

São Paulo, 22 de dezembro de 2021.

À PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS.

Ref: Análise do Edital de Concorrência Pública, cujo objeto será a Concessão para Prestação dos Serviços Públicos de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário no Município de Santa Cruz das Palmeiras

A **ENGIBRAS ENGENHARIA S/A**, inscrita no CNPJ sob nº 26.381.989/0001-14, estabelecida à Rua Gomes de Carvalho, nº 1510 - 1º andar, na cidade de São Paulo/SP, representada por seu representante legal abaixo assinado, vem na qualidade de uma possível licitante, da Concorrência em questão, sugerir o que passa a expor.

Trata-se de uma Convocação para Audiência Pública e Consulta Pública que ocorreu em 14.12.2021, cujo tem será a análise e discussão do Edital e Minuta de Contrato para a abertura de Concorrência, visando a **CONCESSÃO PARA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO MUNICÍPIO DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS**.

A licitação será regida no que dispõe o artigo 175 da Constituição Federal, as disposições contidas na Lei Federal 8.987/1995, na Lei federal nº 11.445/2007, regulamentada pelo Decreto federal nº 7.217/2010, no art. 2º da Lei Federal 9.074/95, na Lei Federal nº 8.666/1993, e demais normas que regem a matéria, observadas as regras do presente Edital.

O critério de seleção da melhor proposta é o conhecido como técnica e preço, em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica, conforme o disposto no art. 15, inc. V, da Lei Federal nº 8.987/1995, observados os parâmetros definidos neste Edital e nos seus anexos.

A Engibras possui extremo interesse em participar da futura Concorrência em questão, entretanto, constatou a existência de vícios que afrontam os princípios que regem os atos administrativos, razão pela qual faz algumas sugestões com intuito de colaborar com o processo licitatório.

Em análise a minuta do Edital da Concorrência, constatamos que não está demonstrada a excepcionalidade, para que seja utilizado o tipo de licitação “técnica e preço”, previsto no art. 45 da Lei 8.666/93, que é claro ao definir que esta será utilizada em situações excepcionais, pois a regra é a licitação de menor preço, conforme disciplina no art. 46 da referida lei. O tipo “técnica e preço” só deve ser utilizado quando a licitação se referir a um serviço predominantemente intelectual, o que não parece ser o caso:

“Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no §4º do artigo anterior”.

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União também é neste sentido, conforme observa-se no Acórdão 503/2008-Plenário, proferido pelo Exmo. Ministro Aroldo Cedraz:

“É vedada a licitação do tipo técnica e preço quando não estiver caracterizada a natureza predominantemente intelectual da maior parte do objeto que se pretende contratar, à vista do disposto no art. 46, caput da Lei nº 8.666/1993”. (grifamos)

Contudo, o Edital é vago ao descrever a forma que será julgada a Nota Técnica a ser atribuída às licitantes sendo que no julgamento da licitação tipo “técnica e preço” deverá ser fixado no instrumento convocatório critérios objetivos adequados para aferir a vantajosidade das propostas, bem como os pesos da nota técnica e da nota de preço que deverão compor a média ponderada a que se refere o art. 46, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, a fim de que os licitantes tenham conhecimento prévio e completo de como serão avaliadas suas propostas.

Por sua vez, esses fatores de pontuação técnica devem ser compatíveis com o objeto licitado ao mesmo tempo em que não devem prejudicar a competitividade do certame, que deve obedecer a um critério absolutamente objetivo para a classificação da melhor proposta.

No entanto, o item 16.27 do Edital dispõe da seguinte forma:

“16.27. O julgamento final das PROPOSTAS será efetuado mediante cálculo da pontuação final, considerando as notas da PROPOSTA TÉCNICA e da PROPOSTA COMERCIAL, que terão, respectivamente, pesos 70% (setenta por cento) e 30% (trinta por cento), conforme a seguinte fórmula:

$$NF = 0,70 \times (NT) + 0,30 \times (NC) / 100$$

Onde:

NF = Nota Final;

NT = Nota da PROPOSTA TÉCNICA e

NC = Nota da PROPOSTA COMERCIAL”

Para a realização dessa valoração técnica deve o administrador empregar o princípio da proporcionalidade, tendo em vista que o privilégio excessivo da técnica em detrimento do preço, sem haver justificativas suficientes que demonstrem a sua necessidade, pode resultar em contratação a preços desvantajosos para a Administração, da mesma maneira que pode ocorrer a restrição da competitividade.

Esse é o posicionamento do Tribunal de Contas da União que, exarou o seguinte entendimento:

“6. Nas licitações do tipo técnica e preço, é irregular a atribuição de excessiva valoração ao quesito técnica, em detrimento do preço, sem amparo em estudo suficiente a demonstrar a sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa.

Representação relativa a concorrência conjunta Sesi-Senai, do tipo técnica e preço, objetivando a contratação de empresa especializada na prestação de serviços de consultoria e assessoria de imprensa, análise de noticiário, monitoramento e planejamento de ações em redes sociais, apontara, dentre outras irregularidades, critério de pontuação desproporcional e injustificado, uma vez que atribuiu peso na proporção de 70% para a proposta técnica e 30% para a proposta de preços. Realizadas as oitivas regimentais após a suspensão cautelar do certame, o relator destacou deliberação de sua relatoria sobre o tema (Acórdão 526/2013-Plenário), dirigida a essas mesmas entidades, na qual restou consignado que “de acordo com a jurisprudência deste Tribunal, para a distribuição privilegiada de peso em favor da nota técnica deveria restar caracterizada a complexidade do certame e o impacto sobre os preços contratados, estando acompanhada de estudo demonstrando que a disparidade verificada é justificável”. Destacou ainda, desse precedente, que “a simples adoção da licitação do tipo ‘técnica e preço’ já proporciona a contratação de propostas de melhor qualidade, uma vez que a técnica passa a compor a nota final do certame, abrindo possibilidade para que, a despeito de apresentarem custos superiores, empresas com técnica mais apurada vençam a disputa”. Por fim, o relator

relembrou que, por meio desse julgado, "já havia determinado às referidas entidades (...) que se abstivessem de prever, em caso de licitação do tipo técnica e preço, excessiva valoração atribuída ao quesito 'técnica', em detrimento do 'preço', sem amparo em justificativas técnicas suficientes que demonstrem sua necessidade, uma vez que a adoção de critério desproporcional pode acarretar prejuízo à competitividade do certame e à obtenção da proposta mais vantajosa ...". A despeito da revogação do certame pelas entidades, concluiu o relator pelo "não afastamento dos indícios de irregularidades apontados", motivo pelo qual propôs julgar a Representação parcialmente procedente, com expedição de determinação e ciência das irregularidades às entidades licitantes. O Tribunal acolheu o voto do relator. Acórdão[j]743/2014-Plenário, TC 019.659/2013-0, relator Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti, 26.3.2014."

Por fim, tomamos a liberdade de compartilhar, a decisão frente ao Mandado de Segurança nº 1001370-24.2021.8.26.0337, impetrado por ENGIBRAS ENGENHARIA S.A. contra ato do Prefeito do Município de Mairinque, que em síntese, refere-se ao procedimento licitatório - Concorrência Pública nº 003/2019, do tipo técnica e preço, visando a concessão da prestação dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário para o Município de Mairinque.

Todavia, um dos itens, objeto do MS em questão foi a Impossibilidade de reconhecer as justificativas do Município para a adoção do tipo técnica e preço e a subjetividade para os critérios de pontuação da nota final e dos requisitos de pontuação técnica, conforme prevê o artigo 46 da Lei de Licitações. A sentença dispõe da seguinte forma:

"Quanto ao tipo de licitação prevê o edital:

"62. Concluída a fase recursal, o julgamento final das PROPOSTAS será efetuado mediante cálculo da pontuação final, considerando as notas da PROPOSTA TÉCNICA e da PROPOSTA COMERCIAL, que terão, respectivamente, pesos 70 (setenta) e 30 (trinta), conforme a seguinte fórmula: $NF = [70\% (NT) + 30\% (NC)]$ ".

Nessa linha, o artigo 46 da Lei nº 8.666/93 dispõe:

"Art. 46. Os tipos de licitação "melhor técnica" ou "técnica e preço" serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior".

Como se vê, a licitação "técnica e preço" é exceção e não se amolda ao presente caso, uma vez que não é serviço de natureza predominantemente intelectual.

Oportuno ressaltar, que a licitação “menor preço” não afeta o serviço a ser prestado. Cabe ao impetrado o detalhamento técnico dos serviços a serem prestados, não dando margem para que o serviço seja prestado através de diferentes técnicas.

Ainda, vale transcrever o quanto assinalado pelo d. Promotor de Justiça “se a intenção do Município é efetivamente analisar qual empresa não tem condições de prestar o serviço em questão por falta de “knowhow” (seja lá como se pode objetivamente chegar a tal conclusão, como exige um procedimento licitatório), que invista em comissão de licitação que tenha capacidade de reconhecer tais dados na fase de habilitação, nas propostas e nas visitas técnicas, evitando-se a contratação de particular que tenha apresentado melhor preço, mas sem condição efetiva de cumprir o objeto contratado. O critério técnica e preço não se serve a este fim. Trata-se de evidente desvio de finalidade para aplicar dose não permitida de subjetivismo em contratação de particular para prestar serviço público por 30 anos mediante recebimento de vultosa quantia de dinheiro público, além de tarifas dos usuários do serviço”.

Por fim, quanto a impugnação referente a necessidade de fornecimento de informações essenciais para formulação das propostas, por meio do Mandado de Segurança não é possível verificar as informações pleiteadas pela Impetrante seriam imprescindíveis a participação no certame.

Nada impede que a Impetrante faça sua própria avaliação por meio dos seus técnicos acerca de suas indagações.

*Ante o exposto, **CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA**, para determinar a reabertura de prazo do edital, bem como determinar que o certame deva ser realizado pelo tipo “menor preço”.*

Por fim, a ENGIBRAS, espera que sua sugestão a minuta do Edital de Concorrência em questão seja acatada, para que seja revisto o critério de julgamento proposto por essa Municipalidade e assim seja publicado o edital com o critério “Melhor Preço”, do edital em epígrafe.

Sem mais para o momento subscrevemo-nos.

Atenciosamente,

São Paulo, 22 de dezembro de 2021.

ENGIBRAS ENGENHARIA S/A