Acórdão 00169/2023-6 - 2ª Câmara

Processo: 02597/2022-1
Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação
UG: PMCI - Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim
Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha
Interessado: MYLENA GOMES LOPES ZUCCON
Representante: VITORIALUZ CONSTRUCOES LTDA
Responsável: VICTOR DA SILVA COELHO, ALEXANDRO DA VITORIA
Procuradores: ZANETTI SOCIEDADE INDIVIDUAL DE ADVOCACIA, TIAGO ROCON ZANETTI (OAB: 13753-ES, OAB: 370452-SP, OAB: 238691-RJ), LUIZ FELIPE IMENES DE MENDONCA (OAB: 9824-ES), LUCIANO CEOTTO (OAB: 9183-ES), MARIANE PORTO DO SACRAMENTO (OAB: 22181-ES)

LICITAÇÃO – REPRESENTAÇÃO – CONSIDERAR IMPROCEDENTE – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

Quando não constatada ilegalidade ou irregularidade na representação, o colegiado decidirá pela improcedência, conforme dispõe o artigo 178, I da Resolução TC nº 261/2013.

O EXMO. SR. RELATOR CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1. DO RELATÓRIO:

Assinado por LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA 13/03/2023 13:00
Assinado por SERGIO MANOEL NADER BORGES 10/03/2023 19:59
Assinado por DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER 10/03/2023 16:29
Assinado por LUCIANO VIEIRA 10/03/2023 15:59
Assinado por LUCIRLENE SANTOS RIBAS 10/03/2023 15:25

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada por VITORIALUZ CONSTRUÇÕES LTDA., perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face do Município de Cachoeiro de Itapemirim, em que alega irregularidade no **Edital de Concessão nº 001/2022** (Concorrência Pública), cujo objeto é a *"delegação, por meio de Concessão Administrativa, da prestação dos serviços de iluminação pública no município, incluídos o desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública."*

Alega a representante, em síntese, que a fase interna do certame foi objeto de acompanhamento concomitante (antes da publicação do Edital) deste Tribunal através do Processo TC 02101/2021, tendo sido produzida a Instrução Técnica Conclusiva 04684/2021, encampada pelo Acórdão TC 00060/2022, que verificaram inconsistências e ilegalidades na fase interna e na minuta de Edital que deveriam ser solucionadas antes da publicação do Edital, sendo expedidas recomendações, porém, afirma que não foram elas integralmente atendidas pelo Município, resultando na deflagração de certame que não reúne condições de prosseguimento nos termos da Lei nº. 11.079/2004.

Por fim, requer:

> 3. Dos requerimentos
>
> *Diante, pois, das alegações tecidas nesta Representação; dos documentos ora apresentados (Docs. 02 a 07); da previsão legislativa acerca da competência deste Egrégio Tribunal de Contas; dos precedentes deste próprio TCE-ES; dos esclarecimentos verificados na doutrina e na jurisprudência do STJ e no TCU; é que se requer seja recebida a presente Representação e, liminarmente, seja expedida medida cautelar determinando ao Município de Cachoeiro de Itapemirim, através da autoridade representada, a suspensão da CP nº. 001/2021 até decisão de mérito deste TCE-ES sobre as ilegalidades objeto desta Representação.*
>
> *Ao final, requer-se seja julgada procedente a Representação, confirmando-se a medida cautelar ao seu tempo deferida, para reconhecer as ilegalidades do Edital que inviabilizam o seu prosseguimento e cancelá-lo / revogá-lo até que sejam sanados os vícios apontados nesta Representação, devendo ser observada a necessidade de comprovação real da vantajosidade da PPP frente ao modelo atual de contratação representado pelo Contrato nº. 106/2021–e não pelas contratações diretas anteriormente firmadas pelo Município, que nunca perseguiu a obtenção da proposta mais vantajosa por meio de licitação pública até o advento da CP nº. 012/2018 – através de Estudo de Value For Money adequado à preservação do interesse público primário.*

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

Denota-se que através da **Decisão Monocrática 418/2022** (evento 15) determinei a notificação dos Srs. **Victor da Silva Coelho** (Prefeito Municipal de Cachoeiro de Itapemirim) e **Alexandro da Vitória** (Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim) para que apresentassem a esta Corte de Contas cópia integral do processo administrativo pertinente ao Edital de Concessão nº 001/2022 e justificativas prévias, bem como outros documentos/informações que entendessem necessários para melhor apreciação do feito.

Através dos Termos de Notificação 981/2022 e 982/2022 (eventos 16-17), os responsáveis foram devidamente notificados, e em resposta às notificações, foi encaminhada a Resposta de Comunicação 5619/2022 (evento 19) e Peças Complementares (eventos 20 a 78).

Em síntese, informaram que o edital e seus anexos estariam revestidos de legalidade, imaculados de nulidades ou ilegalidade, atendendo a todos os ditames legais e à manifestação prévia deste Tribunal. Afirmaram ainda que a intenção da VITORIALUZ é tentar manipular o Tribunal de Contas para, buscar suposto direito subjetivo referente a manutenção de contrato administrativo consigo celebrado.

Ato contínuo, por meio da Decisão Monocrática nº 00479/2022 (evento 80), conheci a representação e os autos foram encaminhados à Área Técnica, tendo o Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Prog. de Desest. Reg - NDR, através da **Manifestação Técnica de Cautelar 00074/2022** (evento 82), apresentado proposta de encaminhamento no sentido de indeferir a cautelar pleiteada.

Através do **Voto do Relator 2628/2022** (evento 90) a medida cautelar foi indeferida e submetidos os autos ao rito ordinário, posicionamento acompanhado pela Segunda Câmara desta Corte de Contas, conforme **Decisão 1795/2022- Segunda Câmara** (evento 91):

> **DECISÃO:**
>
> **VISTOS**, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão colegiada, ante as razões expostas pelo relator, em:
>
> **1. RATIFICAR** os termos da **Decisão Monocrática 479/2022**, quanto ao conhecimento da representação, por estarem presentes os requisitos de admissibilidade, na forma do artigo 177, da Resolução TC nº 261/2013 – RITCEES;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

> **2. INDEFERIR** a medida cautelar pleiteada, tendo em vista a ausência dos pressupostos para a concessão, previstos no artigo 376, da Resolução TC nº 261/2013 – RITCEES;
>
> **3. SUBMETER** o feito ao **RITO ORDINÁRIO**;
>
> **4. DETERMINAR** a oitiva dos **Srs. Victor da Silva Coelho** (Prefeito Municipal de Cachoeiro de Itapemirim) e **Alexandro da Vitória** (Secretário Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim), para que se pronunciem em até 10 (dez) dias, em observância ao artigo 307, § 3°, do RITCEES, com posterior encaminhamento dos autos à Secretaria Geral de Controle Externo – SEGEX, na forma do artigo 309 da Resolução TC 261/2013 - RITCEES;
>
> **5. CIENTIFICAR** os interessados na forma regimental.

Na sequência, a representante apresentou documentação, acostada nos eventos 84-86, relativas a planilhas das 3 (três) primeiras medições do Contrato 106/2021.

Em seguida foram os autos encaminhados ao Núcleo de Controle Externo de Outras Fiscalizações, que elaborou a **Instrução Técnica Conclusiva 4080/2022** (evento 114), com a seguinte proposta de encaminhamento:

> **PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO**
>
> Diante do preceituado no art. 319, parágrafo único, inciso IV, c/c art. 329, § 3º, do RITCEES, Res. TC 261/2013, após análises realizadas no presente Processo TC 2597/2022, em sede de instrução técnica conclusiva, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:
>
> - **julgar improcedente a representação**, na forma estatuída no art. 178, inciso I, do RITCEE.
>
> Sugere-se que seja dada ciência da decisão a ser proferida nos autos ao Município de Cachoeiro de Itapemirim, na pessoa do Sr. Prefeito, à Secretaria Municipal de Controle Interno, na pessoa do Sr. Controlador-Geral e à Secretaria Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente, na pessoa de seu Secretário.

O Ministério Público de Contas, por meio do **Parecer 5244/2022** (evento 119), exarado pelo Procurador Dr. Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu a proposta contida na ITC 4080/2022.

É o relatório. Passo a fundamentar.

V O T O

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

De início, apesar da inexistência de Instrução Técnica Inicial no presente processo, não há impedimento ao julgamento definitivo, haja vista que é possível realizar um juízo cognitivo pela improcedência da representação, sendo que isso não acarretará prejuízo a eventuais agentes não citados.

A representante em sua peça inicial aborda possíveis irregularidades no edital da licitação da Concorrência Pública 1/2022, da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, que trata de parceria público-privada (PPP), na modalidade concessão administrativa, para prestação de serviços de iluminação pública, incluídos desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública.

Foram apontadas as seguintes irregularidades:

> - Descumprimento do Art. 10, I, a da Lei nº. 11.079/2004 – Não Apresentação de Estudo de VFM (Value For Money) – Não Comprovação de Vantajosidade da PPP
>
> - Erro de Diagnóstico – Não Consideração do Contrato 106/2021 no Diagnóstico da Situação Operacional – Prestação de Informação Falsa e/ou Defasada ao TCE-ES – Indução do TCE-ES a erro – Ofensa ao Equilíbrio Econômico-Financeiro do Futuro Contrato – Ofensa aos Direitos do Atual Contratado
>
> - Deficiência no Orçamento de Investimentos – Relatório de Estudos de Engenharia e Afins desacompanhado de Memória de Cálculo e outras Informações Relevantes – Restrição à Competitividade do Certame e Ofensa ao Princípio da Isonomia – Ofensa ao Equilíbrio Econômico-Financeiro do Futuro Contrato.
>
> - Item 12.3.4.1 do Edital – Restrição Indevida da Competitividade do Certame – Exigência que Não Recai sobre Parcela de Maior Relevância Técnica e Valor Significativo do Objeto – Exigência Econômico-Financeira não Prevista em Lei – Rol Taxativo dos Arts. 30 e 31 da Lei nº. 8.666/93
>
> - Item 12.3.4.1 – Restrição Indevida da Competitividade – Direcionamento Limitação da Participação a Concessionárias de Serviço Público
>
> - Item 19.3 (iv) do Edital – Inserção Indevida na Fase de Contratação e Quantitativo Excessivo – Ofensa ao Princípio da Isonomia, aos art. 3º e 30 da Lei nº. 8.666/93 e ao Entendimento Consolidado do TCU

Em sua análise, a área técnica, através do Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Prog. de Desest. Reg - NDR, através da **Manifestação Técnica de Cautelar 00074/2022** (evento 82) assim entendeu:

> **Descumprimento do Art. 10, I, a da Lei nº. 11.079/2004 – Não Apresentação de Estudo de VFM (Value For Money) – Não Comprovação de Vantajosidade da PPP.**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

O Representante alega, em síntese, que o estudo de VFM, necessário para demonstrar a vantajosidade da contratação, se foi realizado, não foi tornado público, continha impropriedades, apontadas pelo Acórdão TCE-ES 60/2022-Segunda Câmara, que não foram saneadas, contrariando o art. 10, I, "a", da Lei 11.079/04 e a recomendação feita no próprio Acórdão desta Corte de Contas.

O Sr. Prefeito e o Sr. Secretário Municipal alegaram que ***(I)*** o estudo foi realizado, comprovou a vantajosidade da PPP e encontra-se encartado no processo administrativo da licitação, conforme constatado pelo TCE-ES no Processo TC 2101/21, sendo que sua publicidade não é exigível, a exemplo do ocorrido nas licitações realizadas pelos municípios de Aracaju/SE, Belém/PA, Campinas/SP, Feira de Santana/BA, entre outros; ***(II)*** o projeto de PPP proposto envolve a ampliação e modernização do sistema de iluminação pública, sua manutenção, operação e gestão, enquanto que a execução dos serviços atualmente feita pela prefeitura não corresponde ao projeto proposto, que tem como uma das suas características principais a modernização, devendo os dados para realização do comparativo "Value for Money" basear-se no desenvolvimento do novo projeto, e não do projeto existente; ***(III)*** a mensuração do "Value for Money" envolveu o levantamento do fluxo de desembolsos previstos para o governo no contrato de PPP e do fluxo de desembolsos previstos para desenvolver o mesmo projeto por meio de uma contratação tradicional; ***(IV)*** em atenção às observações da Instrução Normativa emanada por este E. TCE, para aperfeiçoamento do modelo e melhoria das disposições das informações, constaram na versão final nas abas do CAPEX e OPEX (referencial do projeto), detalhamento dos ajustes realizados quando considerados estes valores no CSP, ressaltando-se que cada item utilizado na composição do *Value for Money* foi devidamente justificado na planilha, de forma a deixar clara a origem das premissas.

Análise

Quanto a este item, oportuno esclarecer que a análise técnica realizada no Processo TC 2101/2021 apontou impropriedades no estudo de VFM que diminuíam a vantajosidade apurada no VFM em relação à contratação tradicional, mas ainda assim o VFM revelou que a PPP ainda era mais vantajosa em mais de 4 milhões de reais.

Quanto ao projeto público de comparação não ter utilizado o contrato mantido com a Representante, a razão é de ordem cronológica, uma vez que tal contrato sequer existia quando realizado o estudo de VFM apresentado no Processo TC 2101/2021.

Contudo, essa desatualização de cerca de 2 meses no estudo de VFM não é capaz de, isoladamente, macular o certame, pois a vantajosidade já estava comprovada no VFM apresentado, apesar dos erros apontados pelo Tribunal, tendo sido novamente comprovada, na prática, pelo deságio obtido na licitação de mais de 68% sobre o projeto público de referência.

Fundamental salientar que o resultado da licitação da PPP se mostrou muito mais vantajoso que o atual Contrato 106/2021, inclusive, se considerarmos as melhorias já implantadas pela Representante, que poderão gerar reequilíbrio em favor do Município, tendo em vista a diminuição de investimentos a serem feitos pela concessionária.

Dessa forma, entende-se que a alegação da Representante de ausência de estudos de VFM é incorreta, sendo que as falhas no estudo de VFM apontadas pelo TCEES não caracterizam irregularidade capaz de isoladamente justificar a suspensão ou a anulação da licitação.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

Erro de Diagnóstico – Não Consideração do Contrato 106/2021 no Diagnóstico da Situação Operacional – Prestação de Informação Falsa e/ou Defasada ao TCE-ES – Indução do TCE-ES a erro – Ofensa ao Equilíbrio Econômico-Financeiro do Futuro Contrato – Ofensa aos Direitos do Atual Contratado

O Representante alega, em síntese, que ***(I)*** há erro de diagnóstico nos anexos do Edital que impede a identificação das condições atuais do parque de iluminação pública e do número de pontos de iluminação existentes, bem como suas características, afetando os direitos do futuro contratado, inclusive à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante sua execução, garantido pelo art. 37, XXI da CF/88; ***(II)*** tal erro foi alvo de recomendação do TCE-ES não atendida pelo Município; ***(III)*** o Município induziu o TCE-ES ao erro de fato a fim de obter o acolhimento de suas justificativas, uma vez que não informou acerca da substituição de lâmpadas de tecnologia ultrapassada por lâmpadas de tecnologia LED pelo contrato de manutenção vigente, dizendo que não havia contrato vigente, pois teria decidido cancelar a CP 12/2018, mediante a qual seria contratada empresa especializada na prestação do serviço de manutenção (e outros) do parque de iluminação pública do Município; ***(IV)*** com base unicamente na informação de que inexistiria contrato de manutenção vigente, a área técnica afastou o indício de irregularidade que impede a publicação do Edital, consistente no erro de diagnóstico quanto às condições atuais do parque de iluminação pública; ***(V)*** tal informação prestada pelo Município é falsa, pois na data de publicação do Edital de Concessão 1/2022 e desde 2/12/2021, foi firmado entre o Município e a ora Representante, enquanto vencedora da CP 1/2018, o Contrato 106/2021 cujo objeto é a "manutenção preventiva e corretiva, com fornecimento de mão de obra, materiais e equipamentos, gerenciamento integral da iluminação pública do Município, a expansão e a modernização do sistema de iluminação pública e cadastramento e identificação das unidades de iluminação pública"; ***(VI)*** a decisão que rejeitou a impugnação, mais uma vez, confessou o vício, pois admitiu que prestou informações ao TCE-ES antes de firmar o atual contrato de manutenção e, como certamente se observa no Processo TC 2101/2021-5, não atualizou as informações prestadas posteriormente, mesmo ciente de que a inexistência de contrato foi a única razão pela qual a área técnica do TCE-ES afastou o indício de irregularidade apontado; ***(VII)*** o Relatório de Diagnóstico das Situações Operacional, Fiscal e Legal inclui supostas "responsabilidades da futura Concessionária" que, na verdade, já estão sendo executadas pela Representante, na condição de contratada com base na CP 012/2018, ignorando as alterações já promovidas no parque pela Representante, o que é também confessado na decisão que rejeitou a Impugnação ao Edital, que (inacreditavelmente) tenta defender a legitimidade de deflagrar o certame com base em cenário de fato defasado; ***(VIII)*** como já apontou a área técnica, a caracterização adequada do parque reflete na remuneração da futura contratada, pois afeta o cálculo dos indicadores de desempenho previstos no Edital e seus anexos (Minuta de Contrato e seus Anexos 8 e 9); ***(IX)*** a desconsideração do Contrato 106/2021 para a definição do objeto da futura PPP fere os direitos da atual contratada com base na CP 12/2018 e, ao mesmo tempo, o direito da futura contratada com base na CP 1/2022, pois os indicadores de desempenho definidos pelos Anexos 8 e 9 da Minuta de Contrato impactam diretamente no cálculo da remuneração da futura contratada – e, portanto, na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato; ***(X)*** o agir do Representado, ao rejeitar a Impugnação ao Edital e prosseguir no certame, é temerário e descolado da cautela mínima exigida do Administrador, pois, mesmo ciente da alteração do cenário de fato, em virtude do Contrato 106/2021, CP 12/2018, e de seu impacto no cálculo da remuneração da empresa a ser contratada como parceria privada, o Município simplesmente se satisfez com discutir tais questões durante a fase de execução do contrato, mediante solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro, optando por deflagrar um certame que já nasce desequilibrado; ***(XI)*** a deflagração de certame já desequilibrado só serve ao propósito de "fingir" a vantajosidade da PPP frente ao atual contrato, não

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

se podendo falar em vantajosidade se o próprio Município confessa que, firmado o contrato, já se poderia seguir o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro em virtude das alterações promovidas pelo Contrato 106/2021 no parque de iluminação que nunca foram consideradas pelos estudos e relatórios que sustentam o edital; ***(XII)*** a ocultação do Contrato 106/2021 torna mais grave a deficiência nos estudos de VFM, pois o cenário utilizado para aferir a vantajosidade não é o cenário existente em dezembro de 2021; ***(XIII)*** a afirmação do Representado de que teria agido com boa-fé soa, no mínimo, difícil de acreditar diante do fato de que a contratação da ora Representante foi determinada por decisão judicial desde 11/junho/2021 (Doc. 6) e o Município simplesmente descumpriu a decisão judicial por longos meses, injustificadamente, insurgindo-se contra esta decisão através do agravo de instrumento 5002988-75.2021.8.08.0000 e da suspensão de liminar 0015561-36.2021.8.08.0000, sem, porém, obter êxito em nenhum dos dois, ou seja, a eficácia da referida decisão nunca esteve suspensa, tendo havido apenas franco descumprimento; ***(XIV)*** deve ser acolhida a Representação para retirar de circulação o Edital ora impugnado e suspender *sine die* o certame até que a informação defasada prestada ao TCE-ES seja corrigida pelo Município, permitindo a reavaliação dos indícios de irregularidade anteriormente apontados pela área técnica, e que o Contrato 106/2021 seja devidamente considerado pelos Estudos e Relatórios prévios à publicação do Edital.

Os Representantes do Município alegaram que ***(I)*** não houve prestação de informação falsa pelo Município, flertando com a má-fé tal alegação da Representante, pois a solicitação do TCE 1217/2021-7, de 12 de julho de 2021, requerendo informações sobre os contratos vigentes de manutenção, foi respondida, em 20 de agosto de 2021, através do despacho 36115/2021, acompanhada da documentação de suporte e em 05 de outubro de 2021, o E. TCE/ES emitiu a Instrução Técnica Conclusiva 04684/2021-5 que afastou o apontamento; ***(II)*** dessa forma, a informação ao E. TCE foi, portanto, enviada e aceita por este, dois meses antes da nova contratação de serviços de manutenção, o que afasta qualquer ilação de ofensa ao E. TCE por parte da Prefeitura como quer fazer crer a VITORIALUZ; ***(III)*** todas as recomendações exaradas pelo E. TCE na referida instrução normativa foram rigorosamente atendidas e os fatos supervenientes não podem desqualificar a boa-fé das informações prestadas ao tribunal e tampouco desqualificam o edital e seus estudos de suporte; ***(IV)*** o momento de elaboração de um edital guarda distância temporal daquele em que o contrato com a futura concessionária será efetivamente assinado e, mais ainda, daquele em que assumirá efetivamente o comando dos serviços, e por saber dessa divergência temporal e, ao mesmo tempo, saber que a cidade não pode ficar sem qualquer prestação desse tipo de serviço, o edital e a minuta de contrato construíram instrumentos para qualificação do parque de iluminação pública, através da elaboração de um CADASTRO BASE pela concessionária, anteriormente à implantação efetiva da modernização e eficientização do parque e, caso o CADASTRO BASE, a ser aferido pelo Verificador Independente, na forma do item 7.1 do Anexo 5 – Caderno de Encargos, encontre divergência significativa na forma do item 14.3.3 da minuta de contrato, existem instrumentos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para a parte, prefeitura ou concessionária, prejudicada pela divergência.

- Análise

Cabe primeiramente destacar que a atualidade de projetos de concessões e PPP não é aquela defendida pela Representante, pois se cada projeto fosse acompanhar a dinâmica esperada pela Representante nenhum projeto seria concluído, passando quase que diariamente por atualizações.

Ciente disso, o TCU tem entendimento de que os estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental (EVTEA) enviados àquele Tribunal para fins de acompanhamento de concessão de outorga de serviço público devem ter sido

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

produzidos com antecedência máxima de dezoito meses, contados a partir da entrega do EVTEA completo e definitivo (Acórdão TCU 2052/2014-Plenário).

Se fossemos comparar a atualidade de projetos, certamente o Contrato 106/2021, firmado com base em uma licitação de 2018 (CP 12/2018), estaria bem mais defasado que o contrato de PPP a ser firmado com base em estudos realizados em novembro de 2021.

Quanto à prestação de informações ao TCEES, a ordem cronológica dos acontecimentos demonstra que, quando os estudos foram encaminhados ao Tribunal e analisados por sua equipe técnica, realmente, não existia o Contrato 106/2021, firmando com a Representante, como ela própria admite, em dezembro de 2021.

Quanto às alterações do cadastro-base e possíveis inconformidades existentes quando da análise do TCEES, a recomendação tinha o objetivo de tornar a informação o mais atualizada possível, não se tendo apontado que eventuais falhas no cadastro base eram impeditivas ao prosseguimento da licitação.

Mesmo porque, o cadastro-base que norteará as obrigações da concessionária será feito pela própria concessionária, depois da assinatura do contrato de concessão, sofrendo dupla revisão (pela própria Prefeitura e pelo Verificador Independente) antes de ser aprovado, sendo tal condição expressa no edital e, portanto, do conhecimento de todos os licitantes.

De outro norte, eventuais divergências entre o cadastro base do edital e o cadastro base a ser elaborado pela concessionária no âmbito da concessão não afetam os direitos do atual contratado, pois tais cadastros base não têm aplicação no Contrato 106/2021 mantido com a Representante, além do que tais divergências poderão fundamentar processo de reequilíbrio econômico financeiro, na forma do subitem 14.3.3 da minuta do contrato de concessão[1].

Diante do exposto, não se vislumbra a ocorrência de danos ao erário em razão da existência de eventuais divergências entre o cadastro-base do parque de iluminação considerado no edital de licitação e o cadastro-base a ser elaborado pela concessionária antes do início da execução do contrato, entendendo-se que não estão presentes os pressupostos necessários a respaldar a pretensão de suspensão ou anulação do certame.

Deficiência no Orçamento de Investimentos – Relatório de Estudos de Engenharia e Afins desacompanhado de Memória de Cálculo e outras Informações Relevantes – Restrição à Competitividade do Certame e Ofensa ao Princípio da Isonomia – Ofensa ao Equilíbrio Econômico-Financeiro do Futuro Contrato.

O Representante alega, em síntese, que ***(I)*** deve ser retificado também o Relatório de Estudos de Engenharia e Afins anexo ao Edital (Doc. 2), tendo em vista que, da forma como está redigido e apresentado, restringe indevidamente a competitividade do certame e ofende o princípio da isonomia, como já decidido pelo TCE-ES no Acórdão 60/2022, pois o referido Anexo do Edital deveria indicar, fundamentadamente, as necessidades de ampliação do parque de iluminação pública apurando a necessidade de implantação de novos pontos, mas não foi apresentada qualquer fundamentação para o apontamento dos percentuais de implantação apontados; ***(II)*** além de não refletir a real situação do parque porque

[1] 14.3.3. As PARTES farão jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, conforme fórmula definida no subitem 43.7, na hipótese em que a quantidade de PONTOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA verificada no CADASTRO BASE se encontrar abaixo da FAIXA INFERIOR (FI) ou acima da FAIXA SUPERIOR (FS) para cada GRUPO DE PONTOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, qual seja, variação superior a 2% (dois por cento) do CADASTRO BASE. Disponível em: < https://prefeitura.cachoeiro.es.gov.br/sac/paginas_modulo/modulo_licitacao/dfiles/Anexo%20VI%20do%20edital%20-%20MINUTA%20DO%20CONTRATO.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2022.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

elaborado em novembro/2021 – quando inexistente o Contrato de Manutenção 106/2021, em vigor há quatro meses e que já alterou consideravelmente o cenário – o Relatório é amador, ignorando a necessidade de fundamentação de todo e qualquer ato administrativo; ***(III)*** não foram apresentados os levantamentos, estudos e memória de cálculos que justifiquem as necessidades apontadas no "Relatório de Estudos de Engenharia e Afins" para que pudessem ser analisados e questionados pelos licitantes; ***(IV)*** como corretamente apontado pela Instrução Técnica Conclusiva em anexo (Doc. 3), pela área técnica do TCE, "A memória de cálculo dos percentuais adotados para quantificação dos novos pontos de IP deve constar do referido "Relatório e Estudos de Engenharia e Afins" assim como todo e qualquer documento técnico de memória de cálculo para registro de levantamentos, sob risco de comprometer a competitividade da licitação por ônus aos licitantes (para conferência das estimativas adotadas) e/ou por lacuna de isonomia"; ***(V)*** ao ignorar a recomendação do TCE-ES e deflagrar o Edital sem sanar a irregularidade apontada, o Município efetivamente restringiu indevidamente a competitividade do certame e feriu o princípio da isonomia, de forma consciente, pois já alertado pelo Tribunal; ***(VI)*** o equívoco na identificação do número de pontos de iluminação pública hoje existentes e suas características (apuração do CADASTRO BASE) põe em risco a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao longo de sua execução; ***(VII)*** devem ser anexados ao Edital todos os documentos necessários para que os interessados tenham conhecimento, com segurança, dos dados componentes do CADASTRO BASE, inclusive aqueles georreferenciados, como já determinado pelo TCE-ES na ITC 4684/2021 e não atendido pelo Edital 1/2022; ***(IX)*** contrariando a determinação do TCE-ES, não constam "dos autos do processo administrativo" e não foi garantida "a publicidade quando da licitação" dos elementos de anteprojeto considerados na modelagem, muito menos quaisquer dados georreferenciados; ***(X)*** enquanto atual contratada para prestação de serviços de manutenção e gerenciamento da iluminação pública de Cachoeiro de Itapemirim, a ora Representante pode afirmar com segurança que o quantitativo de pontos de iluminação descritos no Relatório de Diagnósticos Operacional, Fiscal e Legal e no Relatório de Engenharia está defasado e não reflete o CADASTRO BASE e, portanto, põe em risco a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do futuro Contrato de Concessão Administrativa; ***(XI)*** a Representante, contratada no início de dezembro/2021, já instalou 901 luminárias LED em apenas 04 meses, o que corresponde a 5% do parque de iluminação pública municipal, sendo a velocidade de alteração do cenário em virtude da execução do Contrato 106/2021 mais uma evidência, inclusive, da eficiência do modelo de gestão atual, e se o Município de Cachoeiro de Itapemirim não tinha conhecimento disso até hoje é porque não promovia licitação destinada à obtenção da melhor proposta para o serviço até a CP 12/2018, optando por inadequadas contratações diretas; ***(XII)*** a definição do CADASTRO BASE está equivocada, existindo muito mais lâmpadas LED instaladas do que fora mencionado e, como é sabido, para a realização de manutenção de longo prazo o impacto do tipo de luminária nos custos é vultoso, bem como para a definição dos marcos de eficiência energética a serem alcançados pelo futuro Concessionário, que refletirão em sua remuneração e no reequilíbrio das prestações; ***(XIII)*** como já destacado pelo TCE-ES (ainda que tenha sido omitido de seu conhecimento o Contrato 106/2021) é imperiosa a apresentação de memória de cálculo que discrimine o real CADASTRO BASE equivalente ao atual parque de iluminação pública com todas as suas características, deixando claro como é a divisão do parque (por potência, apenas por tipo de lâmpada...), o que não fazem os anexos do Edital, devendo, por isso, ser acolhida a Representação e recolhido o Edital.

Os Representantes do Município alegaram que ***(I)*** o momento de elaboração de um edital guarda distância temporal daquele em que o contrato com a futura concessionária será efetivamente assinado e, mais ainda, daquele em que assumirá efetivamente o comando dos serviços, e por saber dessa divergência temporal e, ao mesmo tempo, saber que a cidade não pode ficar sem qualquer prestação desse tipo de serviço, o edital e a minuta de contrato construíram

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

instrumentos para qualificação do parque de iluminação pública, através da elaboração de um CADASTRO BASE pela concessionária, anteriormente à implantação efetiva da modernização e eficientização do parque e, caso o CADASTRO BASE, a ser aferido pelo Verificador Independente, na forma do item 7.1 do Anexo 5 – Caderno de Encargos, encontre divergência significativa na forma do item 14.3.3 da minuta de contrato, existem instrumentos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para a parte, prefeitura ou concessionária, prejudicada pela divergência; ***(II)*** as necessidades de ampliação do parque estão exaustivamente detalhadas no item 3.1.1 do Relatório de Estudos de Engenharia que, mesmo sendo não vinculativos, apresentam os parâmetros utilizados a partir do cadastro existente e da vistoria, a estimativa de projeto que produziu as especificações e os orçamentos elaborados para precificação do edital, sendo que os orçamentos, lista de material e a memória de cálculo estão fundamentados para cada grupo, no item 3.1.3, tabelas 3 a 7 do Relatório de Estudos de Engenharia, não se vislumbrando qualquer insuficiência demonstrativa dos elementos que organizaram a precificação do projeto; ***(III)*** diga-se logo, que o E. TCE, ao expedir as recomendações, entendeu e anuiu com as justificativas do projeto, devidamente aprofundadas para atendimento às solicitações emanadas pela corte de contas, determinando a publicidade "dos elementos considerados na modelagem [e não outros], inclusive projetos anteriores, estudos preliminares, dados obtidos em inspeção técnica e levantamentos cadastrais"; ***(IV)*** o fato da VITORIALUZ ter instalado pontos não registrados nos estudos somente confirma a necessidade de se construir instrumentos de ajuste pois, caso não existissem, obrigaria à realização dos estudos, aprovação pelo demandante, exame e acordão do TCE para o mesmo dia, pois no dia seguinte a situação estará sempre diferente daquela apresentada nos relatórios; ***(V)*** pensar ao contrário é partir da premissa de que a realização da PPP de Iluminação pressupõe a inexistência de algum contrato para troca de luminárias, ou seja, em outras palavras, apenas os Municípios que relegaram o seu parque de iluminação e nunca contrataram qualquer serviço para a sua manutenção poderiam contratar uma PPP; ***(VI)*** o cadastro utilizado foi o existente à época da realização dos estudos, atualizado para agosto de 2021, conforme solicitação do E. TCE, sendo que O CADASTRO BASE será elaborado pela futura concessionária, não sendo argumento aceitável dizer que tal cadastro diverge do atual parque de iluminação pública; ***(VII)*** o Anexo 5 – Caderno de Encargos detalha objetivamente as responsabilidades da Concessionária, especificando demandas de atuação, escopo de atividades, requisitos mínimos, prazos associados, entre outros elementos para a execução dos serviços ao longo de todo o prazo da concessão, dentre as quais a elaboração do cadastro base do parque de iluminação e sua permanente atualização; ***(VIII)*** a Representante constrói uma narrativa completamente inverídica, pois tenta confundir o E. TCE, já que o cadastro base é uma obrigação da Concessionária e não do Concedente, logo, não havendo fundamento para transferir tal obrigação à Prefeitura.

- Análise

Mais uma vez a questão gira em torno de eventuais divergências entre o cadastro base do parque de iluminação utilizado no edital e o cadastro base a ser elaborado pela concessionária antes do início da execução do contrato de concessão.

Dessa forma, reitera-se o já exposto no subitem 5.2 desta peça, no sentido de que:

(I) a atualidade de projetos de concessões e PPP não é aquela defendida pela Representante, pois se cada projeto fosse acompanhar a dinâmica esperada pela Representante nenhum projeto seria concluído, passando quase que diariamente por atualizações;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

(II) o TCU tem entendimento de que os estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e ambiental (EVTEA) enviados àquele Tribunal para fins de acompanhamento de concessão de outorga de serviço público devem ter sido produzidos com antecedência máxima de dezoito meses, contados a partir da entrega do EVTEA completo e definitivo (Acórdão TCU 2052/2014-Plenário);

(III) se fossemos comparar a atualidade de projetos, certamente o contrato 106/2021, firmado com base em uma licitação de 2018 (CP 12/2018), estaria bem mais defasado que o contrato de PPP a ser firmado com base em estudos realizados em novembro de 2021;

(IV) a recomendação do TCEES quanto às alterações do cadastro-base e possíveis inconformidades existentes tinha o objetivo de tornar a informação o mais atualizada possível, não se tendo apontado que eventuais falhas no cadastro base eram impeditivas ao prosseguimento da licitação, uma vez que o cadastro base que norteará as obrigações da concessionária será feito pela própria concessionária, depois da assinatura do contrato de concessão, sofrendo dupla revisão (pela própria Prefeitura e pela Verificador Independente) antes de ser aprovado, sendo tal condição expressa no edital e, portanto, do conhecimento de todos os licitantes; e

(V) eventuais divergências entre o cadastro-base do edital e o cadastro-base a ser elaborado pela concessionária no âmbito da concessão não afetam os direitos do atual contratado, pois não têm aplicação no Contrato 106/2021 mantido com a Representante, além do que tais divergências poderão fundamentar processo de reequilíbrio econômico financeiro, na forma do subitem 14.3.3 da minuta do contrato de concessão.

Por sua vez, na prática, verificou-se que a competitividade do certame não foi prejudicada, tendo se obtido deságio superior a 68%.

Diante do exposto, não se vislumbra a ocorrência de danos ao erário, prejuízos à competitividade ou lesão ao princípio da isonomia em razão da existência de eventuais divergências entre o cadastro-base do parque de iluminação considerado no edital de licitação e o cadastro-base a ser elaborado pela concessionária antes do início da execução do contrato, entendendo-se que não estão presentes os pressupostos necessários a respaldar a pretensão de suspensão ou anulação do certame.

Item 12.3.4.1 do Edital – Restrição Indevida da Competitividade do Certame – Exigência que Não Recai sobre Parcela de Maior Relevância Técnica e Valor Significativo do Objeto – Exigência Econômico-Financeira não Prevista em Lei – Rol Taxativo dos Arts. 30 e 31 da Lei nº. 8.666/93

O Representante alega, em síntese, que ***(I)*** o Item 12.3.4.1 do edital exige para comprovação da habilitação técnica do participante a comprovação de investimento de R$16.000.000,00 ou mais com recursos próprios ou de terceiros, sendo que a última hipótese deve compreender retorno de longo prazo, pertencente ou não ao setor de iluminação pública; ***(II)*** esquece-se o Edital que a Qualificação Técnica se refere, como o próprio nome já diz, ao aspecto técnico do objeto do certame, neste caso, à atividade de engenharia relacionada aos serviços de iluminação pública, sendo ilícito exigir comprovação de investimento por não estar incluída tal permissão nos róis taxativos dos arts. 30 e 31 da Lei 8.666/93, nem na Lei 11.079/04, além de ser indevida por não recair sobre parcela de maior relevância técnica ou valor significativo; ***(III)*** o Edital, ao passo que permite a habilitação de empresas ou consórcios que não tenham nenhuma experiência prévia na execução de objeto similar – como se vê da expressão "...pertencente ou não ao setor de iluminação pública..." – ferindo o interesse público primário de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

resguardar a Administração quanto à qualificação técnica do licitante, impõe requisito relacionado a questões financeiras (realização de investimentos) que não caracterizam parcelas de maior relevância técnica e valor significativo, às quais deveria se limitar, desrespeitando a Súmula 263 do TCU; ***(IV)*** a "parcela" eleita pelo item 12.3.4.1, pelo fato de não consistir em parcela do objeto da futura Concessão, nem de menor, nem de maior relevância, sequer possui previsão em planilha orçamentária, não sendo possível, também, verificar ser significativo ou não; ***(V)*** "realizar investimentos" não é tarefa que compõe a atividade fim para a qual será contratada a licitante vencedora (prestação de serviço de iluminação pública), mas é apenas um meio de exercer a referida atividade; ***(VI)*** não há, na Lei 8.666/93, autorização para exigência de equivalentes de atestados referentes a investimentos para que a atividade fim – esta, sim, composta por parcelas que podem ser identificadas como de maior relevância e valor significativo – possa ser desenvolvida; ***(VII)*** a decisão que rejeitou a Impugnação ao Edital se limitou a afirmar, sem a devida fundamentação, que "por se tratar de uma licitação de Parceria Público Privada (PPP) é importante que a licitante demonstre ter capacidade para realizar investimento necessário para a realização do projeto, em especial pelo fato da capacidade de investimento ser a parcela de maior relevância", como se bastasse afirmar "é parcela de maior relevância" para que assim o seja e como se pudesse ignorar a discussão sobre "valor significativo; ***(VIII)*** o referido item 12.3.4.1 do Edital fere, ainda, o art. 31 da Lei 8.666/93, pois embora se auto intitule requisito de Qualificação Técnica se trata, claramente, de exigência relativa à Qualificação econômico-financeira dos licitantes, fora do rol taxativo previsto pelo citado art. 31, visto que tais exigências também são limitadas pelo legislador; ***(IX)*** se o legislador entendesse necessário um requisito adicional para qualificação econômico-financeira das licitantes em caso de PPPs, teria assim previsto, de forma expressa, na Lei 11.079/2004, mas sua leitura revela que não há previsão de exigência de prova de "capacidade de investimento"; ***(X)*** as exigências devem ser sempre pertinentes ao objeto e obedientes à Lei, de que se afastou o Edital, razão pela qual deve ser extirpado o item 12.3.4.1 do Edital, sob pena de nulidade do certame por restrição indevida da competitividade.

Já os Representantes do Município argumentaram que ***(I)*** há de se considerar que a licitação em comento visa à outorga de uma concessão administrativa, regida pela Lei Federal 11.079/04, cujas especificidades do objeto são, em muito, distintas e superiores daqueles objetos contratados pela Administração no regime ordinário da Lei 8.666/1993, tipicamente marcado por contratos de simples empreitada ou tarefa; ***(II)*** nas concessões, o normal é que pesados investimentos antecedam o início dos serviços e, somente após sua realização, ocorre o início da percepção das receitas que remunerarão o contratado privado durante o longo prazo da concessão; ***(III)*** deve-se esperar de parte da concessionária a capacidade técnica de organizar recursos econômicos em tempo relativamente curto e, acima de tudo, a competência técnica para gerir tais recursos e obter retornos adequados durante prazo de maturação de negócio, notadamente em função do longo tempo necessário para amortização do investimento realizado (contrariamente ao regime da Lei 8.666/93 em que os pagamentos – e a remuneração - pelas obras ou serviços são realizados periodicamente, de forma muito próxima à finalização de cada fase do contrato); ***(IV)*** nas concessões, a amortização dos investimentos ocorre em longos períodos, visto que os prazos das concessões ultrapassam em muito a vigência de contratos de prestação de serviços regidos exclusivamente pela lei de licitações; ***(V)*** a capacidade ou experiência técnica pregressa em realizar investimentos próprios ou captar recursos de terceiros e geri-los adequadamente de forma a se obter o retorno necessário e imprescindível para se assegurar a sustentabilidade do próprio serviço público se transforma, assim, em uma experiência relevante, possuidora de inconfundível faceta técnica, pois exige a aplicação de boas práticas administrativas e de gestão financeira, a abranger a expertise na gestão de investimentos, na gestão de custos e despesas, no controle e mitigação de riscos, na organização de pessoas e de terceiros para realização dos serviços e para a obtenção de retorno em prazos relativamente maiores que o usual; ***(VI)*** desse

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

modo, há aplicação de conhecimento técnico relevante na gestão de investimentos e ações financeiras de um grande empreendimento (a abarcar a captação de recursos por meio de financiamentos) tanto quanto na prestação de um serviço de grande porte, como o é a iluminação pública de toda uma rede municipal; ***(VII)*** bem se vê que a justificativa das exigências estabelecidas segue a lógica própria das concessões, em que a expertise na realização de investimentos, não necessariamente atreladas à saúde financeira da licitante, é requisito técnico e revela que o licitante possui a inteligência e a experiência para a realização de investimentos em infraestrutura, com retorno de longo prazo, requisito imprescindível para assegurar à Administração Pública a certeza na realização do objeto da concessão; ***(VIII)*** desse modo, a habilitação não foca nas características financeiras da licitante, mas no fato de que, ao comprovar que geriu empreendimento semelhante no passado, atesta que possui conhecimento técnico compatível com aquele demandado para a boa execução do contrato em condições semelhantes, estando a qualificação técnica em questão (e não econômica ou financeira) diretamente ligada à ideia de atestar a capacidade gerencial e executora da empresa; ***(IX)*** infere-se que a comprovação de experiência em questão é importante para a própria continuidade do serviço público, pois a ineficiência na gestão financeira gerará a derrocada do empreendimento; ***(X)*** o licitante deve demonstrar que foi capaz de gerir um empreendimento com recursos próprios ou de terceiros (financiamento) e com pagamento também a longo prazo (modelo este típico das PPPs, em que a remuneração se inicia após os investimentos realizados e em que se demanda todo o período da concessão para amortização dos recursos aplicados); ***(XI)*** é importante ressaltar que esse mesmo tipo de exigência de habilitação técnica vem sendo utilizada com sucesso nos demais editais de iluminação modelados do âmbito do FEP- Caixa e do BNDES e também vem sendo aplicada em inúmeros editais de concessão desde há muito, alguns dos quais foram objeto de avaliação por outras Cortes de Contas e, nesse âmbito, foram considerados compatíveis com a legislação; ***(XII)*** importante novamente destacar, que o contrato atualmente vigente com a requerente foi fruto de decisão judicial após longo período de tramitação, o que por consequência inviabiliza que o referido instrumento, assinado recentemente, faça parte de uma PPP em curso, pois até a assinatura do mesmo não se sabia os preços que seriam praticados.

Análise

O apontamento feito pela Representante é típico de quem não está habituado às sensíveis diferenças entre as contratações comuns e as concessões e PPP.

Como bem asseverado pelos Representantes do Município, a lógica das concessões é bastante diferente daquela adotada nos contratos administrativos tradicionais, pois nesses o serviço ou obra são patrocinados pelos pagamentos da Administração Pública, de acordo com o cronograma físico-financeiro, enquanto que nas concessões e PPP o privado precisa ter capacidade financeira (própria ou com recursos de terceiros) para suportar os investimentos, muitas das vezes, sem receber remuneração suficiente para custear os investimentos massivos.

Quanto à natureza da exigência editalícia apontada como ilícita pela Representante, é certo que não é de ordem econômico-financeira, mas sim de ordem técnica, pois não trata da situação econômico-financeira dos licitantes, mas sim de sua capacidade de gerir empreendimento (*project finance*) com recursos de terceiros, em regra mais vantajosos, ou próprios, em regra menos vantajosos.

Por essa razão, por essa expertise técnica, os empreendedores do ramo de concessões e PPP, habituados ao *project finance*, conseguem, em regra, ofertar preços bem menores que os ofertados por empreendedores tradicionais, como pode ser sentido no resultado da licitação da PPP de iluminação pública de Cachoeiro de Itapemirim, que ofertou preço aproximadamente 150% abaixo do praticado no atual Contrato 106/2021.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

Com relação à relevância e ao valor significativo da parcela que se exigiu a experiência pretérita, contrariamente ao que afirmou a Representante, o EVTE informou, na planilha eletrônica 205/2021 dos autos do Processo TC 2101/2021, Aba Capex, investimentos da ordem de 40,9 milhões de reais, e, Aba Opex, despesas operacionais da ordem de 40,4 milhões de reais.

Além disso, o valor estimado do contrato de PPP é de R$ 114.163.938,71, percebendo-se que os investimentos representam aproximadamente 40% desse valor, sendo, portanto, parcela relevante e de valor significativo, pois se exige para tal caracterização que a parcela seja de pelo menos 4% do valor total da contratação, conforme posição jurisprudencial dominante nos Tribunais de Contas e incorporada no § 1º do artigo 67 da Nova Lei Geral de Licitação, Lei 14.133/2021.

Diante do exposto, não se vislumbram prejuízos à competitividade ou ilicitude na exigência feita no subitem 12.3.4.1 do Edital, entendendo-se que não estão presentes os pressupostos necessários a respaldar a pretensão de suspensão ou anulação do certame.

Item 12.3.4.1 – Restrição Indevida da Competitividade – Direcionamento Limitação da Participação a Concessionárias de Serviço Público

O Representante afirma que ***(I)*** subsidiariamente, ainda que fosse possível exigir "experiência prévia em investimentos" para habilitação das interessadas, persistiria a necessidade de revisão do item 12.3.4.1 e consequentemente a republicação do Edital para que preveja, expressamente, a possibilidade de atendimento de tal exigência mediante prova de execução de contratos de empreitada e/ou semelhantes de valor igual ou superior a R$ 16.000.000,00; ***(II)*** a decisão que rejeitou equivocadamente a Impugnação ao Edital se limitou a afirmar que, se a Representante tinha dúvida acerca da aceitação de Atestados referentes a contratos de empreitada e/ou semelhantes deveria ter pedido Esclarecimentos, e não impugnado o Edital, tergiversando ao invés de sanar o vício que pode ser apontado por qualquer das duas vias; ***(III)*** os itens 12.3.4.1.1 e 12.3.4.1.2, ao definirem os documentos necessários à prova da exigência, fazem referência à "declaração e/ou atestados fornecidos pelas instituições financeiras que tenham concedido os financiamentos"; "apresentação de escritura de emissão pública ou privada de debêntures"; "Comprovação de emissão de ações no mercado aberto de capitais"; "Comprovação da instituição de fundo de investimentos" e outros, deixando claro que o Edital exclui os contratos de empreitada e similares firmados em decorrência de certames licitatórios, ainda que em valores muito superiores a R$ 16.000.000,00; ***(IV)*** se o intuito do Município é certificar-se de que a interessada tem competência para gerir grandes somas envolvidas na execução de empreendimentos de grande porte, não há razão lógica ou jurídica para excluir a gestão de empreitadas e similares, objeto de Contratos Administrativos, como forma de demonstrar o preenchimento de tal requisito; ***(V)*** o Município de Vila Velha foi pioneiro na realização de Concorrência para firmação de Parceria Público-Privada tendo como objeto serviços de iluminação pública, tendo sido inserida na Minuta de Edital elaborada por aquele Município cláusula muito similar ao item 12.3.4.1 ora questionado, tendo os responsáveis no processo TC 2345/2019 alegado que a restrição apontada é necessária porque no regime de empreitada o empreiteiro é pago de acordo com o avanço da obra, fazendo, geralmente, um arranjo financeiro em que o valor pago de uma medição se transforma em capital de giro para a continuidade da obra e que tal característica do regime de empreitada não traria segurança de que essas empresas pudessem obter financiamentos para os investimentos previstos na PPP de Iluminação de Vila Velha; ***(VI)*** analisando a referida exigência, a área técnica do TCEES, na Instrução Técnica Conclusiva 195/2020-4, entendeu ser ilegal o afastamento dos empreiteiros executores de obras e serviços de valores igualmente vultosos, pois não há diferenciação entre a capacidade de gestão e a obtenção de financiamentos destes empreiteiros e a dos atuais concessionários de serviços

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

públicos, obtemperando, acertadamente, que tal cláusula limita a participação no certame aos já Concessionários de Serviços Públicos, impedindo o ingresso de novos atores no mercado, o que caracteriza afronta ao princípio da livre iniciativa (art. 170 da CF), direcionamento da licitação e restrição indevida de sua competitividade, além de implicar no favorecimento de fraudes em prejuízo do interesse público primário; ***(VII)*** o Edital em foco é silente quanto à possibilidade de se considerar atendido o requisito de qualificação técnica (indevidamente) definido no item 12.3.4.1 pela apresentação de Atestados que provem a execução de serviços e/ou obras de infraestrutura de valor igual ou superior a R$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) na condição de contratado em regime de empreitada ou equivalente, sendo o silêncio ilegal por gerar dúvida quanto à forma de atendimento do requisito de qualificação técnica, notadamente diante do rol de documentos dos itens 12.3.4.1.1 e 12.3.4.1.2, que apontam para o afastamento indevido deste tipo de contrato; ***(VIII)*** a restrição é indevida e afasta do certame interessados capazes de executar o objeto, que possuem o direito de disputá-lo em igualdade de condições com os demais, ferindo o já citado art. 3º, caput e §1º, I da Lei 8.666/93; ***(IX)*** na remota hipótese de se entender possível a manutenção da exigência contida no item 12.3.4.1, deve ser complementada sua redação para que seja expressamente admitida a prova do atendimento de tal requisito pela apresentação de Atestados que provem a execução de serviços e/ou obras de infraestrutura de valor igual ou superior a R$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) na condição de contratado em regime de empreitada ou equivalente, acrescentando-se ao rol dos itens 12.3.4.1.1 e 12.3.4.1.2 a previsão de apresentação de Atestado fornecido pela pessoa de direito público ou privado contratante da obra ou serviço respectivo, com a consequente republicação do Edital.

Os Representantes do Município afirmaram que ***(I)*** o Edital exige também, dentro da qualificação técnica das licitantes, a comprovação da capacidade de investimento, uma vez que, por se tratar de uma licitação de Parceria Público Privada (PPP), é importante que a licitante demonstre ter capacidade para realizar investimento necessário para a realização do projeto; ***(II)*** de um lado, o setor privado contribui com recursos para os pesados investimentos iniciais demandados em cada projeto, aliviando a situação fiscal do setor público, de outro lado, a gestão e a execução dos serviços públicos é realizada com mais eficiência, economicidade e qualidade, haja vista a maior flexibilidade do parceiro privado e as metas de desempenho estipuladas conjuntamente com outros mecanismos de remuneração variável nos contratos, sendo imprescindível que a licitante interessada demonstre estar apta e tem experiência em realizar investimentos em projetos públicos de grande envergadura, onde se exige o emprego de valores de investimentos significativos.

- Análise

A interpretação da Representante acerca do subitens 12.3.4.1, 12.3.4.1.1 e 12.3.4.1.2 do edital é equivocada, pois o subitem 12.3.4.1 deixa evidente e de forma expressa a possibilidade de comprovação dos investimentos por capital próprio ou por capital de terceiros (financiamentos), ao passo que o subitem 12.3.4.1.2 aceita entre os documentos para comprovação dos investimentos simples “Declarações e/ou atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado contratantes da execução do empreendimento”, conforme se vê a seguir:

> 12.3.4.1. Comprovação de que a PROPONENTE tenha participado de qualquer empreendimento pertencente ou não ao setor de iluminação pública, em que tenha realizado investimentos de R$ 16.000.000,00 (dezesseis milhões de reais) ou mais, na data base da entrega da proposta, **com recursos próprios ou de terceiros, sendo que esta última hipótese deve compreender retorno de longo prazo**, observadas as seguintes condições:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

(i) Para efeito de alcance do valor previsto acima, **é permitida a somatória de documentos de comprovação**, desde que, ao menos em um dos empreendimentos referidos nos documentos de comprovação, a PROPONENTE tenha investimentos de, no mínimo, R$ 8.000.000,00 (oito milhões de reais), na data base da entrega da proposta;

(ii) Será considerado como valor de investimento o montante de recursos aplicados pela PROPONENTE para a construção, reforma, ampliação, aquisição e instalação de equipamentos ou para a modernização e eficientização da infraestrutura e serviços relacionados ao empreendimento atestado; e

(iii) **Para comprovação de que o retorno sobre o capital investido é de longo prazo**, a PROPONENTE deve demonstrar, por meio de apresentação de instrumento contratual pertinente, aplicável, exclusivamente, para fins de comprovação da dívida, **que o prazo do financiamento deve ser superior a 5 (cinco) anos.**

12.3.4.1.1. Poderão ser aceitos, **para fins de comprovação do atendimento da exigência contida no Subitem 12.3.4.1 acima**, dentre outros documentos hábeis, declaração e/ou atestados fornecidos pelas instituições financeiras que tenham concedido os financiamentos, desde que mencionado em referido documento o respectivo empreendimento e os valores obtidos.

12.3.4.1.2. **Serão aceitos como documentos de comprovação para fins de atendimento deste item**:

(i) **Declarações e/ou atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado** contratantes da execução do empreendimento;

(ii) Declarações e/ou atestados fornecidos pelas instituições financeiras que tenham concedido eventuais financiamentos, desde que mencionado o respectivo empreendimento e os valores obtidos;

(iii) Apresentação de escritura de emissão pública ou privada de debêntures;

(iv) Comprovação de emissão de ações no mercado aberto de capitais;

(v) Comprovação da instituição de fundo de investimentos; **ou**

(vi) Declaração da PROPONENTE ou de entidade CONTROLADA, CONTROLADORA ou sob CONTROLE comum que indique os valores investidos com recursos próprios ou de terceiros, acompanhada de cópia de contrato de concessão, de financiamento firmado com instituição financeira, ou demais comprovantes que possuir.

Oportuno salientar, ainda, que ***(I)*** foi permitida somatória de atestados de R$ 8.000.000,00, ***(II)*** o inciso III do subitem 12.3.4.1 se aplica apenas aos casos de empreendimentos realizados com recursos de terceiros e não àqueles realizados com recursos próprios e ***(III)*** o subitem 12.3.4.1.1 se aplica apenas à comprovação da exigência feita no inciso III do subitem 12.3.4.1 (comprovação de investimentos com recursos de terceiros), apesar do erro formal ao não se referir especificamente ao inciso iii do subitem 12.3.4.1.

Além disso, o TCEES entendeu, no Processo TC 2345/2019, através do Acórdão 266/2020, ser lícita exigência, nos mesmos moldes, contida no Edital da PPP de iluminação pública de Vila Velha, sendo oportuno deixar claro que o que a área técnica apontou como irregular naquela oportunidade foi a aceitação de comprovantes de empreendimento realizados com capital de terceiros apenas por

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

concessionárias de serviços públicos, pois se o que se queria comprovar era a capacidade técnica de obter empréstimos de longo prazo, era indiferente que se tratasse de concessionárias de serviços públicos ou não.

Diante do exposto, não se vislumbram prejuízos à competitividade ou ilicitude nas exigências feitas nos subitens 12.3.4.1, 12.3.4.1.1 e 12.3.4.1.2 do Edital, entendendo-se que não estão presentes os pressupostos necessários a respaldar a pretensão de suspensão ou anulação do certame.

Item 19.3 (iv) do Edital – Inserção Indevida na Fase de Contratação e Quantitativo Excessivo – Ofensa ao Princípio da Isonomia, aos art. 3º e 30 da Lei nº. 8.666/93 e ao Entendimento Consolidado do TCU

O Representante afirma que ***(I)*** é ilegal a exigência contida no Item 19.3 (iv) do Edital de Concessão 1/2021 que cobra, como condição para a assinatura do contrato, de experiência em parque de iluminação pública, pelo período de 1 ano, para prestação de serviços de operação, manutenção preventiva e corretiva de, no mínimo, 11000 pontos de iluminação, incluído no escopo a responsabilidade pelo fornecimento de materiais e equipamentos específicos de iluminação pública, pois deve ser direcionada a todos os licitantes, na fase de habilitação, e não apenas ao licitante vencedor, na fase de contratação; ***(II)*** é direito da Representante disputar o certame em igualdade de condições com os demais interessados e a localização de tal exigência no item 19.3 e não no item 12.3.4, pertinente à Habilitação Técnica, coloca em vantagem pessoas jurídicas que não dispõem de qualquer experiência prévia no objeto a ser executado, em detrimento da Representante, que possui décadas de atuação; ***(III)*** o Edital possui um item intitulado 12.3.4 – Habilitação Técnica, e é a ele que pertence a exigência de Atestado relativo à experiência prévia em parcela de maior relevância e valor significativo da obra, tendo o item 12.3.4 sido preenchido com exigência indevida de "capacidade de investimento" – que não guarda relação com maior relevância técnica nem com valor significativo frente ao total do orçamento – ao invés de ser preenchido com a exigência de experiência em um parque de ILUMINAÇÃO PÚBLICA pelo período mínimo de 1 (um) ano de serviços de operação e manutenção preventiva e corretiva; ***(IV)*** afirmar que o Edital "exige que a licitante comprove sua capacidade técnica operacional" não muda o fato de que o Edital não exige tal comprovação, e justamente por isso é impugnado, pois o Edital pede tal prova apenas da licitante declarada vencedora ao final do certame, e não de todas as licitantes, na fase de habilitação, permitindo a habilitação de empresas que não tenham nenhuma experiência na manutenção e operação preventiva e corretiva de parque de iluminação pública, contrariando o art. 30, II e §1º, I da Lei nº. 8.666/93; ***(V)*** é direito da Representante competir em igualdade de condições com os demais interessados e, portanto, é seu direito ver inabilitadas no certame as concorrentes que não comprovem experiência prévia na atividade descrita no item 19.3 (iv) do Edital, que se refere à parcela de maior relevância e valor significativo do objeto do Contrato, sendo imperioso transportar a exigência para o item 12.3.4 – obviamente, após a adequação de quantitativo a ser abordada abaixo; ***(VI)*** o item 19.3 (iv) não trata de "inversão de fases", que somente teria ocorrido se o Edital tivesse definido que, primeiro, seriam abertas todas as propostas e, depois, teriam sido abertos todos os envelopes de habilitação, ou seja, se tivesse invertido a ordem do certame de habilitação ► proposta para proposta ► habilitação; ***(VI)*** se fosse possível exigir a prova da qualificação técnica apenas da licitante vencedora, com muito mais razão se deveria anular o Edital para extirpar todo o item 12.3.4 – Qualificação Técnica, sendo, também por esta razão, ilegal a exigência de prova de "capacidade de investimento" direcionada a todas as licitantes; ***(VIII)*** ou a prova da qualificação técnica deve ser direcionada a todas as licitantes e o Edital deve ser anulado para correção do item 19.3, (iv), ou só deve ser exigida da licitante vencedora e o Edital deve ser anulado para correção do item 12.3.4.1., não sendo cabível que o Município escolha arbitrariamente o que irá exigir de todas as licitantes e o que irá exigir apenas na fase de contratação, a seu bel prazer, direcionando o certame; ***(IX)*** ainda sobre a ilegalidade do item

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

19.3, (iv) do Edital, a definição do quantitativo a ser comprovado a título de experiência prévia também não pode ser arbitrária e imotivada, devendo ser fundamentada pela Administração e observar os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da finalidade e, no caso, o quantitativo de 11.000 (onze mil) PONTOS DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA é excessivo e injustificado diante do quantitativo total de pontos de iluminação pública existentes no Município de Cachoeiro de Itapemirim, pois, conforme Relatório de Diagnósticos das Situações Operacional, Fiscal e Legal anexo ao Edital existem, a saber, 18.556 pontos de iluminação pública no Município; ***(X)*** caso estivessem corretas as referidas informações, teríamos que o quantitativo a ser comprovado nos termos do item 19.3 (iv) do Edital (11.000), representa quase 60% (precisamente, 59,28%) do quantitativo total dos pontos de iluminação atualmente existentes no Município (18.556); ***(XI)*** a exigência feita hoje no Edital só pode ter como base de cálculo o quantitativo hoje existente no parque de iluminação pública, não havendo razão lógica ou jurídica para que contemple a instalação futura e eventual de outros pontos de iluminação; ***(XII)*** a previsão de instalação de 4523 pontos de iluminação pública pela futura Concessionária deriva da premissa de que nenhum ponto estaria sendo instalado porque não haveria contrato de manutenção vigente, premissa esta que é FALSA, como bem sabe o Município e omitiu desta Corte de Contas, pois a implantação de novos pontos e a telegestão previstos na licitação 12/2018 não são de responsabilidade da futura concessionária, pois está vigente o Contrato 106/2021, firmado com a Representante na qualidade de vencedora da CP 12/2018, que não foi cancelada, sendo absurdo cogitar da inclusão destes falsos “novos pontos” no cálculo do quantitativo; ***(XIII)*** tem-se, no caso, mais uma cláusula indevidamente restritiva da competitividade do certame, que retira de interessados capazes de executar o futuro objeto do Contrato de Concessão o direito de disputar o certame em igualdade de condições com os demais; ***(XIV)*** deve ser revisto o item 19.3 (iv) do Edital e adequado o quantitativo exigido ao entendimento consagrado pelo TCU e ao art. 3º, §1º, I da Lei nº. 8.666/93, definindo-se, fundamentadamente, quantitativo inferior a 50% do total de pontos de iluminação existentes conforme Relatório de Diagnósticos das Situações Operacional, Fiscal e Legal para fins de exigência de Atestados, bem como deve ser transportada a exigência para a fase do item 12.4.3 (ou, então, a exigência do item 12.4.3.1 deve ser transportada para a fase do item 19.3).

Os Representantes do Município alegaram que ***(I)*** não há impedimento de se estabelecer um prazo e/ou uma quantidade mínima, desde que, na forma da decisão do STJ antes citada, tais exigências “estiverem assentadas em critérios razoáveis; ***(II)*** a possibilidade de ser exigido quantitativo mínimo nos atestados técnicos é aceita pacificamente pelo TCU, de modo que a administração tenha as garantias necessárias para comprovação de que a empresa possui as condições técnicas para a boa execução dos serviços; ***(III)*** o objeto é a modernização, eficientização do parque de IP de Cachoeiro de Itapemirim, composto de 18.556 pontos existentes e de outros 4523 pontos estimados a serem implantados para cobertura de pontos escuros nas fases iniciais da concessão, conforme item 4.5.2 do Relatório de Estudos de Engenharia, além do crescimento vegetativo, sendo o 11.000 pontos exigidos inferiores a 50% de 23700 pontos até final do contrato, não se vislumbrando qualquer ilegalidade nessa exigência; ***(IV)*** não houve prejuízo à competividade, pois o certame contou com a participação de 7 (sete) licitantes, sendo que dos 7 (sete) licitantes 2 (dois) licitantes são empresas que optaram por não constituir consórcio, participando normalmente do certame, sem qualquer impugnação, ajuizamento de ação judicial ou representação administrativa perante os órgãos de controle.

- Análise

É equivocada a interpretação do subitem 19.3, (iv) do edital pela Representante, uma vez que a exigência de experiência pretérita como condição de assinatura do contrato não restringiu e nem era capaz de restringir a competitividade do certame.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

Ao contrário disso, a exigência aumentou a competitividade ao permitir que empresas que ainda não tivessem a experiência de 1 ano na data de apresentação dos documentos de habilitação pudessem completar tal período até a assinatura do contrato.

Analisando a alegação de possível direcionamento do certame com tal exigência na fase posterior à habilitação, deve-se lembrar que o direcionamento precisa ser provado, apontando-se, por exemplo, para quem se queria direcionar o certame, não bastando a mera alegação.

Sem prova do direcionamento, entende-se que houve boa-fé do gestor público, privilegiando a ampliação da competitividade e não o contrário.

Oportuno frisar, ainda, que a Lei dispõe que a Administração poderá prever no edital exigências de experiência pretérita a título de qualificação técnica, não vedando que ela possa também fazer exigência de experiência técnica pretérita como condição de assinatura do contrato, conforme se dessume dos artigos 48, I, e 64 da Lei 8.666/93[2].

Ademais, se o interesse da comprovação de experiência pretérita é uma forma de garantir que o futuro prestador executará adequadamente o contrato, não se vê óbice a que tal experiência possa ser exigida como condição de assinatura do contrato e não como condição de habilitação, surtindo o mesmo efeito prático esteja localizada na habilitação ou como condição de assinatura do contrato.

Isto porque, se o licitante vencedor não apresentar a comprovação de experiência não poderá assinar o contrato e será convocado o segundo colocado na licitação e assim sucessivamente, não se podendo falar em benefício indevido ou ilicitude se, como dito, não houver prova de direcionamento a determinada empresa ou consórcio.

Além de tudo exposto, o edital previu a inversão de fases em seu subitem 1.4[3], de modo que, de qualquer maneira, somente seria aberto o envelope de habilitação do licitante que ofereceu a melhor proposta comercial, ficando sem qualquer fundamento a alegação de restrição à competitividade feita pela Representante, pois não existia a possibilidade de não conhecimento das propostas comerciais dos licitantes, uma vez que a primeira fase do certame foi a abertura das propostas comerciais de todos os licitantes, nos termos do artigo 13 da Lei 11.079/2004[4].

Assim, se, por exemplo, a Representante tivesse oferecido a melhor proposta comercial e preenchesse todos os requisitos editalícios, sequer permitiria que eventual licitante que ainda não tivesse o atestado de experiência pretérita de 1 ano na operação e manutenção de parque de iluminação de 11000 lâmpadas

---

[2] Art. 48. **Serão desclassificadas**:
I - as **propostas que não atendam às exigências do ato convocatório** da licitação;
Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para **assinar o termo de contrato**, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, **dentro do prazo e condições estabelecidos**, sob **pena de decair o direito à contratação**, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

[3] 1.4. A LICITAÇÃO será processada e julgada com a inversão de fases, pela COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO regularmente instituída, obedecidas as regras, trâmites e prazos estabelecidos neste EDITAL e no ato que a constituiu, na forma do artigo 13 da Lei Federal nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: <https://prefeitura.cachoeiro.es.gov.br/sac/paginas_modulo/modulo_licitacao/dfiles/EDITAL_CP001_2022.pdf>. Acesso em: 16 mai. 2022.

[4] Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que:
I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;
II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor;
III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital;
IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

> fosse beneficiado pelo deslocamento dessa exigência para o momento da assinatura do contrato.
>
> Quanto ao quantitativo de 11.000 lâmpadas à título de experiência pretérita, entende-se correto ter sido considerado o total de lâmpadas durante a vigência do contrato, pois o serviço envolve a operação e manutenção de parque de iluminação com quantitativo de mais de 23000 lâmpadas ao longo da execução do contrato, sendo razoável exigir-se um percentual proporcional a esse quantitativo e não apenas ao quantitativo inicial.
>
> O raciocínio seria diferente se estivéssemos em uma contratação tradicional, com prazo de 12 meses, por exemplo, para operação e manutenção de um parque de iluminação de 18500 lâmpadas, com previsão de ampliação apenas para depois do prazo do contrato, e a exigência fosse feita em percentual baseado no quantitativo ampliado, pois quando a ampliação se concretizasse o contrato não estaria mais vigente e não seria razoável exigir experiência pretérita em percentual de 50% do quantitativo ampliado, pois o contratado sequer operaria ou faria a manutenção do parque ampliado.
>
> Mais uma vez aqui é preciso ter em mente a racionalidade, a lógica, dos contratos de longa duração, como as concessões e PPP, e destacar que, na prática, o certame teve a participação de 7 licitantes e obteve deságio superior a 68%.
>
> Diante do exposto, não se vislumbram prejuízos à competitividade ou ilicitude na exigência feita no subitem 19.3 (iv) do Edital, entendendo-se que não estão presentes os pressupostos necessários a respaldar a pretensão de suspensão ou anulação do certame.

A única inovação documental trazida pela representante após a **Decisão 1795/2022-Segunda Câmara**, que, acompanhando a Manifestação Técnica de Cautelar - MTC 74/2022 decidiu por indeferir a cautelar, foram três documentos colacionados com a Petição Intercorrente 370/2022, nos eventos 84-86, destinados a demonstrar alterações no cadastro-base do parque de iluminação pública de Cachoeiro de Itapemirim decorrentes da continuidade da execução do Contrato 106/2021, mantido entre ela e o Município.

Assim sendo, com base na análise realizada na Manifestação Técnica de Cautelar 74/2022, a Área Técnica, na Instrução Técnica Conclusiva 4080/2022 reiterou em sua integralidade, sendo acompanhada pelo Ministério Público quando do Parecer 5244/2022.

Pois bem.

Destaca-se que no **Processo 1865/2022**, que trata de representação questionando irregularidades no mesmo edital (Edital de Concorrência Pública nº 001/2022) foi informado na Peça Complementar 10118/2022 (evento 41) que a licitação se encontra suspensa desde o dia 24 de março de 2022:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

O MUNICIPIO DE ITAPEMIRIM - ES, através da CPL, torna público que fica SUSPENSA, visando adequação técnica no edital, a CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº. 001/2022
OBJETO: contratação de Empresa especializada na elaboração e implantação do Projeto de Desenvolvimento Econômico da Gestão Urbana e do Projeto de Execução da Regularização Urbanística e Fundiária - Reurb-S, dos Distritos de Itaipava e a localidade de Itaoca do Município de Itapemirim-ES

Itapemirim-ES, 24/03/2022
DELCINEIA R. SILVEIRA
COM. PERMANENTE DE LICITAÇÃO
Presidente

Ainda, em consulta ao portal de transparência[5], bem como a página de licitações do município[6], a Concorrência Pública nº 001/2022 não mais foi identificada.

Vale lembrar, que a Decisão TC nº 1795/2022-9 (evento 91) foi deliberada pelo Colegiado da 2ª Câmara em 03/06/2022, ou seja, em data posterior a suspensão do certame em apreço, conforme indicado acima.

Desse modo, incide no caso concreto o disposto no § 6º do art. 307 do Regimento Interno do TCEES (aprovado pela Res. 261/13). Esse dispositivo legal prevê a perda superveniente do objeto impugnado quando, antes de eventual concessão de medida cautelar, houver o saneamento das supostas irregularidades mencionadas pelo representante, situação na qual deverá ocorrer a extinção do processo sem resolução do mérito.

Este foi o posicionamento desta Corte de Contas em situações semelhantes, conforme se depreende dos julgados abaixo colacionados:

> **1. ACÓRDÃO TC-1003/2022- SEGUNDA CÂMARA**
>
> VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas, em:
>
> **1.1. CONHECER** da presente Representação, uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade do art. 94 da LC 621/2013;
>
> **1.2. EXTINGUIR** o processo sem resolução do mérito, nos termos do §6° do art. 307 do Regimento Interno deste Tribunal, em virtude da perda superveniente do objeto decorrente da suspensão do Edital de Concorrência Pública 003/2022;
>
> **1.3. DETERMINAR** que o Município de Fundão – quando da assinatura do contrato que aglutine Destinação Final dos Resíduos ao transporte do transbordo – exija:
>
> **1.3.1. Carta de compromisso** do transportador com o aterro sanitário;

[5] https://transparencia.itapemirim.es.gov.br/licitacoes
[6] https://www.itapemirim.es.gov.br/licitacoes

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

1.3.2. Declaração do transportador de que assume o compromisso de contratar para a destinação final apenas e tão somente empresas que preencham todas as exigências ambientais e que não estejam proibidas de contratar com a Administração Pública;

1.4. DETERMINAR que o Município de Fundão – quando firmar contrato que aglutine Destinação Final dos Resíduos ao transporte do transbordo –, fiscalize periodicamente se o destino final atende a todas as exigências ambientais e verifique que não esteja impedido de contratar com a Administração Pública;

1.5. DETERMINAR, quando da retomada do certame em tela ou qualquer outro em que tenha em seu escopo "Serviço de Coveiro" ou "Limpeza de Cemitérios", que os mesmos sejam licitados em lotes isolados dos demais serviços inerentes ao escopo de Limpeza Pública, dando ciência a esta Corte de Contas e atentando para as orientações do item 9.1.1 das orientações Técnicas para Elaboração de Projeto Básico para Contratação de Serviços de Coleta de resíduos Domiciliares Urbanos, aprovada pela Instrução Normativa 52, de 23 de julho de 2019, estando os responsáveis, em caso de descumprimento a essa determinação, sujeitos às multas previstas nas hipóteses constantes do Art. 135, II, III, IV e VII, da Lei Complementar estadual 621/2012. c/c Art. 389. II, III e VII do RITCEES.

1.6. Dar **ciência** ao Representante do teor desta decisão;

1.7. Após os trâmites regimentais, **arquivar** os autos.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 19/08/2022 – 33ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (no exercício da presidência/relator) e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antonio da Silva (em substituição).

ACÓRDÃO TC-1075/2021- SEGUNDA CÂMARA

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. CONSIDERAR PREJUDICADO o pedido cautelar, em razão da anulação do Pregão Eletrônico 036/2021 do Município de Colatina;

1.2. EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, considerando a perda superveniente do objeto nos termos do artigo 307, § 6º, do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013;
1.3. DAR CIÊNCIA ao representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013;
1.4. ARQUIVAR os presentes autos, nos termos do inciso III do artigo 330, da Resolução TC nº 261/2013 - RITCEES.
2. Unânime

3. Data da Sessão: 17/09/2021 - 43ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara

4. Especificação do quórum:

4.1 Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator) e Domingos Augusto Taufner.

ACÓRDÃO 1247/2022- PLENÁRIO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDAM os Conselheiros do Tribunal

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas em:

1.1. EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO por perda superveniente do objeto, com fulcro no artigo 307, § 6º, RITCEES;

1.2. Dar ciência aos interessados do teor da decisão conforme determina §7º, art. 307 do RITCEES;

1.3. Após os trâmites regimentais, arquivar os presentes autos

2. Unânime

3. Data da Sessão: 13/10/2022 – 51ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Domingos Augusto Taufner (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Sérgio Manoel Nader Borges, Rodrigo Coelho do Carmo e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

Entende-se que a anulação do certame é situação em que as supostas irregularidades suscitadas deixam de existir no mundo jurídico, já que o Edital não será levado adiante e nenhum ato ou contrato administrativo decorrerá dele.

Pode-se depreender que com a anulação houve o saneamento das supostas irregularidades, já que o certame licitatório não possui mais qualquer potencialidade lesiva ao interesse público ou particular, merecendo o feito ser extinto sem resolução de mérito.

Assim, a partir do momento em que não há mais potencial lesivo da suposta irregularidade e considerando a existência de autorização regimental para tanto, com a devida vênia divirjo do entendimento exposto pela área técnica e pelo Ministério Público de Contas, por entender que o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, em razão da perda superveniente do objeto.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Diante do exposto, divergindo entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aprovem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão colegiada, ante as razões expostas pelo relator, em:

1. EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, considerando a perda superveniente do objeto nos termos do artigo 307, § 6º, do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013;

2. DAR CIÊNCIA ao representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013;

3. ARQUIVAR os presentes autos, nos termos do inciso III do artigo 330, da Resolução TC nº 261/2013 - RITCEES.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES:

I - RELATÓRIO

Trata-se de Representação, com pedido cautelar, protocolizada em 27/4/2022, discorrendo acerca de supostas irregularidades no edital da licitação da Concorrência Pública 1/2022, da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, que trata de parceria público-privada (PPP), na modalidade concessão administrativa, para prestação de serviços de iluminação pública, incluídos desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública.

Com relação aos demais atos processuais, peço vênia aos meus pares para adotar o relatório formulado pelo Relator, Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti, por ocasião da

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

prolação de seu voto durante a 48ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara desta Corte de Contas, ocorrida na data de 02/12/2022.

Ao final do *decisium*, concluiu o Relator pela extinção do processo sem resolução do mérito em razão da perda superveniente do objeto, com arrimo no artigo 307, § 6º, do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013.

Em razão das considerações contidas no voto, entendi por bem pedir vista dos autos para melhor analisar os fatos e fundamentos que compõem este caderno processual.

Sendo assim, passo à fundamentação.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Conforme se verifica, trata-se de Representação, com pedido cautelar, protocolizada em 27/4/2022, discorrendo acerca de supostas irregularidades no edital da licitação da Concorrência Pública 1/2022, da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, que trata de parceria público-privada (PPP), na modalidade concessão administrativa, para prestação de serviços de iluminação pública, incluídos desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública.

Ao examinar os autos, é possível antever que, após a elaboração da Manifestação Técnica de Cautelar 74/2022, a única inovação documental trazida pela representante diz respeito a três documentos colacionados no bojo da Petição Intercorrente 370/2022, destinados a demonstrar alterações no cadastro-base do parque de iluminação pública de Cachoeiro de Itapemirim decorrentes da continuidade da execução do Contrato 106/2021, mantido entre a representante e o Município.

Repise-se que a Manifestação Técnica de Cautelar 74/2022 já pontuou que a existência de eventuais inconsistências entre o cadastro-base do parque de iluminação integrante da licitação e o atual cadastro-base não seriam suficientes para macular o certame, uma vez que a concessionária que assumir o serviço deverá fazer o levantamento do parque de iluminação e as divergências entre o cadastro-base que instruiu a licitação e o cadastro-base feito pela concessionária e aprovado pelo Poder Concedente, e, pelo Verificador Independente, poderiam

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tanto em favor da Município quanto em favor da Concessionária.

Neste aspecto, advirto que os técnicos desta Corte, em sede de análise cautelar, examinaram todas as impugnações levantadas contra o certame através dos itens **5.1** - Descumprimento do Art. 10, I, a da Lei nº. 11.079/2004 – Não Apresentação de Estudo de VFM (Value For Money) – Não Comprovação de Vantajosidade da PPP; **5.2 -** Erro de Diagnóstico – Não Consideração do Contrato 106/2021 no Diagnóstico da Situação Operacional – Prestação de Informação Falsa e/ou Defasada ao TCE-ES – Indução do TCE-ES a erro – Ofensa ao Equilíbrio Econômico-Financeiro do Futuro Contrato – Ofensa aos Direitos do Atual Contratado; **5.3 -** Deficiência no Orçamento de Investimentos – Relatório de Estudos de Engenharia e Afins desacompanhado de Memória de Cálculo e outras Informações Relevantes – Restrição à Competitividade do Certame e Ofensa ao Princípio da Isonomia – Ofensa ao Equilíbrio Econômico Financeiro do Futuro Contrato; **5.4 -** Item 12.3.4.1 do Edital – Restrição Indevida da Competitividade do Certame – Exigência que Não Recai sobre Parcela de Maior Relevância Técnica e Valor Significativo do Objeto – Exigência Econômico Financeira não Prevista em Lei – Rol Taxativo dos Arts. 30 e 31 da Lei nº. 8.666/93; **5.5** - Item 12.3.4.1 – Restrição Indevida da Competitividade – Direcionamento Limitação da Participação a Concessionárias de Serviço Público e item **5.6** - Item 19.3 (iv) do Edital – Inserção Indevida na Fase de Contratação e Quantitativo Excessivo – Ofensa ao Princípio da Isonomia, aos art. 3º e 30 da Lei nº. 8.666/93 e ao Entendimento Consolidado do TCU, e concluíram, ao final, pelo afastamento de todas as supostas irregularidades ali deduzidas.

Em razão das conclusões acima externadas, quando da posterior elaboração da Instrução Técnica Conclusiva 4080/2022, esta se reportou à análise já realizada através da Manifestação Técnica de Cautelar 74/2022, de modo a reiterar, na integralidade, os fundamentos de fato e de direito ali delineados, opinando pela improcedência da representação e pugnando pela extinção do processo com resolução de mérito.

Ocorre que, o Conselheiro Relator dos presentes autos, ao proferir seu voto, pontuou que o Edital de Concorrência Pública nº 001/2022 se encontraria **suspenso** desde o dia 24 de março de 2022, **conforme informações que teria extraído do Processo 1865/2022, que, segundo afirma, se trata do mesmo edital.**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

Informou ainda que, **em consulta ao portal de transparência, bem como na página de licitações do município, teria observado que a Concorrência Pública nº 001/2022 não mais teria sido identificada.**

Assim, concluiu que teria havido **perda do objeto,** divergindo parcialmente da equipe técnica e no Ministério Público Especial de Contas, manifestando-se no seguinte sentido:

> Desse modo, incide no caso concreto o disposto no § 6º do art. 307 do Regimento Interno do TCEES (aprovado pela Res. 261/13). **Esse dispositivo legal prevê a perda superveniente do objeto impugnado quando, antes de eventual concessão de medida cautelar, houver o saneamento das supostas irregularidades mencionadas pelo representante,** situação na qual deverá ocorrer a extinção do processo sem resolução do mérito.
>
> Entende-se que a anulação do certame é situação em que as supostas irregularidades suscitadas deixam de existir no mundo jurídico, já que o Edital não será levado adiante e nenhum ato ou contrato administrativo decorrerá dele. Pode-se depreender que com a anulação houve o saneamento das supostas irregularidades, já que o certame licitatório não possui mais qualquer potencialidade lesiva ao interesse público ou particular, merecendo o feito ser extinto sem resolução de mérito.

Sobre essas questões, tenho posicionamento divergente, vez que entendo não se tratar de hipótese de perda do objeto, nem tampouco tratar-se do mesmo edital do Processo 1865/2022, tomado como referência nos presentes autos.

Explico.

Em rápida consulta ao sistema virtual de licitações da Prefeitura de Cachoeiro de Itapemirim[7], encontra-se aviso acerca da **Concorrência Pública 001/2022, objeto do presente processo.**

7 https://sistemasprefeitura.cachoeiro.es.gov.br/servicos/site.php?nomePagina=LICITACAO&tipo=encerradas

Devo advertir que os presentes autos se referem a uma Concorrência Pública ocorrida no âmbito da **Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim**, **e não do Município de Itapemirim.**

Digo isso pois, o **Processo 1865/2022,** mencionado no corpo do voto Relator, ao afirmar se tratar de representação questionando irregularidades **no mesmo edital de Concorrência Pública nº 001/2022 dos presentes autos,** equivoca-se de forma indubitável, isso porque o **Processo 1865/2022 diz respeito a Prefeitura Municipal de Itapemirim, que tem como objeto edital de concorrência pública diverso do que ora se analisa.**

Assim sendo, no bojo do Voto 6055/2022 (Voto Relator), para além de se tratarem de Municípios diferentes, resta clarividente não se tratarem nem mesmo do mesmo edital de concorrência pública, quando se analisa o objeto de contratação a que se refere a **Concorrência Pública nº 001/2022 - Processo 1865/2022,** transcrita na integralidade naquele *decisium*, senão vejamos:

> **O MUNICIPIO DE ITAPEMIRIM - ES,** através da CPL, torna público que fica SUSPENSA, visando adequação técnica no edital, a CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº. 001/2022
> OBJETO: contratação de Empresa especializada na elaboração e implantação do Projeto de Desenvolvimento Econômico da Gestão Urbana e do Projeto de Execução da Regularização Urbanística e Fundiária - Reurb-S, dos Distritos de Itaipava e a localidade de Itaoca do Município de Itapemirim-ES
>
> Itapemirim-ES, 24/03/2022
> **DELCINEIA R. SILVEIRA**
> COM. PERMANENTE DE LICITAÇÃO
> Presidente

A concorrência *supra* (objeto dos autos do Processo 1865/2022) tem como escopo a contratação de Empresa especializada na implantação do Projeto de Desenvolvimento Econômico da Gestão Urbana e do Projeto de execução da regularização urbanística e fundiária.

Os presentes autos tratam de Concorrência Pública nº 001/2022 – Proc. Nº 14758/2020, tendo como objeto a **concessão administrativa para prestação dos serviços de iluminação pública no município de Cachoeiro de Itapemirim/ES, incluídos o desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública.**[8]

Saliento ainda que os sítios eletrônicos (https://transparencia.itapemirim.es.gov.br/licitacoes e https://www.itapemirim.es.gov.br/licitacoes) colacionados no voto *supra* também **não**

[8] https://sistemasprefeitura.cachoeiro.es.gov.br/transparencia/diario/arq/Diario6500-24.pdf

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

se referem ao Município de Cachoeiro do Itapemirim, mas sim ao de Itapemirim, conforme se pode verificar.

Extrai-se, portanto, de todas as informações aqui delineadas, que o presente caso dos autos não se trata de hipótese de perda do objeto, tampouco de extinção do processo sem resolução do mérito.

Tenho ainda como tópico pertinente advertir, desde já, que, em casos de **suspensão** do certame, **estes não se perfazem em perda do objeto.**

De certo que, havendo a **revogação** do procedimento licitatório por parte da Administração Pública, compreendo que a solução reside no encerramento do feito sem julgamento ante a perda superveniente do objeto, na forma do art. 307, §6º, da Resolução TCEES nº. 261/2013.

Em outras oportunidades já me manifestei neste sentido, conforme os Processos TC nºs. 11.771/2014, 4504/2016, 3659/2017, todos de minha Relatoria.

Ocorre que a situação ora tratada **não** se amolda àquela prevista no art. 307, §6º, da Resolução TCEES nº. 261/2013, de modo que, ainda que não houvesse as inconsistências e discrepâncias aqui apontadas, não se trataria de hipótese de perda do objeto tão somente em razão da suspensão do certame.

Outrossim, reitero que perfilho das mesmas fundamentações de fato e de direito sopesadas através da Manifestação Técnica de Cautelar 74/2022, e reiteradas através da Instrução Técnica Conclusiva 4080/2022, fazendo-as constar no corpo deste voto, sem a necessidade de transcrição a fim de evitar repetições desnecessárias.

Por todo o exposto, e com base nos argumentos fáticos e jurídicos acima delineados, corroborando com as manifestações da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, divergindo parcialmente do Relator, Conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, submeto voto no sentido de que este Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Colegiada, ante as razões expostas pelo Relator por:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

1. **CONHECER** a presente Representação, para, no mérito, julgá-la **IMPROCEDENTE**, com arrimo no art. 178, inciso I, do RITCEES[9], nos termos deste Voto;

2. **EXTINGUIR** o processo **COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO;**

3. **CIENTIFICAR** os interessados da presente decisão;

4. **ARQUIVAR** os autos, após o trânsito em julgado

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
Conselheiro

VOTO COMPLEMENTAR DO RELATOR

O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:

1 RELATÓRIO

Tratam os autos de **REPRESENTAÇÃO COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR**, formulada por VITORIALUZ CONSTRUÇÕES LTDA., perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face do Município de Cachoeiro de Itapemirim, em que alega irregularidade no **Edital de Concessão nº 001/2022** (Concorrência Pública), cujo objeto é a *"delegação, por meio de Concessão Administrativa, da prestação dos serviços de iluminação pública no município, incluídos o desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública."*

Na 48ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara deste Tribunal de Contas, realizada em 02/12/2022, apresentei meu voto com o seguinte dispositivo:

[9] Art. 178. Encerrada a fase de instrução, a denúncia será submetida à Câmara ou ao Plenário, que decidirá:
I - pela improcedência, quando não constatada ilegalidade ou irregularidade;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

> ***1. EXTINGUIR O PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO**, considerando a perda superveniente do objeto nos termos do artigo 307, § 6º, do RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013;*
>
> ***2. DAR CIÊNCIA** ao representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º RITCEES, aprovado pela Resolução TC nº 261/2013;*
>
> ***3. ARQUIVAR os presentes autos**, nos termos do inciso III do artigo 330, da Resolução TC nº 261/2013 - RITCEES.*

Na mesma sessão o eminente Conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges solicitou vista dos autos, posteriormente apresentando seu r. Voto Vista, que encaminha nos seguintes termos:

> ***1. CONHECER** a presente Representação, para, no mérito, julgá-la **IMPROCEDENTE**, com arrimo no art. 178, inciso I, do RITCEES, nos termos deste Voto;*
>
> ***2. EXTINGUIR** o processo **COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO;***
>
> ***3. CIENTIFICAR** os interessados da presente decisão;*
>
> ***4. ARQUIVAR** os autos, após o trânsito em julgado.*

Assim, passo a apresentar o presente

V O T O C O M P L E M E N T A R

2. DA FUNDAMENTAÇÃO:

Como já mencionado, trata-se de representação com pedido de concessão de medida cautelar, formulada por VITORIALUZ CONSTRUÇÕES LTDA., perante este Egrégio Tribunal de Contas, em face do Município de Cachoeiro de Itapemirim, em que alega irregularidade no **Edital de Concessão nº 001/2022** (Concorrência Pública), cujo objeto é a *"delegação, por meio de Concessão Administrativa, da prestação dos serviços de iluminação pública no município, incluídos o*

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública."

Alega a representante, em síntese, que a fase interna do certame foi objeto de acompanhamento concomitante (antes da publicação do Edital) deste Tribunal através do Processo TC 02101/2021, tendo sido produzida a Instrução Técnica Conclusiva 04684/2021, encampada pelo Acórdão TC 00060/2022, que verificaram inconsistências e ilegalidades na fase interna e na minuta de Edital que deveriam ser solucionadas antes da publicação do Edital, sendo expedidas recomendações, porém, afirma que não foram elas integralmente atendidas pelo Município, resultando na deflagração de certame que não reúne condições de prosseguimento nos termos da Lei nº. 11.079/2004.

Pois bem.

Devo destacar a **Representação 05659/2022-2** de minha relatoria, na qual refere-se ao mesmo Edital de Concessão (nº 001/2022), tratado nos presentes autos.

Naqueles autos, em 22/8/2022, por meio do Voto 4187/2022 (evento 147) decidi deferir a medida cautelar pleiteada, determinando ao responsável que suspendesse a Concorrência Pública 1/2022, na fase em que se encontrasse, e, caso já tivesse o certame se ultimado, que suspendesse a execução do contrato, ou se abstivesse de assiná-lo, até decisão ulterior deste Tribunal, submetendo os presentes autos ao rito sumário, tendo o Tribunal acompanhado o voto e deferido a medida cautelar, através da Decisão 2747/2022 (evento 148) de 23/8/2022:

> ***1. DECISÃO TC-2747/2022-1***
>
> ***VISTOS**, relatados e discutidos estes autos, **DECIDEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão do Plenário, ante as razões expostas, em:*
>
> ***1.1. DEFERIR** a medida cautelar pleiteada, diante da presença de seus requisitos, conforme discorrido no item 2.2 acima, **determinando ao responsável que suspenda a Concorrência Pública nº 01/2022,** cujo objeto é a "prestação dos serviços de iluminação pública no município de Cachoeiro de Itapemirim/ES,*

incluídos o desenvolvimento, modernização, expansão, eficientização energética, operação e manutenção da rede municipal de iluminação pública", na fase em que se encontrar, e, caso já tenha esse certame se ultimado, que suspenda a execução do contrato, ou se abstenha de assiná-lo, até decisão ulterior deste Tribunal, submetendo os presentes autos ao rito sumário.

***1.2. NOTIFICAR** a Secretaria Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim, na pessoa de seu Secretário, nos termos do art. 307, § 4º, do Regimento Interno, para imediato cumprimento da decisão, publicação de extrato na imprensa oficial quanto ao teor da decisão e comunicação a esta Corte, no prazo de 10 dias, das providências adotadas, devendo se pronunciar, nos termos do art. 307, § 3º do Regimento Interno, no mesmo prazo de 10 dias.*

***1.3. DAR CIÊNCIA** na forma regimental.*

***1.4. ENCAMINHAR** os autos à Secretaria Geral de Controle Externo, para instrução do feito, que se encontra submetido a rito sumário.*

***2.** Unânime*

***3.** Data da Sessão: 23/08/2022 – 41ª Sessão Ordinária do Plenário*

***4.** Especificação do quórum:*

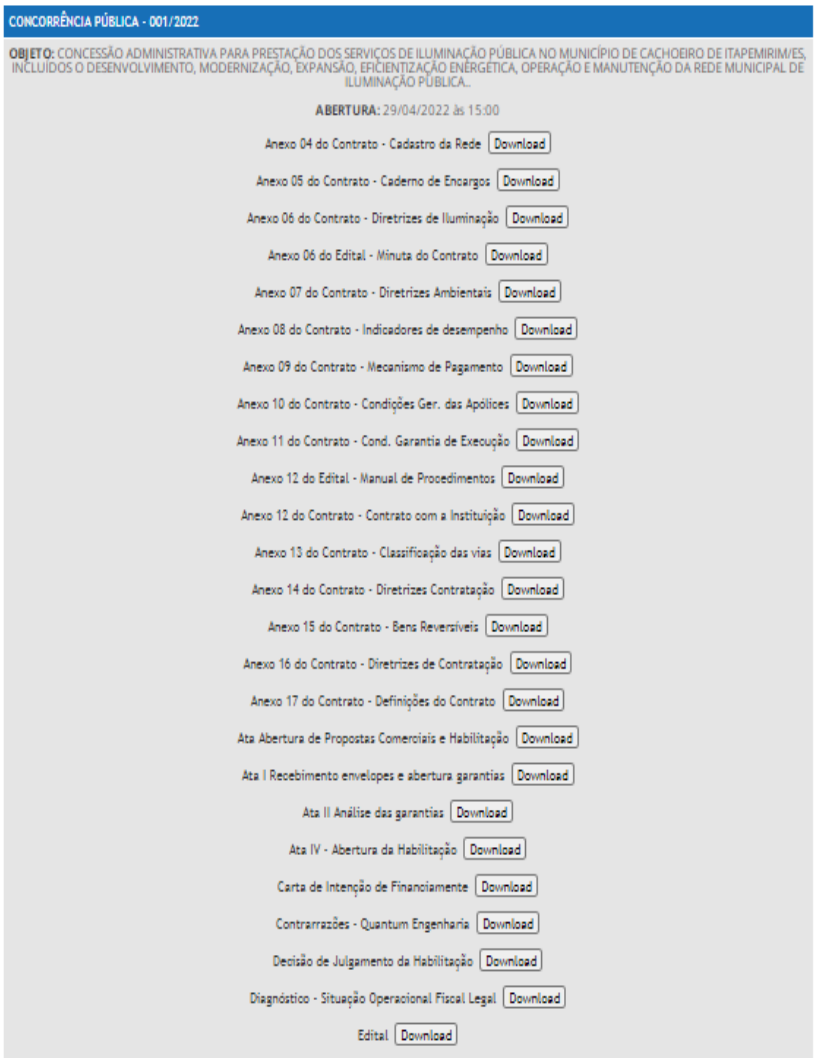
***4.1.** Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sebastião Carlos Ranna de Macedo, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Domingos Augusto Taufner e Rodrigo Coelho do Carmo.*

***5.** Membro do Ministério Público de Contas: procurador Heron Carlos Gomes de Oliveira em substituição ao procurador-geral.*

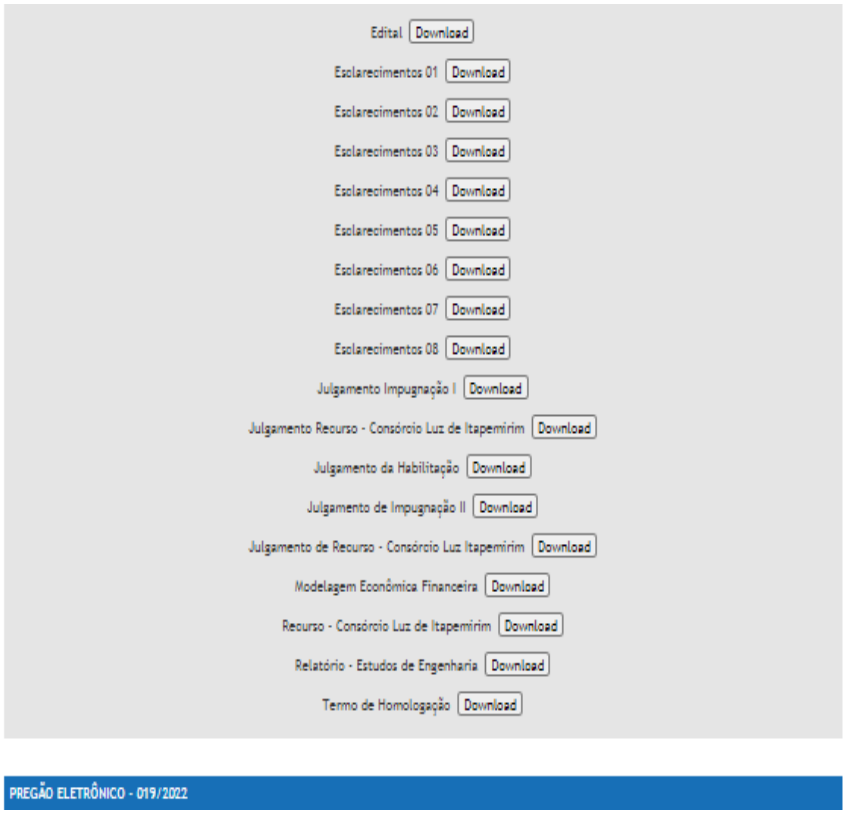
Embora tenha sido citada no Processo 05659/2022-2 sobre a Decisão 2747/2022, (Termo de Notificação 1852/2022 – evento 149), em especial quanto à obrigação de comprovar perante o Tribunal, no prazo de 10 dias, a publicação da decisão de suspensão da licitação na fase em que se encontrar ou da decisão de abstenção de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

assinatura do contrato ou de suspensão de sua execução, caso tivesse sido assinado, a Secretaria Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim quedou-se inerte, como se verifica no evento "Comunicação sem resposta", localizado após o evento 150, e como se vê a seguir na consulta ao site da licitação[10]:



[10] Disponível em: https://prefeitura.cachoeiro.es.gov.br/servicos/site.php?nomePagina=LICITACAO&tipo=encerradas. Acesso em: 6 out. 2022.



Ressalto ainda que foi interposto o Agravo 07855/2022, pelo Senhor Alexandro da Vitória, em face da decisão 2747/2022, proferida no Processo 05659/2022-2 que deferiu a medida cautelar. Tal agravo teve seu provimento negado, na 3ª Sessão Ordinária da 1ª do dia 10/02/2023, sendo mantida a cautelar concedida pela Decisão 2747/2022, vez que demonstrada a presença de risco da ineficácia da decisão e potencial prejuízo ao erário, bem como às partes.

Pelo exposto acima, podemos observar que embora tenha sido notificada da Decisão 2747/2022 (Termo de Notificação 1852/2022 – evento 149), a Secretaria Municipal de Urbanismo, Mobilidade e Cidade Inteligente de Cachoeiro de Itapemirim quedou-se inerte, como se verifica no evento “Comunicação sem resposta”, localizado após o evento 150, **não tendo sido comprovado nos autos o devido cumprimento da medida cautelar.**

Pois bem.

É sabido que a suspensão do certame antes da concessão da medida cautelar não ocasiona necessariamente a perda do objeto, haja vista que ele pode retornar, sendo que isso também pode ocorrer quando revogado, diga-se de passagem, pois pode ser

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

revogado e republicado, devendo a perda do objeto ocorrer apenas se o responsável sanar as supostas irregularidades apontadas pelo representante, é o que dispõe o artigo 307, § 6º do RITCEES.

Ainda, dispõe o artigo 378 do RITCEES sobre a revogação ou anulação do ato impugnado pela Administração Pública, após a concessão de medida cautelar pelo Tribunal, vejamos:

> *Art. 378. A revogação ou anulação do ato impugnado pela Administração Pública, após a concessão de medida cautelar pelo Tribunal, não prejudica a apreciação de mérito e, se for o caso, a aplicação de sanções ao responsável, quando houver necessidade de se expedir determinação ao exato cumprimento da lei ou quando caracterizada tentativa de fraude à atividade judicante do Tribunal.*

Fato é que independente dessa discussão, analisando melhor os autos, penso que deva ser aplicado o princípio da primazia do julgamento de mérito, considerando que tal princípio consagra a orientação de que a atividade jurisdicional se conduza pela atividade satisfativa dos direitos discutidos em juízo.

Assim, o Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) trouxe o que parte da doutrina denomina de princípio da primazia do julgamento de mérito, instituto compreendido como basilar para que o processo alcance a sua finalidade no menor tempo possível, nos seguintes termos, *in verbis:*

> ***Código de Processo Civil***
> *Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.*
> *(...)*
> *Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*

O prof. Elpídio Donizetti, ao tratar do art. 4º, assim se manifestou:

> *Ademais, nesse mesmo dispositivo, o legislador consagrou o chamado "princípio da primazia do julgamento do mérito", que pode ser sintetizado da seguinte forma: o julgador deve, sempre que possível, priorizar o julgamento do mérito, superando ou viabilizando a correção dos vícios processuais e, consequentemente, aproveitando todos os atos do processo*[11].

Ainda sobre a temática, o doutrinador Humberto Theodoro Junior[12] leciona que:

> (...) **a <u>regra máxima é a resolução do litígio</u>, e <u>só por extrema impossibilidade de pronunciá-la é que se tolera a excepcional extinção do processo sem julgamento do mérito.</u>**

O mesmo Código de Processo Civil, em seu artigo 15, referenda a aplicação supletiva e subsidiária, nos processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, das suas normas. Vejamos:

> *Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.*

O que preconiza o disposto acima não deve ser propriamente visto como uma novidade no âmbito desta Corte de Contas. Isso porque a Lei Complementar Estadual n. 621/2012, que se constitui na nossa lei orgânica. Em seu artigo 70, essa aplicação subsidiária resta clara, conforme abaixo:

> *Art. 70. Aplicam-se aos processos no âmbito do Tribunal de Contas, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil.*

Resta referendada, portanto, a aplicação, no âmbito desta Corte, das disposições do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, acompanho o entendimento técnico e ministerial quanto a improcedência da presente representação, com base na análise já realizada na

[11] Curso didático de direito processual civil – 19. ed. Revista e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256, de 04 de fevereiro de 2016 – São Paulo: Atlas, 2016.
[12] THEODORO JUNIOR, Humberto. *Código de Processo Civil Anotado,* 22ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 8

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

Manifestação Técnica de Cautelar 74/2022 (evento 82), reiterada em sua integralidade na Instrução Técnica Conclusiva 4080/2022 (evento 114):

> **3- ANÁLISE**
>
> A única inovação documental trazida pela representante após a MTC 74/2022, que sugeriu o indeferimento da cautelar, foram três documentos colacionados com a Petição Intercorrente 370/2022, nos eventos 84-86, destinados a demonstrar alterações no cadastro-base do parque de iluminação pública de Cachoeiro de Itapemirim decorrentes da continuidade da execução do Contrato 106/2021, mantido entre ela e o Município.
>
> Como já frisado na análise feita na MTC 74/2022 (evento 82), eventuais inconsistências entre o cadastro-base do parque de iluminação integrante da licitação e o atual cadastro-base não são suficientes para macular o certame, uma vez que a concessionária que assumir o serviço deverá fazer o levantamento do parque de iluminação e as divergências entre o cadastro-base que instruiu a licitação e o cadastro-base feito pela concessionária e aprovado pelo Poder Concedente e pelo Verificador Independente poderão ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tanto em favor da Município quanto em favor da Concessionária.
>
> Dessa forma, com base na análise já realizada na MTC 74/2022, ora reiterada em sua integralidade na presente ITC, sugere-se a improcedência da representação e a extinção do processo com resolução de mérito.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Diante do exposto, acompanhando o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, **VOTO** no sentido de que os eminentes Conselheiros aprovem a seguinte minuta de Acórdão que submeto à consideração.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão colegiada, ante as razões expostas pelo relator, em:

1. CONSIDERAR IMPROCEDENTE a presente representação, na forma do artigo 178, inciso I da Resolução TC 261/2013 – RITCEES;

2- DAR CIÊNCIA aos interessados, bem como ao representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º[13] da Resolução TC 261/2013 - RITCEES;

3. ARQUIVAR os presentes autos, na forma do art. 330, V[14], da Resolução TC 261/2013 - RITCEES

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO TC- 169/2023-6

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **RESOLVEM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em sessão da Segunda Câmara, ante as razões expostas, em:

1.1 CONSIDERAR IMPROCEDENTE a presente representação, na forma do artigo 178, inciso I da Resolução TC 261/2013 – RITCEES;

1.2 DAR CIÊNCIA aos interessados, bem como ao representante, conforme mandamento do art. 307, § 7º[15] da Resolução TC 261/2013 - RITCEES;

[13] Art. 307. Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.
(...)
§ 7o O representante será cientificado da decisão do Tribunal.
[14] Art. 330. O processo será arquivado nos seguintes casos:
(...)
V - quando houver decisão do colegiado, ou da Presidência, pelo seu encerramento, após expedidas as comunicações e expirados os prazos dos recursos cabíveis;
[15] Art. 307. Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.
(...)
§ 7o O representante será cientificado da decisão do Tribunal.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B

1.3 ARQUIVAR os presentes autos, na forma do art. 330, V[16], da Resolução TC 261/2013 - RITCEES

2. Por maioria, nos termos do voto complementar do relator, conselheiro Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha, parcialmente vencido o conselheiro Sérgio Manoel Nader Borges, que votou pelo conhecimento, improcedência e extinção do processo com resolução de mérito.

3. Data da Sessão: 03/03/2023 - 6ª Sessão Ordinária da 2ª Câmara.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Sérgio Manoel Nader Borges (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator) e Domingos Augusto Taufner.

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Presidente

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

relator

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

Em substituição ao procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS

Subsecretária das Sessões

[16] Art. 330. O processo será arquivado nos seguintes casos:
(...)
V - quando houver decisão do colegiado, ou da Presidência, pelo seu encerramento, após expedidas as comunicações e expirados os prazos dos recursos cabíveis;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 41795-FCE17-5347B