

DECISÃO MONOCRÁTICA

PROCESSO: TCE-RJ 250.161-6/22
ORIGEM: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA
NATUREZA: REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO
ASSUNTO: EM FACE DA CONCORRÊNCIA PÚBLICA N. 090/2022, PROMOVIDA PELO MUNICÍPIO DE SANTO ANTÔNIO DE PÁDUA
INTERESSADO: CONASA INFRAESTRUTURA S.A. (JOEL DE MENEZES NIEBUHR – OAB/SC 12.639 / CAUÊ VECCHIA LUZIA – OAB/SC 20.219)

Trata-se de Representação deflagrada pela pessoa jurídica Conasa Infraestrutura S.A., qualificada nos autos, com narrativa de irregularidades contidas no Edital de Concorrência Pública nº 090/2022, cujo objeto é a *“concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário e serviços complementares na área da concessão, pelo prazo de trinta anos, por meio da exploração das infraestruturas integrantes do sistema”*, no valor estimado de R\$ 798.260.993,64 (setecentos e noventa e oito milhões, duzentos e sessenta mil, novecentos e noventa e três reais e sessenta e quatro centavos), com pedido de **deferimento de tutela provisória para suspensão do certame, agendado para o dia 05/01/2023.**

A Representante sustenta que há erros básicos e primários no Edital e que a Concorrência em questão sucede a Concorrência Pública n. 056/2019, com o mesmo objeto e cujo edital teria sido declarado ilegal por esta Corte nos autos do processo TCE-RJ nº. 243.387-2/19 (submissão voluntária do edital pelo Município) e das Representações nº. 243.862-2/19 (formulada pela Representante) e nº. 244.007-1/19 (formulada pela empresa Saneamento Ambiental Águas do Brasil S/A).

Indica que nos referidos processos foram determinadas diversas alterações a serem providenciadas pelo Município, porém, os mesmos equívocos estariam sendo cometidos pelo Município nesta oportunidade.

De maneira específica, são apontados os seguintes vícios:

- (i) O Edital não prescreve as metas de desempenho, contrariando disposição expressa dos artigos 10-A e 11 da Lei n. 11.445/2007, além do inciso III do artigo 23 da Lei n. 8.987/1995. O Anexo IV do Edital não apresenta quais são as metas de indicadores de desempenho que a Concessionária deve atender a cada ano da concessão – apresenta tão somente um quadro em branco, sem as metas efetivas a serem cumpridas ano a ano. A ausência de metas de desempenho é ainda mais grave

porque haverá redução da tarifa em caso do não atendimento dos indicadores (Cláusula 26.1.4 do Contrato – Anexo I), porém os licitantes não sabem quais são essas metas a serem cumpridas, o que caracteriza insegurança jurídica e prejudica a formulação das propostas;

- (ii) O Edital também não apresenta estrutura tarifária e relação de serviços complementares, em afronta ao artigo 10-A da Lei n. 11.445/2007 e ao inciso VI do artigo 18 e ao inciso IV do artigo 23 da Lei n. 8.987/1995. O Anexo VII do Edital – Estrutura Tarifária e Serviços Complementares afirma que caberá à Concessionária apresentar nova estrutura tarifária, incluindo tarifa social, bem como relação de serviços complementares. Ainda, no que tange às receitas complementares, a Cláusula 26.13.1 do Contrato (Anexo I) prevê a repartição das receitas adicionais (complementares) obtidas pela Concessionária com o Município, sem qualquer justificativa para tanto. Conforme o Edital, ao invés de as receitas complementares serem empregadas para melhora dos serviços e da otimização dos investimentos ou da redução das tarifas elas devem ser empregadas, pelo menos 25% delas, para engordar o caixa da municipalidade;
- (iii) O Edital prevê uma suposta “outorga variável”, mencionada de passagem nas Cláusulas 32.8.2 e 39.2.5 do Contrato (Anexo I). O Anexo IX do Edital menciona também que a Concessionária deve possuir conta bancária para a “outorga variável”. No entanto, não há qualquer especificação sobre o que significa a “outorga variável”, qual é o seu valor, como será calculada e qual a justificativa para sua existência. Nem mesmo a Cláusula 8 do Contrato, que trata da outorga em si, cita a sua existência, tratando somente da outorga paga no ato da assinatura do contrato e após a emissão do termo de transferência do sistema;
- (iv) O Edital não apresenta as normas de regulação dos serviços de saneamento básico para o Município, em ofensa ao § 2º do artigo 11 da Lei nº 11.445/2007;
- (v) A Cláusula 25.7 do Contrato (Anexo I) condiciona a aplicação de redutores de tarifa por descumprimento dos indicadores de desempenho por parte da Concessionária à contratação do “Verificador Independente”, o que sustenta ser ilegal e contra o princípio da modicidade tarifária. Alega que o “Verificador Independente” exercerá diretamente poder de polícia sobre a concessão e, para complementar, o Edital não explica como será essa redução, o que gera insegurança jurídica;

-
- (vi) O Edital prevê taxa de regulação em montante excessivo, correspondente a 4,2% da receita corrente líquida da Concessionária, conforme Cláusula 20.7 do Contrato (Anexo I). Alega que esta Corte já havia questionado o Município sobre tal montante na Concorrência Pública n. 056/2019, exigindo que ele informasse “a metodologia de cálculo empreendido para fixação do valor da taxa de regulação (4% do valor bruto mensal faturado). Aduz que o Município não informou o embasamento deste percentual para a Concorrência Pública n. 090/2022 e ele destoa da prática de mercado – veja-se que a Agência Reguladora dos Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro (ARSERJ) cobra taxa de regulação de 0,5% das receitas auferidas pelas concessionárias, segundo o § 2º do artigo 65 da Lei Estadual n. 9.841/2022;
- (vii) O item 8 do Edital afirma que existem dados, estudos, materiais e informações publicados pelo Município em seu site sobre o objeto da concessão que “*possuem caráter meramente informativo e referencial*” e que cabe aos licitantes “*a responsabilidade de promover a análise completa de todas as condições e informações necessárias para a apresentação das respectivas propostas comerciais*”. O problema é que o Município não especifica que dados, estudos, materiais e informações são estes. Por óbvio, caso elas sejam pertinentes ou possam afetar a formulação das propostas, deveriam constar obrigatoriamente do Edital, em atenção ao dever de definição precisa do objeto licitado (inciso IX do artigo 6º, § 4º do artigo 7º e incisos I e II do § 2º do artigo 40 da Lei n. 8.666/1993), sendo descabido que os licitantes realizem estudos próprios para a definição do objeto licitado ou que tenham que procurar e descobrir, por sua conta, documentos públicos atinentes à concessão;
- (viii) O item 21.11.3 do Edital exige que os licitantes apresentem atestados de capacidade técnica comprovando experiência tão somente na operação de sistemas de abastecimento de água, não exigindo experiência prévia na operação de sistemas de esgotamento sanitário, parcela relevantíssima do objeto licitado. Por outro lado, o Edital exige atestados de capacidade técnica específicos para serviços de menor relevância, como a gestão de leitura de hidrômetros e cobranças, fornecimento de tubulação para abastecimento de água e recomposição de pavimentos. Destaca neste ponto que o serviço de esgotamento sanitário é o mais relevante e sensível do contrato que o Município pretende firmar, pois o Município não possui rede de esgotamento sanitário (Volume 4 do Plano Municipal de Saneamento Básico) e

deverá atingir 90% de cobertura até o ano de 2033, como exige o artigo 11-B da Lei n. 11.445/2007;

- (ix) Alega que ao analisar o Edital da Concorrência Pública n. 056/2019, esta Corte teria identificado que os quantitativos mínimos eram desproporcionais e exigiu esclarecimentos por parte do Município. Porém, o Município, na nova licitação, resolveu inovar e não apresentou qualquer quantitativo mínimo, o que inviabiliza a análise das propostas e contraria o inciso II do artigo 30 da Lei n. 8.666/1993. Nesse sentido, o Edital não especifica a dimensão do sistema de abastecimento de água sobre os quais os atestados de capacidade técnica devem versar. Não há indicação do número mínimo de habitantes atendidos, estruturas que a empresa deve saber gerir, extensão de rede que deve ser implantada, entre outras informações relevantes. Pela dicção do Edital, não há distinção entre atender uma cidade de 10.000 habitantes e 100.000 habitantes, ou implantar redes de água/esgoto de 10 Km ou 100 Km;
- (x) O item 5 do Edital dispõe que o critério de julgamento adotado é a combinação entre os critérios de menor valor de tarifa e maior valor da outorga. As propostas comerciais deverão observar, inicialmente, um limite máximo de desconto de 20% sobre o valor da “tarifa de referência” (prevista no Anexo VII do Edital) e um valor mínimo de outorga (itens 5.1.1 e 5.1.2 do Edital²¹). A combinação entre os critérios de menor valor de tarifa e maior valor de outorga, prevista no inciso III do artigo 15 da Lei n. 8.987/1995, somente será admitida “quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira”, ou seja, deverá ser prevista no instrumento convocatório uma fórmula para calcular qual proposta será a mais vantajosa, cotejando-se as propostas atinentes à tarifa e à outorga (§ 1º do artigo 15). Não há previsão legal de realização de uma fase de lances entre os licitantes – o que sequer é compatível com a sistemática de combinação destes dois critérios de julgamento, pois não existe valor objetivo a ser ofertado por meio de lances sucessivos. O Edital da Concorrência Pública n. 090/2022 não combina os critérios do menor valor de tarifa e maior valor de outorga, eis que não dispõe de critérios objetivos e fórmulas precisas para a aferição da proposta mais vantajosa. Na realidade, há uma verdadeira alternância entre os critérios de julgamento de menor tarifa e de maior outorga, sendo vencedor o licitante que apresentar ou a menor tarifa ou a maior outorga, conforme cada caso.

Há inclusive previsão de fase de lances com base no valor da tarifa ou no valor de outorga, evidenciando que não há a combinação entre critérios, mas a escolha de um em detrimento do outro. A legislação não prevê essa forma de julgamento, de modo que sua aplicação é ilegal;

- (xi) O Edital também não apresenta informações claras sobre a “tarifa de referência” e sobre o “valor mínimo de outorga”, o que compromete a competição e a isonomia na licitação, no ponto em que os licitantes não possuem bases sólidas para a formulação de suas propostas de preço;
- (xii) Outra ilegalidade do Edital diz respeito à fixação de preço para a apresentação das propostas. Tal prática é vedada pelo inciso X do artigo 40 da Lei n. 8.666/1993, que trata dos itens obrigatórios dos editais de licitação: *“o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência”*. No que tange à tarifa, estabeleceu-se uma faixa de variação, limitando o valor máximo do desconto, o que na prática, equivale à definição de preço mínimo;
- (xiii) O item 21.10.3 do Edital requer que as licitantes comprovem como condição de qualificação econômico-financeira possuir patrimônio líquido igual ou superior a R\$ 26.150.989,10, correspondente a 10% do valor estimado dos investimentos a serem realizados, além de exigir a apresentação de garantia de proposta (item 19 do Edital). Trata-se de situação idêntica à Concorrência Pública n. 056/2019, que afirma ter sido repudiada por este Tribunal. Sustenta que ainda que se cogite da possibilidade de apresentação cumulativa de garantia da proposta e comprovação de patrimônio líquido mínimo, o Edital não apresenta qualquer justificativa para tanto, padecendo de vício de motivação e, ao final, inviabilizando a competitividade do certame;

Sustenta o postulante que apresentou impugnação junto à Administração municipal em 16/12/2022, mas não recebeu resposta até a interposição da presente Representação.

Ao final requer:

A distribuição em regime de urgência e o deferimento de medida cautelar para determinar a imediata suspensão da Concorrência Pública n. 090/2022, na fase em que se encontra, obstando a prática de quaisquer atos que lhe sejam consequentes como a abertura dos envelopes, a análise da habilitação, abertura e julgamento das

propostas, adjudicação, homologação, contratação, execução de contrato e pagamentos, até o julgamento definitivo desta Representação, tudo na forma do artigo 84-A do Regimento Interno desta Corte de Contas;

Ao final e no mérito, o conhecimento e provimento dos pedidos desta representação para determinar ao Município de Santo Antônio de Pádua que adote as providências necessárias ao saneamento das ilegalidades contidas no edital da Concorrência Pública n. 090/2022, dentre as quais a revogação da licitação e o relançamento do edital corrigido.

Em atendimento ao previsto no parágrafo 7º do artigo 84-A do Regimento Interno deste Tribunal, o presente processo foi distribuído à minha relatoria, conforme consta da certidão emitida pelo NDP.

É O RELATÓRIO.

Inicialmente, registra-se a identificação de lançamento dos dados do referido Edital no Sistema Integrado de Gestão Fiscal – SIGFIS sob o número de protocolo 539623-2/2022, em apreço ao que determina a Deliberação TCE-RJ n.º 312/2020.

Em consulta ao sítio eletrônico do ente, verifiquei que o Edital e seus anexos estão disponíveis para acesso dos interessados mediante consulta online e *download*¹. Além disso, observo a ausência de notícias quanto à resposta da Administração à impugnação apresentada pelo ora postulante e endereçada à Comissão de Licitação, cujos aspectos questionados se confundem com os pontos desta Representação.

Com efeito, a despeito da relevância dos pontos questionados pelo Representante, verifico em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado que, em 03.05.2022, foi prolatada decisão judicial determinando, dentre outras providências, que o Município concluisse procedimento licitatório para a prestação dos serviços públicos de abastecimento de água no prazo máximo de seis meses (processo TJRJ 0005806-26.2021.8.19.0050):

Pelo exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido, confirmando e concedendo a antecipação dos efeitos da tutela para: 1) determinar a suspensão do reajuste tarifário aplicado no percentual de 23,77% na tarifa de água dos consumidores paduanos através do Decreto nº 30/2021 e reajustes posteriores, incluindo o Decreto 271 de 02 de dezembro de 2021, até a abertura de nova licitação e contratação de empresa vencedora do certame, devendo a ré FORTALEZA AMBIENTAL E GERENCIAMENTO DE RESÍDUOS LTDA abster-se, imediatamente, de efetuar cobrança com base nos novos valores instituídos pelos referidos Decretos, sob pena de multa de R\$500.000,00 (quinhentos mil) por mês de descumprimento. 2) decretar a nulidade dos Decretos 28/2021, 30/2021, 131/2021, 137/2021, 271, de 02 de dezembro de 2021 e 274, de 06 de dezembro

¹ Disponível em <https://www.santoantoniodepadua.rj.gov.br/licitacao/abrir/969>. Acesso em 19.12.2022.

de 2021; **3) reconhecer a ilegalidade das contratações diretas e determinar que o Município de Santo Antônio de Pádua proceda à imediata abertura do procedimento licitatório discutido nos autos, conforme dispõe os ditames legais, e à posterior contratação da empresa vencedora do certame para prestação dos serviços públicos de abastecimento de água potável no Município de Santo Antônio de Pádua, tudo a ser cumprido com zelo e fidelidade aos ditames legais, devendo ser CONCLUÍDO NO PRAZO MÁXIMO DE 06 (SEIS) MESES, sob pena de multa diária, no valor de R\$5.000,00 (cinco mil reais) ao Chefe do Executivo do Município de Santo Antônio de Pádua.**

Nessa perspectiva, de forma a melhor formar o convencimento e tendo em vista a essencialidade dos serviços, julgo prudente promover a prévia oitiva da Administração a respeito dos aspectos impugnados e do atual estágio do certame, bem como encaminhar os autos ao Corpo Técnico e ao Ministério Público de Contas para manifestação.

Assim, considerando que os autos carecem de elementos, neste momento, para o deferimento da tutela pleiteada:

DECIDO:

1. Por **DETERMINAÇÃO À SSE** para que providencie, por meio eletrônico, com fulcro no artigo 26 c/c art. 84-A, §2º do Regimento Interno desta Corte, a oitiva do titular da Prefeitura do Município de Santo Antônio de Pádua, franqueando-lhe o **prazo de 5 (cinco) dias**, para que:

1.1. Manifeste-se a respeito de todas as impropriedades veiculadas na presente Representação, franqueando-lhe acesso à cópia da peça inicial;

1.2. Esclareça se foram apresentados pedidos de esclarecimentos, impugnações, além daquela apresentada por parte da ora Representante (Conasa Infraestrutura S.A.) no curso da Concorrência Pública nº 090/2022 e encaminhe cópia dos expedientes, acompanhados das respectivas manifestações da Administração;

1.3. Diligencie para que todas as informações relativas à Concorrência Pública nº 090/2022 estejam disponíveis para acesso *online*, incluindo eventuais pedidos de esclarecimentos e/ou impugnações, em atenção ao princípio da publicidade (artigo 37, caput, da Constituição Federal) e às disposições da Lei de Acesso à Informação.

2. Por **ENCAMINHAMENTO** à Secretaria Geral de Controle Externo deste Tribunal, com vistas à sua distribuição à coordenadoria competente, para que, findo o prazo, com ou sem resposta do Jurisdicionado, analise a peça, sucessivamente, quanto aos pressupostos e critérios previstos, respectivamente, nos artigos 4º e 4º-A da Deliberação TCE-RJ n.º 266/2016, alterada pela

Deliberação TCE-RJ n.º 323/2021, e, se presentes, quanto ao mérito, com posterior remessa ao Ministério Público de Contas, nos termos do art. 84-A, § 7º, do Regimento Interno do TCE-RJ.

3. Por **COMUNICAÇÃO** ao Representante, nos termos do art. 26 do Regimento Interno, informando-a acerca da decisão prolatada.

GCSMVM,

MARCELO VERDINI MAIA
Conselheiro Substituto