

IDENTIFICAÇÃO DO PROCESSO

PROCESSO TCE-PE Nº 21100660-9

RELATOR: CONSELHEIRO CARLOS PORTO

MODALIDADE - TIPO: Medida Cautelar - Medida Cautelar

EXERCÍCIO: 2021

UNIDADE JURISDICIONADA: Prefeitura Municipal de Petrolina

INTERESSADOS:

Miguel de Souza Leao Coelho

EDUARDO HENRIQUE TEIXEIRA NEVES (OAB 30630-PE)

EMENTA

MEDIDA CAUTELAR. HOMOLOGAÇÃO.

1. Utilização de modalidade licitatória inadequada;
2. Utilização de tipo/critério de julgamento indevido;
3. Possibilidade de dano ao erário.

DESCRIÇÃO DO OBJETO

Analisa a suspensão da Concorrência nº 003/2021, com consequente anulação do certame para adoção da modalidade adequada - Pregão Eletrônico, do tipo menor preço.

RELATÓRIO

Trata-se de Processo de Medida Cautelar formalizada nos termos do art. 4º da Resolução TC n.º 16/2017, a partir de Despacho Técnico (PETCE Nº 16.161/2021) encaminhado pela Gerência de Auditoria de Obras Municipais/Sul – GAOS deste Tribunal em face do Processo Licitatório nº 0066/2021, Concorrência nº 003/2021, realizado pela Prefeitura Municipal de Petrolina, que tem por objeto:

"Contratação de verificador independente para auxílio no monitoramento e fiscalização da PPP da Iluminação Pública de Petrolina-PE."

O Parecer Técnico da GAOS/NEG (DOC. 29) deste Tribunal de Contas apontou, em síntese, a ocorrência das irregularidades :

- Modalidade licitatória inadequada;
- Tipo/Critério de Julgamento indevido;
- Possibilidade de dano ao erário.

Após análise, proferi a Deliberação Interlocutória (DOC. 31) com o seguinte Extrato da Decisão Interlocutória publicado no Diário Eletrônico do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, de 23/06/2021 (DOC. 32), colacionado abaixo, *in verbis*:

"VISTOS, relatados e analisados preliminarmente os autos do processo TCE-PE nº 21100660-9, Medida Cautelar que tem por objeto a adoção de medidas administrativas urgentes para determinar à Prefeitura Municipal de Petrolina que se abstenha de dar continuidade ao Processo Licitatório 0066/2021, Concorrência 003/2021, publicar Ata, assinar contratos, emitir empenhos ou efetuar pagamentos, até que sejam sanadas e /ou justificadas as irregularidades apontadas.

***DECIDO**, nos termos do inteiro teor do voto que integra os autos;*

***CONSIDERANDO** que incumbe aos Tribunais de Contas, no exercício do controle externo da Administração Pública, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nos termos do caput do artigo 70 e do artigo 71 da Constituição Federal de 1988;*

***CONSIDERANDO** o teor do Despacho Técnico (documento 29) da lavra da equipe técnica da Gerência de Auditoria de Obras Municipais/Sul – GAOS*

***CONSIDERANDO** as supostas irregularidades apontadas pela equipe de auditoria;*

***CONSIDERANDO** o grande vulto da contratação na ordem de R\$5.600.662,02, e com preço unitário 35 vezes maior que de licitação similar realizada em outra localidade;*

***CONSIDERANDO** que a licitação já se encontra em andamento, tendo ocorrido sua abertura de documentações em 04/06/2021, não restando tempo hábil para solicitação de esclarecimentos pela equipe de auditoria e envio de resposta por parte dos gestores da Prefeitura de Petrolina;*

***CONSIDERANDO** que restou caracterizada no despacho técnico da Gerência de Auditoria de Obras Municipais /Sul – GAOS a plausibilidade do direito invocado e o fundado receio de risco de ineficácia da decisão de mérito, pressupostos que legitimam a emissão de medida cautelar por parte deste Tribunal, nos termos do art. 1º da Resolução TC n.º 16/2017;*

CONSIDERANDO, por fim, o reconhecimento jurisprudencial da possibilidade de as Cortes de Contas determinarem aos seus jurisdicionados que promovam, por ato próprio, a sustação e/ou suspensão de seus contratos (STF - Mandado de Segurança 23.550; TCE-PE – Processo TC n.º 1606999-7, Acórdão TC n.º 0916 /16 e Processo TC n.º 1725758-0, Acórdão TC n.º 0722/17);

CONSIDERANDO os termos do art. 18 da Lei Estadual n.º 12.600/2004 e da Resolução TC n.º 16/2017, bem assim o poder geral de cautela reconhecido aos Tribunais de Contas pelo STF (Mandado de segurança 26.547);

DEFIRO, ad referendum da Segunda Câmara, a Medida Cautelar pleiteada, para determinar à Prefeitura Municipal de Petrolina que se abstenha de dar continuidade ao Processo Licitatório 0066/2021, Concorrência 003/2021, publicar Ata, assinar contratos, emitir empenhos ou efetuar pagamentos, até que sejam sanadas e /ou justificadas as irregularidades aqui apontadas.

Desde já, ficam os GESTORES ALERTADOS que serão responsabilizados pelo descumprimento das determinações deste Tribunal e que outras medidas poderão ser adotadas; estando, o presente alerta, em sintonia com o disposto no art. 21 da Lei Federal n.º 13.655/2018, ao estabelecer que a decisão “deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas”.

Ademais, concedo aos responsáveis o prazo de 05 (cinco) dias corridos, a partir da comunicação, para, querendo, apresentar esclarecimentos em relação a esta Medida Cautelar, nos termos do art. 7º da Resolução TC n.º 16/2017.

Recife, 22 de junho de 2021.

Conselheiro Carlos Porto

Relator"

O Sr. Miguel de Souza Leão Coelho, Prefeito do Município de Petrolina, foi devidamente notificado (DOCs.32 a 36). A Prefeitura Municipal de Petrolina, por meio do advogado Eduardo Henrique Teixeira Neves, OAB/PE nº 30.630, encaminhou esclarecimentos acerca da medida cautelar em análise (DOCs. 38 a 47).

A resposta da prefeitura de Petrolina foi encaminhada à Gerência de Auditoria de Obras Municipais/Sul – GAOS para análise da Defesa, que, por meio da Nota Técnica (DOC. 49), apresentou a análise, colacionada abaixo:

"2.0 ANÁLISE TÉCNICA

Seguem as considerações da equipe técnica acerca da defesa apresentada pela prefeitura para, em seguida, apresentar respostas aos esclarecimentos solicitados pelo Relator.

2.1. Da equivocada escolha da modalidade licitatória e do critério de julgamento, e da possibilidade de dano ao erário

Argumentos da defesa da Prefeitura de Petrolina (doc. 38)

Alega a defendente que:

“...o serviço de verificador independente não pode ser enquadrado como um “serviço comum”, diante das peculiaridades de suas atividades que não podem ser padronizadas...”

“...o Verificador Independente tem papel de protagonista no Contrato de Concessão da PPP, ao zelar pela prestação de serviços de alta qualidade aos municípios, sobretudo considerando a importância das obras e serviços que são objeto da PPP, que envolvem a operação da Rede de Iluminação Pública, o que consiste em dezenas de milhões de reais.”

“...serviços de verificação independente são de natureza predominante intelectual, tendo em vista que não se tratam da mera execução de procedimentos acordados, mas sim da realização de análises a partir da elaboração de processos e procedimentos, e de um trabalho consultivo contínuo de proposição de melhorias para a execução do contrato e dos serviços à população, tornando-se inaceitável, data vênia, entender como um serviço comum.”

“...não há uma metodologia específica para os serviços de verificação independente, sendo necessário que a empresa contratada realize primeiramente o entendimento das definições e requerimentos do Contrato de Concessão, dos processos e estrutura de controles da Concessionária, das possíveis formas de apuração dos indicadores de desempenho, assim como de outros aspectos práticos da execução do contrato para que, a partir de todas estas premissas, elabore a metodologia a ser utilizada exclusivamente para o contrato em questão.” “Como os processos e procedimentos não são pré-definidos, não é possível considerar tampouco que as soluções de TI construídas para apuração dos indicadores de desempenho sejam padronizadas, mas sim, criadas única e exclusivamente para a verificação do contrato em questão, por precisarem absorver todas as especificidades contratuais. Assim sendo, este argumento não se aplica para caracterizar o serviço do Verificador Independente como “serviço comum”.”

“Claramente podemos perceber que dos 4 critérios fundamentais para avaliar o desempenho da concessionária de iluminação pública, 3 requerem expertise TÉCNICA para execução das funções inerentes ao processo. Mediante critério de maior percentual técnico com base nos 4 critérios de avaliação de desempenho, estabelecemos o peso de 70% para a nota técnica e 30% para a nota relacionada às propostas financeiras.”

“O verificador independente, além de ser responsável por todas as análises dos indicadores de qualidade /técnicos, citados supra, será o responsável também pela análise e apresentação da contra prestação efetiva, bem como, os reajustes necessários que venham a ocorrer, algo de extrema importância ao processo, uma vez que a contra prestação efetiva será paga pelo poder concedente (Prefeitura de Petrolina) e, assim, eventual erro pode gerar potencial dano ao erário de fato com pagamentos de valores indevidos. Fica evidente mais uma vez a necessidade de grau de especialidade elevado para a prestação do serviço de verificador independente para contratos de concessão/PPP de iluminação pública.”

“Reconhecidamente não é uma atividade comum a que será realizada pelo verificador independente, onde deverá dispor de equipe com profundo conhecimento técnico para as fiscalizações e análises em campo para avaliar questões técnicas relacionadas à concessão, perfeito funcionamento da telegestão de pontos de iluminação automatizados/dimerizados e tipologia adequada do ponto de IP com base em seu cadastro atualizado.”

“As atividades supracitadas não poderão ser desempenhadas por uma simples auditoria, ATIVIDADE COMUM, como afirmado pela empresa Houer Consultoria e Concessões LTDA, como um risco considerável para a perfeita continuidade dos serviços prestados pela concessionária de iluminação pública ao longo da vigência contratual.”

“Vale frisar que o tipo de licitação adotado pelo município de Petrolina, também foi adotado por outros municípios em Licitações que tinham o mesmo objeto, tal como exemplo: VI Iluminação BH, VI Iluminação Teresina, VI Educação de BH, VI Hospital Metropolitano de BH, VI Iluminação Ribeirão das Neves (este estruturado pela própria Houer e que está em andamento), VI Mineirão (Estado de Minas Gerais), VI Unidades de Atendimento ao Cidadão (Estado de Minas Gerais) VI Sistema Prisional de Belo Horizonte.”

Alega ainda que a comparação com os valores contratados em São Paulo e Teresina tendem a ser menores por terem aqueles municípios parques de iluminação maiores e assim serem beneficiados pela economia de escala. Além disso, questiona o fato da Houer ter apresentado cotação para o serviço quando consultada pela prefeitura anteriormente à publicação da licitação.

Em suma, afirma que não há equívoco na escolha da modalidade de licitação e do critério de julgamento, uma vez que o serviço não pode ser caracterizado como “comum” e, portanto, não pode ser contratado por meio de pregão.

Análise da auditoria:

O debate central que delimita esta análise gira em torno da classificação do serviço de verificador independente como comum ou não. É nesta questão que se definirá se as escolhas da Gestão sobre a modalidade licitatória e o critério de julgamento estão corretas ou não, definindo por consequência a possibilidade de dano ao erário ou não, pois a modalidade pregão, apontada pela representante Houer e corroborada pela auditoria como a que melhor se enquadraria para a contratação em tela, somente pode ser utilizada para aqueles serviços do tipo comum.

Vencida essa questão, nada mais restaria a ser discutido sobre os pontos levantados e indicados como irregulares pela concorrente em sua representação com pedido de cautelar, bem como sobre os questionamentos feitos pelo gabinete do Conselheiro Relator. Todavia, restará demonstrado que, mesmo que fosse aceitável a adoção do tipo “técnica e preço”, ainda assim, o edital estaria eivado de falhas, impossibilitando a continuidade do certame. Assim, passa-se à análise do tema.

A tese levantada pela defesa por meio da qual insiste que o serviço de verificador independente não pode ser classificado como comum e por isso é necessário pontuar a técnica aplicada ao serviço, não é compartilhada por esta equipe técnica por não encontrar guarida no entendimento deste Núcleo de Engenharia nem da jurisprudência do TCU já informada no despacho que analisou o pedido de cautelar.

Como bem dito na análise preliminar, não se pode dizer que um serviço é incomum, simplesmente por ser complexo. O serviço comum é aquele cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente transcritos no instrumento convocatório. Isso não significa que o serviço é simples, simplista ou pouco complexo. Em outras palavras, a complexidade do serviço não é o fator decisivo para inseri-lo, ou não, no conceito de “serviço comum”, mas sim o domínio do mercado em relação à execução daquela tarefa.

Entretanto, não há uma metodologia específica para os serviços de verificação independente, sendo necessário que a empresa contratada realize primeiramente o entendimento das definições e requerimentos do Contrato de Concessão, dos processos e estrutura de controles da Concessionária, das possíveis formas de apuração dos indicadores de desempenho, assim como de outros aspectos práticos da execução do contrato para que, a partir de todas estas premissas, elabore a metodologia a ser utilizada exclusivamente para o contrato em questão.

Caso esses passos não sejam seguidos, há o risco de serem desenhados processos de verificação independente que não estejam alinhados ao objetivo da Concessão e não atuem em

*prol da melhoria contínua dos serviços de saúde para os municípios. Como os **processos e procedimentos não são pré-definidos**, não é possível considerar tampouco que as soluções de TI construídas para apuração dos indicadores de desempenho sejam padronizadas, mas sim, criadas única e exclusivamente para a verificação do contrato em questão, por precisarem absorver todas as especificidades contratuais. Assim sendo, este argumento não se aplica para caracterizar o serviço do Verificador Independente como “serviço comum”.*

Quanto à alegação da defesa acima de que não há padronização do serviço de verificador independente e que por isso o critério de técnica e preço traria ganhos relativos à metodologia/solução ofertada pela contratada, não bate com os termos do edital, pois os critérios de avaliação e pontuação da proposta técnica presentes no item 14.2 do edital remetem ao passado das empresas, a seu currículo e expertise e não a soluções novas que venham a ser apresentadas no certame. Ademais, cite-se novamente o caso do município de São Paulo, maior metrópole do país e que contratou seu verificador independente para fiscalização da PPP da iluminação pública por meio de pregão eletrônico com julgamento por menor preço, sem necessidade de ponderação da técnica, e reforce-se, foi bem sucedida, estando o contrato em andamento.

De acordo com o Relatório de Auditoria que embasou o proferimento de medida cautelar para suspensão de certame licitatório pela adoção equivocada do tipo “técnica e preço” no Processo nº 19100566-6 (Acórdão nº 560/2020), existem exceções ao critério de “menor preço” previstas na Lei 8666/93, como as licitações do tipo “técnica e preço” e “melhor preço”. Essas exceções são necessárias pois, em situações especiais, não comuns, a necessidade da Administração pode não ser atendida somente com uma solução. Pode haver várias soluções e, dentre elas, uma que gere o maior ganho financeiro.

Só que, para essas situações excepcionais, não é o ganho financeiro o único visado pela Administração. Nesses casos, a Administração relativiza o ganho financeiro com outro tipo de ganho, que pode ser, por exemplo, um ganho técnico (referente ao tipo de solução técnica adotada), ou um ganho de prazo (a solução adotada pode ser executada em um prazo menor), ou um ganho referente ao grau das intervenções necessárias (as quais geram mais, ou menos, transtornos à população afetada pela obras ou serviço) para executar a solução adotada, dentre outros.

Para essas situações especiais, o ganho financeiro que a Administração obterá com a proposta de menor valor é ponderado para que seja dado um peso às soluções técnicas oferecidas pelos licitantes interessados, a fim de que a Administração consiga obter o resultado que pretende. Este resultado se traduz na obtenção de uma solução técnica que vai lhe proporcionar um ganho técnico, flexibilizando a obtenção do menor preço (até um certo limite), mediante ponderação entre os dois tipos de ganhos.

Assim, a lei estabeleceu o critério de julgamento “técnica e preço”, de acordo com o artigo 45, § 1º, inciso III da referida lei. Diante disso, quando houver situações excepcionais, em que o julgamento pelo menor preço deva ser ponderado com uma solução técnica que atenda à necessidade da Administração para determinado objeto, tal excepcionalidade deve ser motivada nos autos do procedimento licitatório, em função do princípio da motivação dos atos administrativos.

É de extrema importância que seja feita uma diferenciação entre uma solução técnica a ser premiada e qualidade na contratação.

*A **solução técnica**, ou proposta técnica a que a lei se refere, é a que vai oferecer um ganho para a Administração. Por exemplo: o Poder Público deseja construir um viaduto em uma via movimentada, onde qualquer intervenção que seja feita causará transtornos à mobilidade, prejudicando a população afetada. Assim, a Administração opta por licitar a contratação de projeto cuja solução técnica para a questão permita a execução do objeto com um prazo ao máximo reduzido, a fim de que os transtornos causados ocorram no*

menor tempo possível, ainda que isso gere um custo maior, mas dentro de um limite. Portanto, nesse caso, a Administração irá premiar a solução que permita a execução da obra em menor tempo possível, se configurando, o prazo, o ganho que deseja obter. Então, ela abre mão de pagar o menor preço, pois vislumbra outro ganho, o prazo, que será ponderado com o ganho financeiro para se chegar à proposta vencedora.

Já a **qualidade na contratação**, é uma finalidade de toda contratação pública e estará presente em qualquer modalidade (concorrência, tomada de preços, pregão, etc.) com qualquer critério de julgamento (menor preço, técnica e preço, melhor técnica). Até mesmo nos casos de dispensas de licitação e inexigibilidades, a Administração busca contratar terceiros com a melhor qualidade possível. Seria impensável um gestor público desejar contratar terceiros com baixa qualidade. Portanto, a qualidade na contratação é fator inerente a qualquer espécie de contratação pública de terceiros que atendam as necessidades da Administração.

A qualidade na contratação pode ser buscada através do atendimento, por parte dos licitantes, de exigências mínimas de comprovação de experiência anterior na execução de itens semelhantes do objeto a ser contratado, ou seja, exigências de qualificação técnica, além dos demais critérios de qualificação estabelecidos na Lei de Licitações. A figura adiante mostra, de forma esquemática, a diferença entre contratar uma empresa com melhor qualidade e contratar uma empresa que ofereça a melhor proposta de solução técnica ponderada com sua proposta de preço:

(...)

A licitação em análise está usando o critério de julgamento "técnica e preço" com o intuito de buscar uma melhor qualidade na contratação. A Administração não está buscando a contratação de uma melhor solução técnica, pois esta já está definida no edital, não havendo margem para proposição, por parte dos licitantes, de outra solução técnica para a realização do objeto. Quando a solução técnica já está definida, não cabe a licitação do tipo "técnica e preço", mas sim a de "menor preço". Desse modo, a Administração poderá contratar uma empresa por um valor maior do que contrataria, caso utilizasse o critério de menor preço, sem que obtenha, em troca, um ganho que justifique esta excepcionalidade.

Ressalte-se já haver jurisprudência pacífica sobre esse tema no próprio TCE-PE, podendo ser citados além do Processo TCE-PE nº 19100566-6 (Acórdão nº 560/2020), os Processos TCE-PE nº 19100567-8 (Acórdão nº 559/2020) e TCE-PE Nº 19100565-4 (Acórdão nº 561/2020), tendo as respectivas decisões determinado aos gestores:

Abster-se, nas próximas licitações, de utilizar o critério de julgamento "técnica e preço" quando não for possível pontuar ganhos relativos às diferentes soluções técnicas para a realização do mesmo objeto.

Os critérios de avaliação das propostas técnicas (que deveriam existir para que se avaliem as soluções técnicas) da presente licitação, constantes no item de número 14.2.7 Tabela 3 do edital (Relação de Requisitos para os Domínios de Conhecimento), estão sendo indevidamente utilizados como instrumento para se contratar com melhor qualidade. Estes critérios estão relacionados com a pessoa jurídica da empresa ao invés de serem critérios relacionados à solução técnica, ou proposta técnica da empresa.

Quanto ao critério de pontuação "14.3 PLANO TÉCNICO 1 (PT1) – QUALIFICAÇÃO E EXPERIÊNCIA DA EMPRESA PROPONENTE (QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL)", o edital assim descreve o que se espera para fins do seu atendimento:

14.3.1 Neste Plano Técnico deverá ser demonstrada a qualificação e experiência que o Proponente possui sobre o objeto desta licitação, comprovada por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica emitidos por pessoa jurídica de direito público ou privado, inclusive empresa

estatal (assim definida nos termos da Lei 13.303/2016) que comprove(m) a experiência da Proponente nos domínios relacionados na Tabela 3 – Relação de Requisitos para os Domínios de Conhecimento. (grifos nossos)

Tal item não tem relação com as diferentes soluções técnicas a serem ofertadas pelos licitantes, a fim de a Administração obter um ganho, mas sim, trata-se de item de qualificação técnica que está sendo objeto de pontuação de proposta técnica, conforme se verifica nos requisitos para sua pontuação adiante. Quanto à pontuação para “qualificação e experiência da empresa”, o item 14.3.3, por meio da Tabela 4 – Pontuação de qualificação e experiência define que receberá mais pontos, a empresa que comprovar por meio de atestados, a participação em mais projetos.

Quanto ao critério de pontuação “14.4 PLANO TÉCNICO 2 (PT2) – EQUIPE DO PROJETO (QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-PROFISSIONAL)”, o edital assim descreve o que se espera para fins do seu atendimento:

*14.4.1 Neste Plano Técnico deverá ser demonstrada **Qualificação Técnico-Profissional e a experiência que a Equipe de Projeto possui** sobre o objeto desta licitação.*

*14.4.2 A experiência será **comprovada por meio de Atestados de Capacidade Técnica**.*

14.4.3 Os profissionais indicados como responsáveis técnicos deverão comprovar que são do quadro permanente da empresa, por meio da cópia autenticada da CTPS ou ficha funcional, ou do livro de registro de empregados, ou contrato social, contrato ou termo de prestação de serviço, ou ata de eleição da diretoria que comprove que o responsável técnico tem vínculo com a empresa ou ainda mediante declaração de disponibilidade futura, informando que o profissional integrará o quadro da licitante como responsável técnico, se a empresa vier a ser contratada, conforme autoriza o Acórdão n.º 2607/2011 – PLENÁRIO - TCU. Quando se tratar de dirigente ou sócio da empresa licitante tal comprovação será feita através do ato constitutivo da mesma e certidão do CREA/CAU devidamente atualizada. (grifos nossos)

Portanto, como já dito, estão sendo pontuados itens que são exigência da qualificação técnica. Quanto à pontuação para “qualificação e experiência da equipe”, o item 14.4.11, por meio da Tabela 6 – Experiência da equipe define que receberá mais pontos, a empresa que comprovar por meio de atestados, o maior somatório de horas de experiência de todos os 07 (sete) profissionais da Equipe Técnica Mínima nos domínios técnicos de conhecimento indicados na Tabela 3.

Dessa forma, a irregularidade relaciona-se à licitação estar utilizando indevidamente o critério de julgamento para contratar com melhor qualidade, fato que poderia ser buscado utilizando-se as exigências de qualificações constantes na Lei 8.666/1993, sem que a Administração tenha a potencial probabilidade de contratar empresa por um preço maior do que obteria usando o critério de “menor preço”, sem se vislumbrar qualquer ganho de solução técnica nas propostas dos licitantes.

A manutenção da “técnica e preço” gera possibilidade de dano ao erário, pelo fato de a Administração utilizar recursos adicionais sem um ganho em troca que os justifique.

Se o objeto é passível de caracterização em edital e se o mercado já testou e comprovou a eficácia da contratação por pregão, não se vê porque evitar essa modalidade, que tende a trazer maior competitividade ao certame e, conseqüentemente, menor preço, sem abrir mão da qualidade do serviço prestado, que será atestada por meio das exigências de qualificação técnica previstas em edital.

*Claramente podemos perceber que dos 4 critérios fundamentais para avaliar o desempenho da concessionária de iluminação pública, **3 requerem expertise TÉCNICA** para execução das funções inerentes ao processo. Mediante critério de maior percentual técnico com base nos 4 critérios de avaliação de desempenho, estabelecemos o peso de 70% para a nota técnica e 30% para a nota relacionada às propostas financeiras.*

[...]

*Reconhecidamente não é uma atividade comum a que será realizada pelo verificador independente, onde **deverá dispor de equipe com profundo conhecimento técnico** para as fiscalizações e análises em campo para avaliar questões técnicas relacionadas à concessão, perfeito funcionamento da telegestão de pontos de iluminação automatizados/dimerizados e tipologia adequada do ponto de IP com base em seu cadastro atualizado. (grifos nossos)*

Da análise da defesa, da qual extraiu-se os trechos transcritos acima como forma de representá-la em síntese, percebe-se que o que se busca com o julgamento por técnica e preço não é um ganho de produtividade ou eficiência na fiscalização, mas simplesmente a comprovação da capacidade técnica dos licitantes em fiscalizar serviços de iluminação pública, o que pode ser alcançado por meio de exigências editalícias.

Este Núcleo de Engenharia já analisou inúmeras vezes e vem combatendo a adoção do critério técnica e preço, principalmente pelos jurisdicionados aplicarem o tipo de modo equivocado, permitindo direcionamento e favorecimento de licitantes, pela própria subjetividade no julgamento inerente ao modelo.

3.CONCLUSÃO

Ante o exposto, considerando que os argumentos trazidos pela defendente, passasse a responder aos esclarecimentos solicitados pelo Relator:

1. Se é possível a luz da legislação, o prosseguimento da licitação com a modalidade, o tipo e a forma de julgamento da licitação:

Como demonstrado nesta peça, não é possível o prosseguimento por constar no edital critérios de pontuação que não têm relação com as diferentes soluções técnicas a serem ofertadas pelos licitantes, a fim de a Administração obter um ganho, mas sim, tratar-se de itens de qualificação técnica que está sendo objeto de pontuação de proposta técnica. Soma-se a isso, a possibilidade de classificação do serviço de verificador independente como comum, o que obriga a adoção da modalidade pregão do tipo menor preço.

2. Se foram esclarecidos os fundamentos para definição dos pesos: 70% para técnica e 30% para o preço:

Alega a defesa que “dos 4 critérios fundamentais para avaliar o desempenho da concessionária de iluminação pública (qualidade, operações, conformidade e efficientização), 3 requerem expertise TÉCNICA para execução das funções inerentes ao processo”, e por isso a nota para avaliação técnica do verificador independente foi mensurada em 70% e a nota de preço em 30%. De pronto, nota-se uma incoerência na argumentação, pois as notas deveriam se relacionar a ganhos trazidos pelas propostas técnicas das licitantes e não à expertise

para avaliação de critérios de desempenho na execução do contrato da PPP, motivo pelo qual entende-se não esclarecidos/satisfeitos os fundamentos para definição dos pesos.

3. Se os valores do orçamento da Prefeitura em comparação com o orçamento elaborado pela equipe de auditoria estão dentro dos valores de mercado (paradigma):

Os valores do orçamento base foram obtidos por meio de cotações junto a empresas importantes do mercado de verificação independente e comparados com outros certames, de diversas cidades pelo Brasil, que indicam estarem dentro do limite mercadológico, contudo, a comparação se deu com outras licitações realizadas na modalidade e critério de julgamento aqui combatidos.

O que se aponta nesta análise é que exemplos, especialmente da capital paulista, indicam a possibilidade de obtenção de preços mais atrativos pelo aumento da concorrência proporcionado pelo modelo de pregão por menor preço.

Ao cabo, a adoção de “técnica e preço” da forma como está colocada, fará com que a prefeitura possa contratar a empresa mais experiente pelo maior valor - sem ganho de qualidade, sendo que uma outra empresa com experiência suficiente para executar o serviço de verificador independente perca a disputa, mesmo com preços significativamente inferiores.

4. Se o atraso no procedimento licitatório, conforme alegado pela Prefeitura pode trazer prejuízo ao erário:

Alega a defesa que:

*a empresa contratada para tocar a PPP (contrato de concessão nº 019/2021) depende da verificadora independente, empresa **a ser contratada pela concorrência que se suspendeu**, para poder receber a contraprestação de seus serviços (...) ou seja, sem este serviço de verificação independente, suspenso pela decisão, **haverá a suspensão também do pagamento do serviço previsto no contrato n. 019/2021, o que gerará multa e encargos ao município, e, ainda, pode gerar a incapacidade de verificar corretamente, posteriormente e com atraso, os serviços de iluminação.***

De fato, é possível que ocorram atrasos nos pagamentos à empresa ENGIE, contratada para a PPP, uma vez que não teria como atestar a regularidade dos serviços sem o verificador independente; ou mesmo dificuldades para verificação dos mesmo posteriormente. Porém, este “problema” duraria o tempo necessário para realização do pregão, enquanto que a PPP ainda persistirá por anos, motivo pelo qual esta equipe insiste para que o certame não prossiga nos termos atuais.

*Considerando que não foram afastadas as irregularidades apontadas no Despacho Técnico, doc. 29 do processo, sugere-se que seja **mantida a medida cautelar**, para suspender a Concorrência nº 003/2021, com consequente anulação do certame, para adoção da modalidade adequada, Pregão Eletrônico, do tipo menor preço, conforme arts. 1º e 2º, II, da Resolução TC nº 015/2011 e do art. 18 da Lei Orgânica deste TCE (Lei estadual nº 12.600/2004)."*

É o Relatório

VOTO

Em atenção ao disposto no art. 18, § 2º, da Lei Estadual n.º 12.600/2004 (Lei Orgânica do TCE-PE), considerando o art. 8º, § 1º, da Resolução TC n.º 16/2017, a presente Medida Cautelar tem que ser submetida à apreciação da Câmara competente até a 3ª sessão posterior a sua expedição (esse prazo fica suspenso durante o período para apresentação de defesa, caso tenha sido concedido, e quando for solicitada manifestação da auditoria ou do Ministério Público de Contas).

Assim, considerando que a Medida Cautelar fora expedida em 22/06/2021, com a notificação do interessado em 25/06/2021 (sexta-feira), tendo o responsável apresentado defesa em 02/07/2021 (sexta-feira) e a GAOS instada a se manifestar sobre a mesma em 05/07/2021 (segunda-feira), retornando o feito para deliberação em 06/07/2021 (terça-feira), a sessão do dia 08/07/2021 é o marco inicial, valendo-se de primeira sessão para fins do interstício mencionado (de 03 sessões), sendo a sessão do dia 15/07/2021 a segunda, oportunidade em que o processo está sendo levado ao colegiado, para fins de referendo da decisão monocrática.

Feitos esses esclarecimentos, após análise da defesa apresentada pelo responsável, bem como dos apontamentos trazidos pela Gerência de Auditoria de Obras Municipais (GAOS) **acolho, na íntegra, a citada Nota Técnica** (DOC. 49), por entender como acertada e muito bem fundamentada, fazendo dela as razões que fundamentam a presente medida cautelar.

Por oportuno, o Regimento Interno do TCE-PE (Resolução TC n.º 15/2010, com redação acrescida pela Resolução TC n.º 18/2016), em seu artigo 132-D, assim prescreve:

Art. 132-D. Nos processos do Tribunal, a motivação do voto do Relator deve ser explícita, clara e congruente.

(...)

§ 3º O Relator sempre poderá fundamentar seu voto indicando, por simples remissão, **como razões de decidir**, parecer do Ministério Público de Contas, proposta de voto da Auditoria Geral e relatórios, laudos e **notas técnicas da Coordenadoria de Controle Externo**, constantes nos autos, que, neste caso, serão considerados parte integrante do voto.

VOTO pelo que segue:

CONSIDERANDO que incumbe aos Tribunais de Contas, no exercício do controle externo da Administração Pública, exercer a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nos termos do caput do artigo 70 e do artigo 71 da Constituição Federal de 1988;

CONSIDERANDO o teor do Despacho Técnico (DOC. 29) da lavra da equipe técnica da Gerência de Auditoria de Obras Municipais/Sul – GAOS

CONSIDERANDO os achados de auditoria apontados pela equipe de auditoria;

CONSIDERANDO o grande vulto da contratação na ordem de R\$5.600.662,02, e com preço unitário 35 vezes maior que de licitação similar realizada em outra localidade;

CONSIDERANDO as defesas apresentadas (DOCs. 38 a 47) e a análise dos esclarecimentos da Prefeitura Municipal de Petrolina por meio da Nota Técnica (DOC.49);

HOMOLOGAR a decisão monocrática

Para determinar a suspensão do Procedimento licitatório 0066 /2021, Concorrência nº 003/2021, com consequente anulação do certame, para adoção da modalidade adequada, Pregão Eletrônico, do tipo menor preço, conforme arts. 1º e 2º, II, da Resolução TC nº 015/2011 e do art. 18 da Lei Orgânica deste TCE (Lei estadual nº 12.600/2004).

É o Voto

Cons. Carlos Porto

Relator