

| | |
|-------------------------|--|
| PROCESSO Nº: | @REP 23/80001094 |
| UNIDADE GESTORA: | Prefeitura Municipal de Ilhota |
| RESPONSÁVEL: | Érico de Oliveira |
| INTERESSADOS: | Prefeitura Municipal de Ilhota Alyne Cristina Debrassi Silva Luís Fernando Melcher e Maba Erika Spalding 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: | Gerson dos Santos Sicca |
| UNIDADE TÉCNICA: | Divisão 9 - DLC/CCON/DIV9 |
| RELATÓRIO Nº: | DLC - 547/2023 |

1. INTRODUÇÃO

Aegea Saneamento e Participações S.A., devidamente qualificada, ofereceu representação acerca de 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 concessão, pelo prazo de 30 (trinta) anos, da 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.

A contratação tem valor estimado de R\$ 123.777.349,00 (cento e vinte e três milhões setecentos e setenta e sete mil e trezentos e quarenta e nove reais), correspondente ao somatório dos investimentos projetados para todo o período. A sessão de abertura das propostas estava prevista para 20.01.2023, às 09h00min.

Importante ressaltar a existência de dois processos vinculados a estes autos, sendo um o @REC-23/00030602 e outro o @REP-23/80004000, cujos apontamentos já estão considerados neste processo, bem como nos relatórios.

Em exame inicial, este órgão de controle emanou o Relatório nº DLC-32/2023 (fls. 232 a 249), entendendo estarem preenchidos os critérios de seletividade e admissibilidade, opinando pela possibilidade de conversão dos autos

em Procedimento Apuratório Preliminar (PAP), em tipologia processual de representação.

Sobre as possíveis irregularidades, a DLC realizou análise de duas questões e entendeu estarem presentes motivos suficientes para a sustação cautelar do certame. Diga-se que devido ao exíguo prazo para realização da sessão de julgamento, corria-se o risco de não ser possível efetuar a análise de todas as 30 irregularidades apresentadas.

Após, o Exmo. Sr. Relator proferiu Decisão Singular nº GAC/JNA-49/2023 (fls. 253 a 262) acompanhando o parecer elaborado pela DLC, conhecendo da Representação e decidindo o seguinte:

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.

A SEG emitiu certidões de comunicação de Decisão (fl. 263 e 264), Ofícios de comunicação (fls. 265 a 273) constando Avisos de recebimento (fls. 276 a 285), certidão de publicação de Decisão (fl. 274) e, ainda, a certidão de ratificação da medida cautelar pelo Plenário deste TCE (fl. 275).

Consultando a página web da licitação¹, constata-se os documentos relacionados ao certame, tais como Edital, anexos e, também, cópia de pedidos de esclarecimento, respectivas respostas e, inclusive, impugnação apresentada em 05.01.2023 pela presente representante.

Verifica-se, também, que em 19.01.2023 o certame foi suspenso pela Administração: “Histórico de Atualizações - 19/01/2023, situação alterada para Suspenso Motivo: Devido a decisão do Tribunal de Contas”.

Os autos retornaram para esta DLC realizar o exame complementar das demais possíveis irregularidades apresentadas, conforme item 5 da Decisão Singular nº GAC/JNA-49/2023.

Em exame complementar e exaustivo dos apontamentos apresentados tanto neste @REP-23/80001094 como no @REP-23/80004000, a DLC emitiu o Relatório nº DLC-187/2023 (fls. 286 a 337), com o arrolamento de 24 supostas incongruências identificadas no edital de Concorrência Pública nº 005/2022, conforme segue:

- 3.3.1. Ausência de publicação pelo Município de ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo, previamente ao edital de licitação, em desatenção ao disposto no art. 5º da Lei (federal) nº 8.987/95 (item 2.3.1. deste Relatório);
- 3.3.2. Ausência do encaminhamento para fins de exame prévio da proposta de delegação na forma de concessão comum dos serviços públicos de saneamento básico do município de Ilhota, em violação ao disposto no art. 7º da Instrução Normativa nº 022/2015 (item 2.3.2. deste Relatório);
- 3.3.3. Violação ao disposto no §2º do art. 227 da Lei Orgânica Municipal de Ilhota, que veda a concessão, permissão ou autorização dos serviços públicos de água e esgoto (item 2.3.3. deste Relatório);
- 3.3.4. 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 nº DLC-32/2023);
- 3.3.5. 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 nº DLC-32/2023);
- 3.3.6. Adoção de irregular ponderação dos pesos atribuídos à proposta comercial e à proposta técnica, ante a ausência de justificativas, em desmotivado prejuízo da

¹ Disponível em: <<https://www.ilhota.sc.gov.br/licitacoes/index/detalhes/codMapaltem/41608/codLicitacao/218854>>. Acesso em 13/06/2023.

- modicidade tarifária e em desacordo com o §1º do art. 6º da Lei (federal) nº 8987/95 (item 2.3.6. deste Relatório);
- 3.3.7. Erro junto ao subitem 5.2. da minuta contratual ao definir que o valor estimado da contratação corresponde ao “ao somatório das projeções de receitas provenientes da cobrança de tarifas de água e de esgoto e da remuneração pelos serviços complementares”, enquanto o subitem 1.2. do Edital considerar a previsão de investimentos, em desatenção ao art. 40 da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.7. deste Relatório);
- 3.3.8. Ausência de justificativa no estabelecimento de limitação a até no máximo 2 (duas) empresas reunidas em consórcio, nos termos do subitem 3.1 do Edital, em violação ao disposto no inc. I do §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.8. deste Relatório);
- 3.3.9. Modelo atestado de visita (Anexo XIV) contendo indícios de que será realizada uma única visita técnica, em desacordo com a jurisprudência das Cortes de Contas, por sugerir o estabelecimento de vistoria simultânea mediante fixação de data e horário únicos, em desacordo com inciso I, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.9. deste Relatório);
- 3.3.10. Modelo atestado de visita (Anexo XIV) dedicado exclusivamente ao representante legal da empresa, não prevendo a possibilidade de que este indique um profissional capacitado para este fim, configurando exigência formal e desnecessária, em desacordo com inciso I, § 1º do art. 3º da Lei (federal) n.º 8.666/93 (item 2.3.9. deste Relatório);
- 3.3.11. Exigência de visita técnica com prazo para realização até 5 (cinco) dias úteis que antecedem a abertura do certame, o que se mostra exíguo, pois inferior ao período de publicidade do instrumento convocatório, contrariando o inc. III do art. 30 e violando o inc. I do §1º do art. 3º, ambos da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.10. deste Relatório);
- 3.3.12. Irregularidade na exigência de apresentação da garantia da proposta junto com Envelope nº 3 – Documento de Habilitação uma vez o estabelecimento de inversão das fases de julgamento do certame, em desatenção ao inc. III do art. 31 da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.11. deste Relatório);
- 3.3.13. Irregularidade na exigência de pagamento de outorga fixa no montante de R\$ 3.000.000,00, sendo a primeira parcela de R\$ 1.000.000,00 “a ser paga até 30 dias após a assinatura do contrato”, disposto no subitem 11.4 do Edital, em violação ao princípio da modicidade tarifária previsto no §1º do art. 6º da Lei (federal) nº 8.987/95 (item 2.3.12. deste Relatório);
- 3.3.14. Exigência de Documentação relativa ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia especificamente de Santa Catarina (CREA-SC) a título de qualificação técnica, configurando limitação territorial injustificada, em desacordo com inciso I, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.13. deste Relatório);
- 3.3.15. Restritivo a vedação a participação no certame de empresas em recuperação judicial, nos termos do subitem 12.4.5 do Edital, em desatenção ao disposto no inc. I do §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.14. deste Relatório);
- 3.3.16. Indevida previsão de que o “estatuto social da CONCESSIONÁRIA deverá contemplar cláusula que submeta a prévia autorização do CONCEDENTE qualquer alteração no controle societário da empresa, sob pena de declaração de caducidade da CONCESSÃO”, conforme subitem 23.5 do Edital, em desatenção ao disposto no art. 27 da Lei (federal) nº 8.987/95 e em violação ao art. 170 da CF/88 (item 2.3.15. deste Relatório);
- 3.3.17. Ausência da possibilidade de administração temporária da concessionária como opção à assunção do controle por seus financiadores ou garantidores, conforme subitem 23.8 do Edital, em desatenção ao art. 27-A da Lei (federal) nº 8.987/95 (item 2.3.16. deste Relatório);
- 3.3.18. Indevida exigência de que a concessionária deve pedir autorização prévia para o Poder Concedente antes de eventualmente “emitir debêntures, obrigações ou outros títulos de dívida similares que representem obrigações de sua responsabilidade, em favor de terceiros, para o financiamento das atividades decorrentes da CONCESSÃO”, nos termos da Cláusula 9.8 da minuta contratual, em desatenção ao disposto no art. 2º da Lei (federal) nº 12.431/11 (item 2.3.19. deste Relatório);

- 3.3.19. Ausência de regras para definir e orientar como será o procedimento a ser adotado até a assinatura do termo de recebimento dos bens, sendo importante haver segurança para as partes no que diz respeito à avaliação dos mesmos, em desacordo com inciso I, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.20. deste Relatório);
- 3.3.20. Ausência de objetividade a respeito do que a Administração entenderá como sendo “efetiva operação” para permitir que a futura contratada inicie as cobranças de tarifas, uma vez que a cláusula 14.1 da minuta contratual não se vale de nenhum parâmetro objetivo para tal definição, em desacordo com inciso I, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.22. deste Relatório);
- 3.3.21. Imprecisão na cláusula 19 da minuta contratual sobre as regras de reajuste das tarifas, uma vez que o Edital não define a ponderação de cada índice de reajuste a ser utilizado e também não fornece informações precisas sobre como a futura contratada deverá proceder para a definição de tais ponderações, em desacordo com inciso I, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.24. deste Relatório);
- 3.3.22. Ausência de cláusula na minuta contratual prevendo a metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato, em desatenção ao disposto no inc. III do art. 10-A da Lei (federal) nº 11.445/07 (item 2.3.28. deste Relatório);
- 3.3.23. Indevida previsão de pagamento parcelado da indenização devida à Concessionária, nos termos das Cláusulas 36.3; 39.8; 40.3; 41.3; 42.4, em desatenção a disposto no §5º do art. 42 da Lei (federal) nº 11.445/07 (item 2.3.29. deste Relatório); e
- 3.3.24. Alocação de risco de força maior nos casos de “Danos decorrentes de eventos inesperados não cobertos pelos seguros obrigatórios” ao parceiro Privado, em desacordo com inciso III, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.987/95, ainda, em dissonância com os artigos 65, inciso II, alínea “d” da Lei (federal) nº 8.666/93 e art. 133, inciso I da Lei (federal) nº 14.133/21 (item 2.3.38. deste Relatório).

De tal forma, entendeu-se que os apontamentos demandavam a apresentação de justificativas ou correções por parte dos Responsáveis, sugerindo a realização de audiência, o que restou autorizada pelo Exmo. Sr. Relator no Despacho nº GAC/JNA-257/2023 (fls. 338 a 339).

No que tange ao @REC-23/00030602, tratou-se de Recurso de Agravo interposto conta a Decisão Singular nº GAC/JNA-49/2023, que determinou a sustação cautelar do edital de Concorrência Pública nº 005/2022. Após exame de mérito, o Pleno desta Corte de Contas exarou a Decisão nº 418/2023 (fl. 31), conhecendo o recurso, mas negando-lhe provimento.

Após o encaminhamento das comunicações de praxe determinadas pelo Despacho nº GAC/JNA-257/2023 (ofícios às fls. 340-360, e avisos de recebimento às fls. 362-372), o Responsável, por meio do Procurador-Geral do Município, protocolou documentos e informações em resposta à audiência em 12.06.2023 (protocolo 18971/2023), constando os seus argumentos nas folhas 373 a 377 e documentos suporte nas folhas 378 a 676.

Passa-se, então, a analisar a resposta apresentada pelo Município a respeito dos 24 apontamentos anotados no Relatório nº DLC-187/2023.

2. ANÁLISE

2.1. Alegações de defesa e justificativas apresentadas pela Unidade Gestora a respeito dos 24 apontamentos (Despacho nº GAC/JNA-257/2023):

Em alegações iniciais, o Município informa “que o processo licitatório em questão foi precedido de completo estudo da situação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário” de ilhota, bem como a “apuração dos investimentos necessários para que se alcancem os índices desejados de atendimento” (fl. 373).

Assevera também que “no tocante ao edital e contrato utilizados, [...] valeu-se de edital que já foi utilizado em outras concessões dentro do Estado, partindo do pressuposto que, ao utilizar um modelo já conhecido, menores seriam os riscos de se apontar vícios no documento” (fl. 374).

Porém, complementa, após a decisão do TCESC “constatou-se o apontamento de inúmeros aspectos que demandariam modificações” (fl. 374). De modo que, com o intuito “de evitar qualquer espécie de questionamento”, bem como assegurar “a garantia dos investimentos necessários para a universalização dos serviços [...], com elevado grau de eficiência e qualidade, optou-se por acolher integralmente os apontamentos [...], modificando-se o edital para incluir ou modificar cada um dos pontos” (fl. 374).

Restaram, portanto, alterados “o edital, o termo de referência e a minuta do contrato” (fl. 375).

2.1.1. Ausência de publicação pelo Município de ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo, previamente ao edital de licitação, em desatenção ao disposto no art. 5º da Lei (federal) nº 8.987/95 (item 2.3.1. do Relatório nº DLC-187/2023):

Quanto a esta situação, o Responsável aduziu que a publicação pelo Município de ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão,

caracterizando seu objeto, área e prazo, previamente ao edital de licitação ocorreu no dia 25.10.2022, na Edição nº 4016 do Diário Oficial do Municípios de Santa Catarina (DOM/SC). Cópias foram juntadas às fls. 742-743.

Pelo exposto, entende-se por sanar o apontamento.

2.1.2. Ausência do encaminhamento para fins de exame prévio da proposta de delegação na forma de concessão comum dos serviços públicos de saneamento básico do município de Ilhota, em violação ao disposto no art. 7º da Instrução Normativa nº 022/2015 (item 2.3.2. do Relatório nº DLC-187/2023):

No que tange a este apontamento, o Responsável aduz que perdeu “seu objeto, como a necessidade de prévia submissão ao TCE, uma vez que, agora, não só houve tal submissão, como também todos os apontamentos do TCE foram acolhidos e agregados ao edital e seus anexos” (fl. 375).

De fato, é preciso dar razão a Representante, pois a ausência do envio dos atos preparatórios da delegação acabou por impedir a análise de questões importantes do futuro edital, como fluxo de caixa, matriz de risco, indicadores de qualidade. Pois, o exame acabou por ficar restrito às questões representadas.

Veja-se que a violação do art. 7º da Instrução Normativa nº 022/2015 poderia implicar ao gestor as cominações do art. 15 da referida norma, ao estabelecer que “o descumprimento das disposições contidas nesta Instrução Normativa poderá ensejar a aplicação de multa nos termos do art. 70, inciso VII, da Lei Complementar (estadual) n. 202/2000 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas)”.

Por sua vez, é preciso registrar que a verificação de tais aspectos poderá ocorrer após o encaminhamento do edital caso seja novamente publicado, por força da Instrução Normativa nº TC-021/2015.

Todavia, ainda que se pode sugerir pelo afastamento da irregularidade, é preciso anotar ao final que seja determinado à Unidade Gestora a observância obrigatória dos ditames da Instrução Normativa nº 022/2015.

2.1.3. Violação ao disposto no §2º do art. 227 da Lei Orgânica Municipal de Ilhota, que veda a concessão, permissão ou autorização dos serviços públicos de água e esgoto (item 2.3.3. do Relatório nº DLC-187/2023):

A respeito desta situação, o Gestor alegou “que o impeditivo previsto no art. 227 deixou de existir, uma vez que o dispositivo foi revogado”. De fato, constata-se que a Lei Orgânica Municipal foi profundamente alterada pela “Emenda à Lei Orgânica nº 01/2022”, cujo novo texto consta às fls. 677-741.

O art. 113 exara que “ao Município incumbe a prestação dos serviços públicos de sua competência”, estabelecendo o §1º que “a execução poderá ser delegada, precedida de licitação, nos regimes de concessão ou permissão”.

Tendo em vista que a proibição estabelecida pelo §2º do art. 227 da Lei Orgânica Municipal de Ilhota foi revogada, entende-se por afastar o apontamento.

2.1.4. 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 nº DLC-32/2023):

Quanto a esta questão, o Município alegou que alterou o critério de julgamento, passando a adotar “o menor preço” para classificar as propostas, “afastando-se automaticamente todas as críticas e questionamentos a respeito dos critérios de avaliação das propostas técnicas” (fl. 375).

De fato, constatando-se a minuta de edital apresentada (fls. 518-562), averigua-se já no preambulo “do tipo melhor proposta em razão do critério de menor valor da tarifa” (fl. 518). Portanto, entende-se por sanar a irregularidade.

Entrementes, constata-se que o ato convocatório precisa ser revisado em minucias, visto o subitem 4.1.30 ainda prever a “proposta técnica”, o que se entende por recomendar em sede de conclusão.

2.1.5. 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 nº DLC-32/2023):

Tendo em vista que o critério de julgamento foi modificado para menor tarifa, não se tratando mais de “técnica e preço”, entende-se que o apontamento perdeu o sentido, devendo ser afastado.

2.1.6. Adoção de irregular ponderação dos pesos atribuídos à proposta comercial e à proposta técnica, ante a ausência de justificativas, em desmotivado prejuízo da modicidade tarifária e em desacordo com o §1º do art. 6º da Lei (federal) nº 8987/95 (item 2.3.6. do Relatório nº DLC-187/2023):

Uma vez que o critério de julgamento foi modificado para menor tarifa, não se tratando mais de “técnica e preço”, entende-se que o apontamento perdeu o sentido, devendo ser afastado.

2.1.7. Erro junto ao subitem 5.2. da minuta contratual ao definir que o valor estimado da contratação corresponde ao “ao somatório das projeções de receitas provenientes da cobrança de tarifas de água e de esgoto e da remuneração pelos serviços complementares”, enquanto o subitem 1.2. do Edital considerar a previsão de investimentos, em desatenção ao art. 40 da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.7. do Relatório nº DLC-187/2023):

No que tange a esta questão, a Unidade Gestora afirmou que o valor total do contrato foi corrigido. Agora, tanto no subitem 1.2. do Edital, como no subitem 5.2. da minuta contratual, o valor estimado da contratação corresponde “à soma das receitas estimadas da Concessionária” (fls. 520 e 568).

Por tais razões se entende por sanar o apontamento.

2.1.8. Ausência de justificativa no estabelecimento de limitação a até no máximo 2 (duas) empresas reunidas em consórcio, nos termos do subitem 3.1 do Edital, em violação ao disposto no inc. I do §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.8. do Relatório nº DLC-187/2023):

Sobre esta ocorrência, o Município afirmou que “eliminou-se a limitação de empresas em consórcios” (fl. 375). Em exame ao subitem 3.1. do Edital, não consta mais a restrição para reunião de somente duas empresas para participação de modo consorciado.

Sendo assim, entende-se por sanar o apontamento.

2.1.9. Modelo atestado de visita (Anexo XIV) contendo indícios de que será realizada uma única visita técnica, em desacordo com a jurisprudência das Cortes de Contas, por sugerir o estabelecimento de vistoria simultânea mediante fixação de data e horário únicos, em desacordo com inciso I, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.9. do Relatório nº DLC-187/2023):

Com relação a este fato, o Responsável garantiu que o instrumento convocatório foi alterado tornando-se “a visita técnica facultativa” (fl. 375). Em exame a minuta apresentada, consta no subitem 7.4. que “a realização da visita técnica é facultativa dos interessados, não sendo condição necessária à participação” na licitação (fl. 528).

Quanto ao Anexo XIV, foi substituído por uma “declaração de conhecimento das informações e das condições”, junto ao Anexo IX (fl. 661). Tendo em vista as alterações promovidas, entende-se por sanar o apontamento.

2.1.10. Modelo atestado de visita (Anexo XIV) dedicado exclusivamente ao representante legal da empresa, não prevendo a possibilidade de que este indique um profissional capacitado para este fim, configurando exigência formal e desnecessária, em desacordo com inciso I, § 1º do art. 3º da Lei (federal) n.º 8.666/93 (item 2.3.9. do Relatório nº DLC-187/2023):

A respeito deste episódio, o Responsável garantiu que o instrumento convocatório foi alterado tornando-se “a visita técnica facultativa” (fl. 375). Em exame a minuta apresentada, consta no subitem 7.2.2. que “os interessados poderão indicar até 6 (seis) pessoas para participar da visita técnica” (fl. 528). Uma vez as modificações promovidas, entende-se por sanar o apontamento.

2.1.11. Exigência de visita técnica com prazo para realização até 5 (cinco) dias úteis que antecedem a abertura do certame, o que se mostra exíguo, pois inferior ao período de publicidade do instrumento convocatório, contrariando o inc. III do art. 30 e violando o inc. I do §1º do art. 3º, ambos da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.10. do Relatório nº DLC-187/2023):

Conforme asseverado nos dois subitens antecedentes, a Unidade Gestora afiançou que o instrumento convocatório foi alterado tornando-se “a visita técnica facultativa” (fl. 375), o que de fato restou demonstrado no subitem 7.4.

Ainda que facultativa, o prazo para a sua realização foi alterado, uma vez que o subitem 7.3. estabelece que a visita técnica iniciará “1 (um) dia útil após a publicação do presente Edital até 1 (um) dia útil anterior a sessão pública de concorrência” (fl. 528).

As alterações promovidas atendem o que era necessário a devida correção, devendo o apontamento ser sanado.

2.1.12. Irregularidade na exigência de apresentação da garantia da proposta junto com Envelope nº 3 – Documento de Habilitação uma vez o estabelecimento de inversão das fases de julgamento do certame, em desatenção ao inc. III do art. 31 da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.11. do Relatório nº DLC-187/2023):

No que tange a esta questão, constata-se que o ato convocatório foi modificado, constando no subitem 8.2.2. que o comprovante do recolhimento da garantia da proposta deverá ser “apresentado dentro do ENVOLOPE 01 (DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO)” (fl. 529).

Logo, ajustado o edital, entende-se por sanar o apontamento.

2.1.13. Irregularidade na exigência de pagamento de outorga fixa no montante de R\$ 3.000.000,00, sendo a primeira parcela de R\$ 1.000.000,00 “a ser paga até 30 dias após a assinatura do contrato”, disposto no subitem 11.4 do Edital, em violação ao princípio da modicidade tarifária previsto no §1º do art. 6º da Lei (federal) nº 8.987/95 (item 2.3.12. do Relatório nº DLC-187/2023):

A respeito deste ato apontado, averigua-se que ainda permanece a exigência de pagamento de outorga fixa no montante de R\$ 3.000.000,00. No entanto, o prazo para pagamento da primeira parcela deixou de ser “até 30 dias após a assinatura do contrato”, para “até 30 dias úteis após a concreta e definitiva

assunção dos serviços públicos concedidos, da segunda até décima primeira serão pagas a cada 12 meses no valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) cada”, nos termos do subitem 10.4. (fl. 531).

Relembre-se que o apontamento teve como fundamento ofensa ao princípio da modicidade tarifária, e não com as condições para o pagamento da outorga fixa. Portanto, a incongruência ainda permanece, ainda que não possa se afirmar tratar-se de uma irregularidade grave.

Conforme demonstrado no subitem 2.3.12. do Relatório nº DLC-187/2023, o pagamento de outorga será computado no fluxo de caixa da concessão, consistindo num custo a ser pago pelo usuário mediante a tarifa de água e esgoto para utilização do serviço.

Por tais razões, entende-se que a manutenção da exigência de pagamento de outorga fixa não implica na manutenção da sustação cautelar, mas deve gerar uma recomendação à Unidade Gestora para que avalie o relançamento do edital sem a exigência, uma vez impactar na tarifa estabelecida em projeto.

2.1.14. Exigência de Documentação relativa ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia especificamente de Santa Catarina (CREA-SC) a título de qualificação técnica, configurando limitação territorial injustificada, em desacordo com inciso I, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.13. do Relatório nº DLC-187/2023):

Sobre este ponto, verifica-se que os dispositivos a respeito da qualificação técnica foram adaptados, de tal modo que o subitem 12.3.2. traz como exigência o “certificado de registro da pessoa jurídica junto ao Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia – CREA, compatível com o objeto da licitação” (fl. 537).

Agora, ajustado o edital, entende-se por sanar o apontamento.

2.1.15. Restritivo a vedação a participação no certame de empresas em recuperação judicial, nos termos do subitem 12.4.5 do Edital, em desatenção ao disposto no inc. I do §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.14. do Relatório nº DLC-187/2023):

Quanto ao tema deste tópico, o subitem 12.4.5. foi modificado, passando o novo subitem 12.4.5.2. da minuta apresentada conter a seguinte orientação: “Em caso de a certidão apresentada ser positiva para recuperação judicial, será necessária a comprovação de aprovação de plano de recuperação judicial homologado pelo juízo competente e sua devida execução” (fl. 540).

Desta feita, procedida a devida alteração no ato convocatório, entende-se por sanar o apontamento.

2.1.16. Indevida previsão de que o “estatuto social da CONCESSIONÁRIA deverá contemplar cláusula que submeta a prévia autorização do CONCEDENTE qualquer alteração no controle societário da empresa, sob pena de declaração de caducidade da CONCESSÃO”, conforme subitem 23.5 do Edital, em desatenção ao disposto no art. 27 da Lei (federal) nº 8.987/95 e em violação ao art. 170 da CF/88 (item 2.3.15. do Relatório nº DLC-187/2023):

No que tange a este assunto, o edital foi alterado, de tal sorte que consta na minuta apresentada o subitem 21.11., informando que “o estatuto social da CONCESSIONÁRIA deverá estabelecer que esta fica impedida de contrair empréstimos ou obrigações estranhas a seu objeto social ou cujos prazos de amortização excedam o termo final do CONTRATO” (fl. 549).

Assim sendo realizada alteração no ato convocatório, entende-se por sanar o apontamento.

2.1.17. Ausência da possibilidade de administração temporária da concessionária como opção à assunção do controle por seus financiadores ou garantidores, conforme subitem 23.8 do Edital, em desatenção ao art. 27-A da Lei (federal) nº 8.987/95 (item 2.3.16. do Relatório nº DLC-187/2023):

A respeito deste ato, o instrumento convocatório foi modificado, passando a constar o subitem 21.7., com os seguintes dizeres (fls. 548-549):

21.7. Para fins de assegurar e garantir a continuidade da prestação do SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO e para promoção da reestruturação financeira da CONCESSIONÁRIA, o

poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, desde que cumpram todas as cláusulas do CONTRATO, bem como as exigências de regularidade jurídica e fiscal, necessárias à assunção do SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO.

Portanto, após as complementações realizadas na minuta apresentada pela Unidade Gestora, entende-se por sanar o apontamento.

2.1.18. Indevida exigência de que a concessionária deve pedir autorização prévia para o Poder Concedente antes de eventualmente “emitir debêntures, obrigações ou outros títulos de dívida similares que representem obrigações de sua responsabilidade, em favor de terceiros, para o financiamento das atividades decorrentes da CONCESSÃO”, nos termos da Cláusula 9.8 da minuta contratual, em desatenção ao disposto no art. 2º da Lei (federal) nº 12.431/11 (item 2.3.19. do Relatório nº DLC-187/2023):

Sobre este ponto, em exame ao instrumento convocatório retificado apresentado, constata-se que a exigência foi suprimida, uma vez que o subitem 21.9. estabelece que “a CONCESSIONÁRIA poderá emitir obrigações, debêntures ou títulos financeiros similares que representem obrigações de sua responsabilidade, em favor de terceiros, para o financiamento das atividades decorrentes da CONCESSÃO” (fl. 549).

Destarte, uma vez que os ajustes empreendidos atendem as determinações emanadas, entende-se por sanar o apontamento.

2.1.19. Ausência de regras para definir e orientar como será o procedimento a ser adotado até a assinatura do termo de recebimento dos bens, sendo importante haver segurança para as partes no que diz respeito à avaliação dos mesmos, em desacordo com inciso I, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.20. do Relatório nº DLC-187/2023):

Quanto ao tema deste tópico, a minuta do contrato a ser celebrado entre as partes foi ajustada, passando a constar o seguinte regramento quanto ao procedimento para recebimento dos bens da concessão, conforme segue (fl. 572):

10.5. Na data de assunção do SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO, as PARTES deverão assinar o Termo Provisório do Recebimento dos Bens, que relacionará todos os bens afetos à CONCESSÃO, que serão entregues pelo CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA.

10.5.1. O Termo Definitivo do Recebimento dos bens, se dará no prazo 90 (noventa) dias, após avaliação e homologação da Agência Reguladora.

10.6. O CONCEDENTE obriga-se a entregar os bens afetos à CONCESSÃO inteiramente livres e desembaraçados de quaisquer ônus ou encargos.

Ou seja, antes do recebimento definitivo, foi estabelecida uma etapa de recebimento provisório, momento em que será possível ao contratado indicar eventual reserva, recusa e/ou revisão do referido termo de recebimento dos bens, conforme alertado pela Representante.

Desta forma, entende-se que o apontamento foi sanado pela Administração.

2.1.20. Ausência de objetividade a respeito do que a Administração entenderá como sendo “efetiva operação” para permitir que a futura contratada inicie as cobranças de tarifas, uma vez que a cláusula 14.1 da minuta contratual não se vale de nenhum parâmetro objetivo para tal definição, em desacordo com inciso I, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.22. do Relatório nº DLC-187/2023):

A respeito do momento em que a contratada poderá iniciar a cobrança das tarifas, o subitem 25.6. a minuta de edital apresentada, ressalta que (fl. 553):

25.6. Sobre a data do INÍCIO DA COBRANÇA DA TARIFA, vale ressaltar que a CONCESSIONÁRIA, em conformidade com o que dispõe o CONTRATO e, a partir da data da ORDEM DE SERVIÇO, poderá cobrar diretamente dos usuários localizados na ÁREA DE CONCESSÃO a respectiva TARIFA pelo SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA POTÁVEL E ESGOTAMENTO SANITÁRIO prestado, bem como pela prestação de SERVIÇOS COMPLEMENTARES

No mesmo sentido é o disposto na Cláusula Décima Quarta – Do início da cobrança das tarifas, do dispor no subitem 14.1. que “a CONCESSIONÁRIA poderá iniciar a cobrança das TARIFAS dos USUÁRIOS tão logo receba a ORDEM

DE SERVIÇO que será emitida pelo PODER CONCEDENTE em até 15 (quinze) dias após a data de assinatura do CONTRATO” (fl. 574).

Ou seja, será a emissão da ordem de serviço o marco temporal para início da cobrança de tarifas pela futura contratada, entendendo-se que os ajustes sanaram o apontamento.

2.1.21. Imprecisão na cláusula 19 da minuta contratual sobre as regras de reajuste das tarifas, uma vez que o Edital não define a ponderação de cada índice de reajuste a ser utilizado e não fornece informações precisas sobre como a futura contratada deverá proceder para a definição de tais ponderações, em desacordo com inciso I, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.666/93 (item 2.3.24. do Relatório nº DLC-187/2023):

No que tange a este tópico, a Cláusula Décima Nona – Do reajuste, recebeu um novo regramento, passando a definir a ponderação de cada índice de reajuste a ser utilizado, bem como fornecendo informações sobre como a futura contratada deverá proceder para realização dos cálculos relativos aos reajustes anuais.

Veja-se, por exemplo, o disposto no subitem 19.2.: O REAJUSTE das TARIFAS será de acordo com a equação para o cálculo do IRT – Índice de Reajuste de Tarifas, que é a seguinte: $IRT = P1 (INPCi/INPC0) + P2 (IGP-DIi/IGP-DI0) + P3 (IEEi/IEE0) + P4 (IGP-DIi/IGP-DI0) + P5 (INCCi/INCC0)$.

Em seguida o documento descreve cada fator de ponderação, atribuindo importância e peso na fórmula matemática do reajuste. Desta feita, procedidas as devidas alterações, entende-se por considerar sanado o apontamento.

2.1.22. Ausência de cláusula na minuta contratual prevendo a metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato, em desatenção ao disposto no inc. III do art. 10-A da Lei (federal) nº 11.445/07 (item 2.3.28. do Relatório nº DLC-187/2023):

Sobre este ponto, constata-se que a minuta contratual permanece omissa em prever metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato, em desatenção ao disposto no inc. III do art. 10-A da Lei (federal) nº 11.445/07.

Conforme asseverado no Relatório nº DLC-187/2023, o inc. III do art. 10-A da Lei (federal) nº 11.445/07 expressamente exige, como cláusula obrigatória, “a “metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato” [...].

Neste sentido, e para que o Edital possa ser republicado, entende-se necessário determinar ao Responsável para que preveja na minuta contratual metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato, em atenção ao disposto no inc. III do art. 10-A da Lei (federal) nº 11.445/07.

2.1.23. Indevida previsão de pagamento parcelado da indenização devida à Concessionária, nos termos das Cláusulas 36.3; 39.8; 40.3; 41.3; 42.4, em desatenção a disposto no §5º do art. 42 da Lei (federal) nº 11.445/07 (item 2.3.29. do Relatório nº DLC-187/2023):

Quanto ao tema deste apontamento, constata-se que a minuta contratual foi alterada, passando a constar que o pagamento de indenização em hipótese devida à concessionária deverá ocorrer “em uma única vez” (subitem 39.10., fl. 614; subitem 40.5., fl. 615; subitem 41.5., fl. 616; subitem 42.5., fl. 617; e subitem 44.8., fl. 621).

Portanto, após as devidas alterações, entendem-se que o questionamento pode ser sanado.

2.1.24. Alocação de risco de força maior nos casos de “Danos decorrentes de eventos inesperados não cobertos pelos seguros obrigatórios” ao parceiro Privado, em desacordo com inciso III, §1º do art. 3º da Lei (federal) nº 8.987/95, ainda, em dissonância com os artigos 65, inciso II, alínea “d” da Lei (federal) nº 8.666/93 e art. 133, inciso I da Lei (federal) nº 14.133/21 (item 2.3.38. do Relatório nº DLC-187/2023):

A respeito desta última situação, em exame a Matriz de Riscos (fls. 664-669), consta que o risco do tipo “força maior”, no evento “danos decorrentes de eventos inesperados não cobertos pelos seguros obrigatórios” está alocado objetivamente ao parceiro público (fl. 669).

Efetuada as devidas modificações, é possível sanar o apontamento.

Após o exame das justificativas apresentadas averigua-se que o Município realizou os devidos e necessários ajustes no edital de licitação, no termo de referência, na minuta contratual e nos anexos relativos à matriz de risco.

Desta feita, entende-se pelo seguimento do certame, com a revogação da medida cautelar determinada pela Decisão Singular nº GAC/JNA-49/2023 e a republicação do instrumento convocatório.

3. CONCLUSÃO

Considerando que foi conhecida Representação contra supostas irregularidades no edital de Concorrência Pública nº 005/2022, de Ilhota, para a concessão, pelo prazo de 30 (trinta) anos, da prestação do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário;

Considerando que a Decisão Singular nº GAC/JNA-49/2023 determinou a sustação cautelar do certame, o que foi atendido pela Unidade Gestora;

Considerando que se encontra vinculado o processo @REP-23/80004000 e o @REC-23/00030602; e

Considerando que após a determinação de audiência pela constatação de 24 apontamentos, a Unidade Gestora apresentou justificativas e realizou as devidas alterações e ajustes do ato convocatório.

A Diretoria de Licitações e Contratações sugere ao Exmo. Sr. Conselheiro Substituto Relator Gerson dos Santos Sicca:

3.1. CONHECER o Relatório nº DLC-547/2023, que por força da audiência determinada pelo Despacho nº GAC/JNA-257/2023, realizou o exame das justificativas apresentadas pelo Responsável a respeito dos 24 apontamentos junto

ao edital de Concorrência Pública nº 005/2022, para a concessão da prestação do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Ilhota.

3.2. REVOGAR a medida cautelar proferida na Decisão Singular nº GAC/JNA-49/2023, que sustou o seguimento do edital de Concorrência Pública nº 005/2022, para a concessão da prestação do serviço público de abastecimento de água e esgotamento sanitário de Ilhota.

3.3. DETERMINAR ao sr. Erico de Oliveira, Prefeito Municipal de Ilhota e subscritor do Edital, inscrito no CPF/ME sob o nº 291.364.239-04, para que:

3.3.1. Em eventual futura republicação do edital, encaminhe os documentos a esta Corte de Contas, nos termos da Instrução Normativa nº TC-021/2015.

3.3.2. Atenda as exigências da Instrução Normativa nº 022/2015, quando pretender publicar edital de concessão ou parceria público-privada (PPP) para delegação de serviços ou equipamentos públicos (subitem 2.1.2. do Relatório nº DLC-547/2023);

3.3.3. Revise em minucias o Edital antes de sua eventual futura republicação, visto o subitem 4.1.30. ainda prever a “proposta técnica”, excluída na nova versão apresentada (subitem 2.1.4. do Relatório nº DLC-547/2023);

3.3.4. Avalie o impacto no valor das tarifas a serem pagas pelos usuários do serviço de saneamento a exigência de outorga fixa no valor de R\$ 3.000.000,00 (três milhões) para fins de assinatura do contrato, em prestígio ao princípio da modicidade tarifária estabelecida no §1º do art. 6º da Lei (federal) nº 8.987 (subitem 2.1.13. do Relatório nº DLC-547/2023); e

3.3.5. Faça constar na minuta contratual metodologia de cálculo de eventual indenização relativa aos bens reversíveis não amortizados por ocasião da extinção do contrato, em atenção ao disposto no inc. III do art. 10-A da Lei (federal) nº 11.445/07 (subitem 2.1.22. do Relatório nº DLC-547/2023).

3.4. RECOMENDAR ao sr. Erico de Oliveira, Prefeito Municipal de Ilhota e subscritor do edital, inscrito no CPF/ME sob o nº 291.364.239-04, para que:

3.4.1. Em eventual futura republicação do edital, e em outras contratações públicas, adote período razoável e suficiente para que interessados possam contribuir com os documentos da pretendida concessão, tanto mediante a realização de consulta pública como de audiência pública (subitem 2.2.31. do Relatório nº DLC-187/2023); e

3.4.2. Em eventual futura republicação do edital, todos os documentos relacionados a licitação devem estar disponíveis de forma eletrônica logo após a publicação (subitem 2.2.31. do Relatório nº DLC-187/2023).

3.5. Após a análise do Ministério Público de Contas, determinar o **ARQUIVAMENTO** dos autos.

3.6. DAR CIÊNCIA deste Relatório e da Decisão aos Representantes (@REP 23/80001094 e @REP-23/80004000 (vinculado)), aos Responsáveis e ao órgão de controle interno do município de Ilhota.

É o Relatório.

Diretoria de Licitações e Contratações, em 29 de junho de 2023.

AZOR EL ACHKAR

Auditor Fiscal de Controle Externo

IGOR GUADAGNIN

Auditor Fiscal de Controle Externo

ROGERIO LOCH

Coordenador

De acordo:

Encaminhem-se os autos à elevada consideração do Exmo. Sr. Conselheiro Substituto Relator Gerson dos Santos Sicca.

CAROLINE DE SOUZA

Diretora