificativas expostas no **Relatório DLC nº 32/2023** (fls. 232-249), em um juízo sumário característico dessa fase processual, acolho os fundamentos da Diretoria de Controle de Licitações e Contratações, por entender que os apontamentos podem realmente comprometer o interesse público e a seleção mais vantajosa à Administração.

Ante o exposto, **decido**:

1. Considerar atendidos os critérios de seletividade do presente Procedimento Apuratório Preliminar instaurado com base em informações encaminhadas pela empresa AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF sob nº 08.827.501/0001-58, comunicando supostas irregularidades no Edital de Concorrência Pública nº 005/2022 - PMI (Processo Licitatório nº 526/2022–PMI), lançado pela Administração Municipal de Ilhota, objetivando a outorga de concessão, pelo prazo de 30 (trinta) anos, para prestação de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em todo o território municipal, através da operação, manutenção e ampliação do sistema de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, nos termos do art. 7º da Portaria TC nº 0156/2021 e do art. 10, inciso I, da Resolução TC nº 0165/2020.

2. Converter o Procedimento Apuratório Preliminar em processo de Representação, nos termos do art. 7º da Portaria TC nº 0156/2021 e do art. 10, inciso I, da Resolução TC nº 0165/2020.

3. Conhecer da Representação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos nos arts. 65 e 66 da Lei Complementar Estadual nº 202/2000 (Lei Orgânica TCE) c/c o art. 24 da Instrução Normativa TC nº 21/2015.

4. Determinar cautelarmente ao Sr. Erico de Oliveira, Prefeito Municipal de Ilhota e subscritor do edital, com base no art. 114-A da Resolução nº TC-06/2001 (Regimento Interno) c/c art. 29 da Instrução Normativa TC nº 21/2015, a **sustação** do Edital de Concorrência Pública nº 005/2022 - PMI, lançado pela Administração Municipal de Ilhota, objetivando a outorga de concessão, pelo prazo de 30 (trinta) anos, para prestação de serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário, em todo o território municipal, através da operação, manutenção e ampliação do sistema de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário de Ilhota, na fase em que se encontra, até manifestação ulterior que revogue a medida ex officio, ou até a deliberação pelo Egrégio Tribunal Pleno, devendo a medida ser comprovada **em até 05 (cinco) dias após a ciência da decisão singular**, em face de:

4.1 Utilização do tipo de licitação técnica e preço em afronta ao disposto no art. 46 da Lei Federal nº 8.666/93 – Lei de Licitações (item 2.4.1 do Relatório DLC nº 32/2023); e

4.2 Critérios para avaliação das propostas técnicas em desacordo com os preceitos de objetividade, pertinência e adequabilidade previstos no inciso I, § 1º, art. 46 da Lei Federal nº 8.666/93 (item 2.4.2 do Relatório DLC nº 32/2023).

5. Determinar o retorno dos autos à DLC para a análise complementar do mérito da Representação, em função da existência de outras supostas irregularidades ainda não analisadas.

6. Determinar à Secretaria Geral que:

6.1 Dê ciência desta Decisão aos Senhores Conselheiros e Auditores deste Tribunal, e demais providências regimentais; e

6.2 Dê ciência desta Decisão à empresa Representante, à Administração Municipal de Ilhota, ao seu Controle Interno e à sua Procuradoria Jurídica.

Publique-se.

Florianópolis, 19 de janeiro de 2023.

José Nei Alberton Ascari
Conselheiro