ACÓRDÃO - AC00 - 1765/2022

PROCESSO TC/MS	: TC/10974/2020
PROTOCOLO	: 2074928
TIPO DE PROCESSO	: DENÚNCIA
ÓRGÃO	: EMPRESA DE SANEAMENTO DE MATO GROSSO DO SUL SOCIEDADE ANÔNIMA
DENUNCIANTE	: FORTNORT DESENVOLVIMENTO AMBIENTAL E URBANO EIRELI
JURISDICIONADO	: WALTER BENEDITO CARNEIRO JUNIOR
ADVOGADOS	: EDINALDO PAULO TENÓRIO VERÍSSIMO DO AMARAL OAB/PE 30.642, LUIZ FILIPE FIGUEIREDO BELO BATISTA OAB/PE 32.410, LUISA ALMEIDA DUBOURCQ SANTANA OAB/PE 35.162 E OUTRO.
RELATOR	: CONS. WALDIR NEVES BARBOSA

EMENTA: DENÚNCIA – PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – CONCORRÊNCIA – PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA EM SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO – EDITAL – EXIGÊNCIAS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA FINANCEIRA SUPOSTAMENTE IRREGULARES – ATESTADOS DE TITULARIDADE DA LICITANTE OU DE TITULARIDADE DE CONSÓRCIO OU EMPRESA CONTROLADA EM QUE A LICITANTE POSSUA MAIS DE 50% DE PARTICIPAÇÃO – NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RESTRIÇÃO À COMPETITIVIDADE NO CERTAME – EXIGÊNCIA DE PARTICIPAÇÃO MÍNIMA NO CONSÓRCIO – SEGURANÇA À CONTRATANTE – CONTRATAÇÃO DE GRANDE VULTO – IMPROCEDÊNCIA – ARQUIVAMENTO.

1. Não se verifica afronta à competitividade no certame analisado, quanto à exigência de participação mínima no consórcio, em que o edital buscou selecionar licitantes efetivamente qualificados para execução do objeto, sobretudo por se tratar de contratação de grande vulto.

2. A falta de caracterização de ilícito no fato denunciado referente ao procedimento licitatório, posto que as cláusulas atacadas visaram à segurança da contratante, acerca de efetivas condições da contratada de fazer as captações financeiras necessárias ao objeto, é julgada improcedente a denúncia, bem como determinado o arquivamento dos autos.

ACÓRDÃO

Vista, relatada e discutida a matéria dos autos, na 3ª Sessão Virtual Reservada do Tribunal Pleno, realizada de 15 a 18 de agosto de 2022, ACORDAM os Senhores Conselheiros, por unanimidade, e nos termos do voto do Relator, pela **improcedência** da **Denúncia** formulada pela empresa **Fortnort Desenvolvimento Ambiental e Urbano Eireli**, com apontamento de suposta irregularidade na

Concorrência nº 01/2020/Sanesul, em razão de não terem sido comprovadas as irregularidades apontadas; e pelo **arquivamento** destes autos, nos termos do artigo 129, I, “b”, c/c os artigos 186, V, do Regimento Interno. **Suspensão do sigilo (peça 32).**

Campo Grande, 18 de agosto de 2022.

Conselheiro **Waldir Neves Barbosa** – Relator

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

Vistos, etc.

Trata-se de **Denúncia**, com pedido de liminar, formulada pela empresa **Fortnort Desenvolvimento Ambiental e Urbano Eireli**, com apontamento de suposta irregularidade na **Concorrência nº 01/2020/Sanesul**, instaurado pela **Empresa de Saneamento de Mato Grosso do Sul – Sanesul**, tendo como objeto a contratação de parceria público-privada, na modalidade de concessão administrativa, para a prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário em 68 (sessenta e oito) Municípios do Estado de Mato Grosso do Sul.

A referida licitação já aconteceu em 29/10/2020, tendo sido homologado o resultado em favor da empresa Aegea Saneamento e Participações S/A, em 01/12/2020.

Também é importante apontar que quando estes autos chegaram conclusos, indeferiu-se a liminar pretendida (peça 10).

O *Parquet* se manifestou contra a irregularidade suscitada pela denunciante, opinando pela improcedência desta Denúncia e seu arquivamento (peça 18).

No exame mais aprofundado, este Relator optou por intimar o jurisdicionado a se manifestar sobre a Denúncia (peça 19). O jurisdicionado defendeu o certame (peça 27).

Instada a se posicionar, a Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente acompanhou o parecer do Ministério Público de Contas, opinando pelo arquivamento deste feito.

Eis o breve relatório. Passo ao Voto.

VOTO

O Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa – Relator

A empresa Fortnort Desenvolvimento Ambiental e Urbano Eireli apresentou denúncia a esta Corte, com pedido de liminar, visando suspensão do certame em razão de os subitens 14.11.2 e 14.11.2 dizerem que “somente serão aceitos atestados de titularidade da Licitante ou de titularidade de consórcio ou empresa controlada em que a Licitante possua (em tal consórcio ou empresa controlada) mais de 50% (cinquenta por cento) de participação”. Tal regramento teria restringido a competitividade do certame.

Este Relator negou a liminar pretendida, com base nos seguintes fundamentos:

> Assim, verifica-se que a exigência de participação mínima no consórcio não caracteriza irregularidade, pois o edital buscou selecionar licitantes efetivamente qualificados para execução do objeto do certame, sem caracterizar, em princípio, afronta à competitividade, sobretudo por se tratar de contratação de grande vulto.

Instado a emitir seu parecer após o indeferimento da liminar, o Ministério Púbico de Contas considerou inexistente a irregularidade apontada pela empresa denunciante, pugnando pela improcedência da denúncia e seu arquivamento. Em síntese, o parecer ministerial apresentou a seguinte conclusão:

> Por fim, a regra contida no item 14.11.2, no sentido de que somente serão aceitos atestados de titularidade da Licitante ou de titularidade de consórcio ou empresa controlada em que a Licitante possua (em tal consórcio ou empresa controlada) mais de 50% de participação, parece-me necessária para evitar que a permissão para o somatório de atestados leve à habilitação de licitante com capacidade técnica financeira aquém da necessária.
>
> Em resumo, mesmo diante da possibilidade, dada a envergadura do projeto, de limitar a comprovação da capacidade técnica financeira a um único atestado, conseguiu-se estabelecer uma, salvo melhor juízo, um mecanismo equilibrado de apuração, promovendo a competitividade sem se descurar das garantias necessárias à execução do contrato.
>
> A par do exposto, este Ministério Público de manifesta pelo ARQUIVAMENTO da Denúncia, nos termos do art. 129, inc. I, 'b', do Regimento Interno1.

A última manifestação foi da Divisão de Fiscalização de Engenharia, Arquitetura e Meio Ambiente, também no mesmo sentido, como se vê a seguir:

> De fato, as empresas que se lançam em projetos de infraestrutura devem possuir capacidade econômico-financeira com lastros capazes de captar recursos através de diversas linhas de financiamento como Debêntures, Ações, Project Finance, dentre outras disponíveis no mercado de capital privado.
>
> Assim, as regras estabelecidas nos subitens 14.11, 14.12 e 14.14 são razoáveis e compatíveis para o porte do certame licitatório. Ademais, o próprio regramento estabelecido no subitem 14.15, que contradiz os argumentos do denunciante...

Nesse sentido, também, a decisão do Tribunal de Contas da União (TCU), na Representação 031.638/2013-9, sob a relatoria do Min. Benjamin Zymler (g.n.):

> 27. Com relação à possível restrição à competitividade ao se adotar o critério da proporcionalidade, cabe lembrar que, embora o objetivo precípuo da licitação seja selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, essa vantagem não se limita apenas na apresentação da proposta com menor preço, mas também na comprovação da capacitação técnica que garanta a aptidão do consórcio contratado para a execução da obra (item 36 do Relatório do Acórdão 2299/2007-Plenário). A vantagem buscada pela Administração deriva da conjugação dos aspectos da qualidade e da onerosidade.
>
> 28. **No caso em tela e nos mesmos moldes do Acórdão 2299/2007-Plenário, não se mostraria admissível selecionar empresa consorciada com aproveitamento de atestado de execução de 100% de obra, com percentual de participação financeira de 47,5%, e sem identificação da parcela de serviço executado atribuível àquela empresa, levando em conta apenas a sua condição de consorciada, o que poderia significar risco para a execução da obra.**

Quanto ao mérito da Denúncia, portanto, as manifestações expressas na Decisão Liminar, no Parecer do Ministério Público de Contas e na análise da Divisão de Fiscalização excluem qualquer irregularidade que pudessem suspender ou anular o procedimento licitatório, posto que as cláusulas atacadas pela empresa denunciante visaram dar segurança à contratante de que a contratada terá efetivas condições, pela experiência pregressa, de fazer as captações financeiras necessárias ao objeto.

Além disso, observa-se no site oficial da Sanesul (www.sanesul.ms.gov.br) que a Concorrência nº 1/2020 foi **amplamente competitiva**, com a participação de quatro consórcios e empresas, tendo sido vencedora a empresa Aegea Saneamento e Participações S/A pelo menor preço unitário por m³ de **R$ 1,36** (um real e trinta e seis centavos).

Assim, não sendo constatada irregularidade, inexiste aplicação de medida cautelar e o caminho natural deste processo é a improcedência e o arquivamento, conforme previsto no art. 129, I, “a”, “b” e “c”, do RITCE/MS.

É o caso destes autos, posto que **houve contraditório, sendo observada a ampla defesa e não houve a comprovação de qualquer irregularidade** que pudesse gerar a nulidade do procedimento licitatório sob exame.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, subsidiado pela análise da equipe técnica e acolhendo o parecer do Ministério Público de Contas, tendo em vista o exaurimento deste feito, **VOTO**:

I - pela **IMPROCEDÊNCIA** da Denúncia formulada pela empresa **Fortnort Desenvolvimento Ambiental e Urbano Eireli**, CNJP nº 00.900.846/0001-88, em razão de não terem sido comprovadas as irregularidades apontadas;

II - pelo **ARQUIVAMENTO** destes autos, nos termos do artigo 129, I, "b", c/c os artigos 186, V, do Regimento Interno;

III - pela **INTIMAÇÃO** do resultado deste julgamento aos responsáveis e interessados, nos termos do art. 50 da Lei Complementar nº 160/2012.

DECISÃO

Como consta na ata, a decisão foi unânime, firmada nos termos do voto do Relator, pela improcedência e arquivamento da Denúncia.

Presidência do Exmo. Sr. Conselheiro Iran Coelho das Neves.

Relatoria do Exmo. Sr. Conselheiro Waldir Neves Barbosa.

Tomaram parte no julgamento os Exmos. Srs. Conselheiros Ronaldo Chadid, Osmar Domingues Jeronymo, Jerson Domingos, Marcio Campos Monteiro e Flávio Kayatt.

Presente o Exmo. Sr. Procurador-Geral do Ministério Público de Contas, João Antônio de Oliveira Martins Júnior.

Campo Grande, 18 de agosto de 2022.

Conselheiro **WALDIR NEVES BARBOSA**

Relator