



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO DE 18/5/22
EXAME PRÉVIO DE EDITAL – MUNICIPAL

PROCESSO: TC-008205.989.22-1

REPRESENTANTE: SPL CONSTRUTORA E PAVIMENTADORA LTDA. (CNPJ 56.147.937/0001-49). ADVOGADAS: SANDRA MARQUES BRITO (OAB/SP 113.818) / MARINA LIMA DO PRADO SCHARPF (OAB/SP 211.125)

REPRESENTADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE SANTA CRUZ DAS PALMEIRAS (CNPJ 46.371.654/0001-22). AUTORIDADE COMPETENTE: JOSE CRECENTINO BUSSAGLIA (PREFEITO MUNICIPAL). ADVOGADO: JORGE ALBERTO GALIMBERTTI (OAB/SP 238.358)

ASSUNTO: Representação formulada contra termos do Edital da Concorrência nº 01/2022, certame promovido pela Prefeitura Municipal de Santa Cruz das Palmeiras com propósito de conceder a prestação de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO DE ÁGUA E ESGOTO. CRITÉRIO DE JULGAMENTO “TÉCNICA E PREÇO”. PESO DA PROPOSTA COMERCIAL. FÓRMULA INCOMPATÍVEL. MODICIDADE TARIFÁRIA. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE DECISÃO DO E. PLENÁRIO DESTES TRIBUNAL. ALTERAÇÃO INSUFICIENTE. PRECLUSÃO DE NOVAS IMPUGNAÇÕES. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DA AUTORIDADE COMPETENTE. MULTA NÃO APLICADA. CORREÇÃO DO CRITÉRIO DE JULGAMENTO REITERADA. PROCEDÊNCIA PARCIAL.

RELATÓRIO

SPL Construtora e Pavimentadora Ltda., sociedade empresária inscrita no CNPJ sob o nº 56.147.937/0001-49 e por suas advogadas constituídas, subscreveu representação contra termos do Edital da Concorrência nº 01/2022, certame promovido pela Prefeitura Municipal de Santa Cruz das Palmeiras com propósito de conceder a prestação de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário.

Em suma, impugnou os seguintes aspectos: a) insegurança jurídica da contratação com base na legislação municipal que rege a outorga



do serviço público, noticiando, inclusive, a existência de questionamentos judiciais; b) descabimento do tipo técnica e preço, falecendo justificativa para prevalência atribuída à nota técnica; c) subjetividade dos critérios de julgamento; d) limitação indevida ao número máximo de 3 (três) empresas participantes de eventual consórcio; e, e) ausência de respostas às indagações formuladas por interessados na execução do contrato.

Instruída com a documentação exigida no nosso Regimento Interno, a petição veio distribuída pela E. Presidência por prevenção, em função da conexão da matéria com aquelas tratadas nos TC-011059.989.20-2 e TC-011682.989.20-7, este a propósito do qual o E. Plenário, na Sessão de 20 de maio de 2020, julgou parcialmente procedente representação subscrita contra versão anterior do mesmo edital, determinando que a Prefeitura Municipal de Santa Cruz das Palmeiras se dignasse a: “retificar a fórmula de determinação da nota final resultante da somatória das pontuações das propostas técnicas e comerciais, seja pelo redimensionamento de seus percentuais, seja pela manutenção da relação e/ou peso definido no edital, hipótese em que se impõe a efetivação da relevância do componente financeiro na nota final” (v. Acórdão publicado no DOE de 11/7/20).

Na Sessão de 23 de março de 2022, este E. Plenário aprovou voto que proferi para o fim de sustar o andamento do certame, tendo em vista novo questionamento da primazia da nota da proposta técnica em detrimento da nota da proposta comercial, sem qualquer alteração do critério de julgamento na versão republicada do edital, configurando, em tese, descumprimento ao v. Acórdão (evento 24).

Notificada, a autoridade competente afirmou ter promovido modificação na fórmula de pontuação das propostas comerciais ao encontro da r. Decisão desta E. Corte, conforme nova disposição do Anexo III do Instrumento, mediante a inserção de multiplicador (x100).

Rebateu os demais apontamentos, ressaltando, inclusive, que a matéria estaria preclusa por atacar aspectos constantes da versão anteriormente analisada por este E. Tribunal.



Concluiu ter respondido questionamentos no prazo legal e requereu a revogação da liminar para prosseguimento do certame (evento 34).

Sob os aspectos de engenharia, Assessoria Técnica afirmou que a alteração promovida no edital não foi capaz de atender ao quanto deliberado por este E. Tribunal, precisamente por subsistir a indevida preponderância do componente técnico em detrimento da proposta comercial de menor preço.

Entendeu haver preclusão para o exame de novas arguições lançadas pela representante, concluindo, alternativamente, pela procedência parcial (evento 50.3).

No mesmo sentido a ATJ, quanto aos aspectos jurídicos endossou o posicionamento de sua congênere, ressaltando que tanto o critério de “técnica e preço” como a proporção de 70% da nota da proposta técnica e 30% da nota da proposta comercial já foram admitidos na r. Decisão Plenária, desde que referidos percentuais não venham a ser distorcidos por mecanismos de atribuição de pesos ou pontos à proposta comercial, manifestando-se, portanto, pela incidência da preclusão ou procedência parcial da representação (evento 50.2), posição subscrita por Chefia de ATJ (evento 50.4).

Com a vista regimental, o d. MPC opinou pela improcedência dos pontos não afastados pela preclusão, como nos casos da alegada insegurança jurídica de questionamentos judiciais e ausência de resposta a questionamentos administrativos, propondo a aplicação de multa por descumprimento da r. Decisão deste E. Tribunal (evento 55).

É o relatório.

ARPH



VOTO

Em sede de Exame Prévio de Edital, não cabe nova representação em face de instrumento analisado por decisão de mérito definitiva, conforme jurisprudência deste E. Tribunal (cf. TC-025243/026/03, Tribunal Pleno, Sessão de 15/10/03, relator e. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga; TC-017253/026/10, Tribunal Pleno, Sessão de 16/6/10, sob minha relatoria; TC-010758/026/11, Tribunal Pleno, Sessão de 30/3/11, relator e. Conselheiro Fulvio Julião Biazzi; eTC-000020.989.13-3, Tribunal Pleno, Sessão de 20/2/13, redator e. Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues; eTC-000001.989.13-6 e eTC-000004.989.13-6, Exame Prévio de Edital, Tribunal Pleno, Sessão de 27/2/13, sob minha relatoria, dentre outros).

Afinal, na Jurisdição do Controle Externo prevalece a regra geral de fiscalização *a posteriori* dos atos da Administração, admitindo-se a paralisação extraordinária, e única, do processamento da despesa pública sempre que o edital apresentar manifesto vício de ilegalidade.

Isto posto e conforme relatado, a medida cautelar aprovada por este E. Plenário está objetivamente concentrada na verificação da ordem de alteração do critério de julgamento da licitação, oportunidade em que a autoridade competente foi instada a apresentar esclarecimentos de interesse a propósito das providências concretamente adotadas em cumprimento do v. Acórdão (evento 24.3).

Sem embargo, devo consignar que tanto o edital como demais atos praticados na condução do certame serão fiscalizados na via ordinária, na conformidade das Instruções vigentes desta E. Corte, oportunidade em que todos os elementos não alcançados na análise abstrata do ato convocatório, forma típica do julgamento resultante do rito sumaríssimo do presente processo, poderão ser melhor valorados concretamente por ocasião da assinatura do futuro contrato.

Por ora, cabe recordar que, na Sessão de 20 de maio de 2020, este E. Plenário determinou que a Prefeitura Municipal de Santa Cruz das



Palmeiras se dignasse a “retificar a fórmula de determinação da nota final resultante da somatória das pontuações de propostas técnicas e comerciais, seja pelo redimensionamento de seus percentuais, seja pela manutenção da relação e/ou peso definido no edital, hipótese em que se impõe a efetivação da relevância do componente financeiro na nota final” (TC-011682.989.20-7, v. Acórdão publicado no DOE de 11 de julho de 2020).

Admitidos, portanto, o critério “técnica e preço” e a proporção entre notas de propostas técnicas (peso 7) e de propostas comerciais (peso 3) na determinação da pontuação final, conforme bem demonstrado pela Assessoria Técnica Jurídica.

A correção ordenada por este E. Plenário se deu em razão da metodologia de cálculo que desfavorecia o peso conferido pelo edital ao valor da nota da proposta comercial, esta facilmente superada por pequena margem de variação da proposta técnica, conforme elementos de instrução colhidos no TC-011682.989.20-7.

Chamando a atenção para o necessário cumprimento do princípio da modicidade tarifária previsto na Lei Geral de Concessões, o d. MPC fazia a seguinte análise (evento 75 do TC-011682.989.20-7), *verbis*:

“Sobre o sistema de pontuação das propostas comerciais, em acréscimo às considerações da d. ATJ-Engenharia, traz-se exemplo de como o sistema de pontuação estabelecido no edital impugnado pode ir de encontro ao princípio da modicidade das tarifas, previsto na art. 6º, §1º da Lei nº 8.987/1995.

Considerando-se, hipoteticamente, uma licitação com apenas dois licitantes que apresentem os fatores k respectivamente iguais a 0,9 e 0,6, ou seja, em que um deles apresente este fator 33,3% menor que o seu concorrente, os valores das Notas Comerciais (NC) seriam, respectivamente, 66,67 e 100.

Multiplicando-se esses valores por 0,3 (valor pelo qual a NC é multiplicada para o cálculo da nota final das propostas), encontramos os valores de 20,001 e 30, respectivamente.

Desta forma, o concorrente que apresentou proposta com valor substancialmente maior poderia ser o vencedor caso a nota final da sua proposta técnica (NT) fosse superior em apenas 14,29 pontos em relação a do outro licitante.

E, nesse contexto, cabe ressaltar que, conforme apontado pela d. ATJ-Engenharia, há uma margem de variação muito grande em cada quesito de pontuação da Proposta Técnica (foram identificados 106 sub-quesitos), o que faz com que grande diferença nos aspectos econômicos da proposta seja facilmente superada por uma pequena margem na parte técnica”.



Naquela oportunidade, a Assessoria Técnica da área de engenharia já havia advertido que a alteração anunciada pela representada, ao pretender incluir o multiplicador no fator K (x100) em errata publicada ao edital, seria incapaz de representar o peso de 30% previsto para a proposta comercial (evento 70.1 do TC-011682.989.20-7).

Segundo o responsável legal, a NC – Nota Comercial deixou de ser expressada pela fórmula antiga ($NC = \text{menor fator k ofertado} / \text{fator k do licitante}$) e passou a ser determinada da seguinte maneira: $NC = \text{menor fator k ofertado} \times 100 / \text{fator k do licitante}$.

Não obstante, a solução não alcança a relevância do peso atribuído pelo próprio edital à proposta comercial (peso 3), na forma objetivamente demonstrada pelos Órgãos de Assessoramento Técnico especializados desta E. Corte.

Por não vislumbrar até má-fé ou deliberado propósito de subverter a deliberação deste E. Plenário, já que alguma mudança, mesmo que insuficiente, veio a ser implementada no Edital, deixo de propor a aplicação de multa à autoridade competente, ressaltando que outra publicação do ato convocatório em desacordo com o aqui decidido ensejará a aplicação das sanções previstas na Lei Orgânica deste E. Tribunal.

Ante o exposto, acolhendo os pareceres da Assessoria Técnica e, em parte, do d. MPC, **VOTO pela procedência parcial da representação, para o fim de ordenar mais uma vez que a Prefeitura Municipal de Santa Cruz das Palmeiras se digne a retificar a fórmula de determinação da nota final resultante da somatória das pontuações de propostas técnicas e comerciais, seja pelo redimensionamento de seus percentuais, seja pela manutenção da relação e/ou peso definido no edital, hipótese em que se impõe a efetivação da relevância do componente financeiro na nota final, ao encontro do quanto deliberado por este E. Plenário no TC-011682.989.20-7.**



Intimem-se os interessados, especialmente a representada para que, ao elaborar o novo texto convocatório, incorpore a determinação aqui especificada, providenciando a publicidade e reabertura dos prazos na forma da lei.

Arquive-se após o trânsito em julgado.

RENATO MARTINS COSTA
Conselheiro