TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO

P R O C E S S O: TC- 07.742/12

Administração direta municipal. ***Prefeitura Municipal de Patos****. Concorrência nº 02/12. Irregularidade, aplicação de multa e recomendações.* ***RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO****. Conhecimento e não provimento.*

A C Ó R D Ã O AC2 – TC -00162/15

RELATÓRIO

1. Cuidam os presentes autos de análise da **Concorrência nº 02/12**, realizada pela **Prefeitura Municipal de Patos**, objetivando **Outorga de Concessão** dos **Serviços de Implantação e Operação** de **Aterro Sanitário em Patos – PB**, compreendendo os **Serviços de Tratamento e Disposição Final** de **Resíduos Sólidos Urbanos** produzidos na **Cidade de Patos** ou em sua **Região Metropolitana**. A empresa **vencedora** foi a **Ligth Engenharia e Comércio Ltda. (CNPJ---)**, sendo o **valor de tarifa** de **R$ 42,00** por **tonelada** e o **investimento**, de **R$ 29.812.197,05**.
2. Esta **2ª Câmara**, na sessão realizada em **19.02.13**, decidiu, por meio do Acórdão **AC2 TC 061/13**:
   - **2.01.** Julgar irregular a Concorrência Pública nº 02/12 e o contrato dela decorrente, realizado pela Prefeitura Municipal de Patos;
   - **2.02.** Aplicar multa ao Sr. Nabor Wanderley da Nóbrega Filho, ex-Prefeito Municipal de Patos, no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), com fundamento no art. 10 da Resolução Normativa RN TC 03/09 e no art. 56 da LOTCE;
   - **2.03.** Comunicar à Câmara Municipal de Patos do teor desta decisão para que, em até 90 (noventa) dias, adote as providências determinadas no §1º do art. 71 da Constituição Federal, de tudo dando ciência a este Tribunal;
   - **2.04.** Encaminhar cópia da presente decisão aos autos da prestação de contas da Prefeitura Municipal de Patos relativa ao exercício de 2012, a fim de que a Auditoria informe se houve pagamentos relacionados ao contrato, fazendo o exame da despesa.
   - **2.05.** Recomendar ao Prefeito Municipal de Patos no sentido da estrita observância às normas consubstanciadas na Lei de Licitações e Contratos, com vistas a evitar a repetição das falhas aqui constatadas e, assim, promover o aperfeiçoamento da gestão.
3. Irresignado, o Sr. Nabor Wanderley da Nóbrega Filho interpôs o presente **Recurso de Reconsideração**. A **Auditoria**, ao analisar as razões recursais (fls. 1110/1116), **concluiu não haver fundamento para a alteração da decisão recorrida**.
4. A atual gestora do município de Patos encaminhou o **2º Termo Aditivo** ao **contrato** examinado, com vistas a **sanar as falhas** apontadas pela **Unidade Técnica**. A **Auditoria**, fls. 1437/1438, realizou a **análise da documentação** acostada e **concluiu** pela **irregularidade do aditivo**, tendo em vista que o **procedimento licitatório** e o **contrato** já haviam sido **julgados irregulares** por esta **2ª Câmara**.
5. Instado a se pronunciar, o **Ministério Público junto ao Tribunal**, em Parecer da Procuradora Isabella Barbosa Marinho Falcão, acompanhou o entendimento técnico e pugnou, em síntese, pelo **conhecimento do Recurso** e, no **mérito**, pelo **não provimento**, mantendo-se na **íntegra** o Acórdão **AC2 TC 0161/13**.
6. A autoridade responsável veio novamente aos autos para apresentar os **documentos** de fls. 1466/1830. Encaminhados os autos à **DILIC**, esta se pronunciou no sentido do **não conhecimento da documentação** anexada, tendo em vista haver **divergência** na **numeração das páginas** em relação ao **procedimento licitatório**.
7. O **Relator** novamente ordenou a **análise dos documentos** à **Auditoria**. Esta, às fls. 1838/1840, informou tratar-se da **planilha orçamentária** de **implantação** do **aterro sanitário** e do **plano econômico financeiro**, inclusive com a **composição de custos** do **valor global** da **tarifa por tonelada**. Entretanto, essas **peças não constaram** inicialmente do **processo**, **nem** foram **apresentadas** por ocasião do **Recurso de Reconsideração**. **Concluiu** que, ainda que os **documentos** fossem **suficientes** para **suprir a falha** indicada no **item 9.3** do **relatório inicia**l, restariam **não elididas** as **falhas** dos **itens 1.3, 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, 9.2 e 9.4** do **relatório inicial**.

8. Os autos tramitaram novamente perante o **MPjTC** (fls. 1842/1843), em Parecer da Procuradora Isabella Barbosa Marinho Falcão, se pronunciou no sentido do **não conhecimento da documentação** apresentada posteriormente à petição recursal e **ratificou o Parecer** anteriormente exarado.
9. Em **29/01/2015**, a atual Prefeita Municipal de Patos, Sra. Francisca Gomes Araújo Mota, veio aos autos para **comunicar** a **anulação da Concorrência nº 02/2012**, **anexando termo de anulação** (fls. 1844/1846).
10. O Processo foi incluído na pauta desta sessão, **com as comunicações de praxe**.
11. É o relatório.

VOTO DO RELATOR

As **falhas remanescentes** nos autos foram as **seguintes:**

1. Não consta do edital os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro;
2. O contrato firmado não apresentou, dentre suas cláusulas:
  a. Os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço, conforme inciso III, art. 23, da Lei 8.987/95;
  b. Os direitos da concessionária e aos direitos e garantias do Poder concedente, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações, de acordo com o inciso V, art. 23, da Lei 8.987/95;
  c. A exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária, conforme inciso XIV, art. 23, da Lei 8.987/95;
  d. A estipulação dos cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão e, conforme art. 23, § único, I, da Lei 8.987/95;
  e. A exigência da garantia de fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão, conforme art. 23, § único, I, da Lei 8.987/95.
3. Previsão de revisões de valor além das disciplinadas em lei;
4. A proposta apresentada pela Light Engenharia e Comércio Ltda. não possui composição de custos pelo valor global, nem planilha orçamentária referente à implantação do aterro sanitário;
5. Não foi anexada a planilha de composição do BDI.

Inicialmente cumpre esclarecer que esta **Corte de Contas** apreciou **representação** formulada pela **Construtora Planície Ltda.** contra a **Concorrência nº 02/2012**, nos autos do **processo TC 04.989/12**. Naquela oportunidade, foi emitida a **Decisão Singular DS2 TC 00017/2012**, determinando a **suspensão cautelar do certame** e ordenando a **citação** da autoridade competente para **apresentação de justificativas** e **comprovação das medidas corretivas** apontadas pela **Unidade Técnica**. Em face da **inércia** do gestor, esta **2ª Câmara** declarou o **descumprimento** da **Decisão Singular DS2TC 00017/12**, aplicou **multa** de **R$ 2.000,00** ao gestor e remeteu cópia da decisão ao presente processo (**Acórdão AC2 TC 01471/2012**).

A seguir são debatidas, uma a uma, **todas as falhas detectadas**.

- **Não consta do edital os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro;**
- **O contrato firmado não apresentou, dentre suas cláusulas, os direitos da concessionária e aos direitos e garantias do Poder concedente, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações, de acordo com o inciso V, art. 23, da Lei 8.987/95;**

O recorrente alegou que tais direitos e obrigações estariam delineados nos **itens 2.3 e2.4 do edital**, que estabelecem, ***in verbis*:**

"2.3. A Concessionária deverá, outrossim, atender as metas de melhoria e ampliação de atendimento ao usuário, tudo de acordo com os prazos estabelecidos pelo presente Edital, e mais precisamente o que preceitua o seu Anexo 5.
2.4. Caberá a Concessionária a definição da tecnologia a ser adotada no Plano de Trabalho, respeitadas as condições, especificações e normas oriundas do presente Edital, e seus anexos relacionados e das melhores técnicas consagradas.
2.4.1. Nesse sentido, todas as despesas diretas e indiretas necessárias para a aquisição, locação e disponibilização de bens móveis e imóveis; a elaboração de projetos de engenharia; monitoramento e controle ambiental, licenciamento ambiental; contratação de mão de obra especializada; a implantação, execução de obras e serviços decorrentes da concessão, deverão ser de responsabilidade exclusiva da Concessionária."

Segundo o recorrente, haveria, ainda, no **contrato**, previsões de direitos e obrigações, conforme minuta constante das fls. 68/84, mais especificamente na **cláusula sexta** – das obrigações da concessionária:

"X – Realizar os investimentos necessários à manutenção e expansão dos serviços objeto do presente Contrato, nos termos da proposta apresentada na licitação que o antecedeu;
XI – Efetuar, durante o prazo da Concessão, todas as obras necessárias ao cumprimento integral das obrigações por ela assumidas, de forma a executar, plena e satisfatoriamente os serviços ora concedidos;
XII – Planejar formas para atendimento a situações de emergência, prevendo para tanto, formas de realocação dos recursos materiais e humanos disponíveis."

Cabe razão à **Auditoria**. Os textos supramencionados não descrevem direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em face de alterações e expansões futuras.

O **Anexo 5 ao edital** (fls. 88/90), como bem observou o **MPjTC**, não faz menção aos direitos e às obrigações das partes em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, não atendendo ao disposto no **art. 23, V da Lei nº 8.987/95**.

Observe-se que o estabelecimento de direitos e obrigações relativos às alterações e expansões futuras é fundamental para garantir a continuidade dos serviços. Ademais, é natural se esperar a ampliação de serviços de aterro sanitário, sobrelevando-se a importância da previsão de direitos e deveres das partes nesse sentido.

Não houve o atendimento ao preceito legal, **remanescendo a falha**.

- **O contrato firmado não apresentou, dentre suas cláusulas, os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço, conforme inciso III, art. 23, da Lei 8.987/95;**

Sobre o tema, o recorrente admite **não haver cláusula objetiva** nesse sentido, mas aponta as **cláusulas décima primeira e décima terceira, parágrafos primeiro e segundo** como balizadores da qualidade do serviço objeto da concessão.

Vejamos o teor dos dispositivos invocados:

Cláusula décima primeira – dos direitos e deveres do usuário
Constituem direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização dos serviços:
I – Exigir a prestação de um serviço em nível adequado pela Concessionária, de forma a ver atendidas as suas necessidades de saúde e higiene;
II – Receber as informações necessárias quanto aos serviços concedidos, bem como quanto à qualidade dos mesmos;
Cláusula décima segunda – Da utilização de bens públicos
No exercício de suas atividades, poderá a Concessionária utilizar os bens públicos municipais para a realização de obras e instalações.
Parágrafo Primeiro – Quaisquer desapropriações adicionalmente necessárias, excetuando-se a do local a ser implantado o aterro, serão realizadas pelo Concedente, com ônus para a Concessionária, sendo que caberá ao Concedente a obrigação da regularização da situação existente.
Parágrafo Segundo – Findo o prazo da presente Concessão, todos os bens públicos e instalações existentes, vinculados aos serviços prestados pela Concessionária, reverterão automaticamente ao Município de Patos, bem como os bens e instalações acrescidos aos mesmos durante a vigência deste instrumento, em perfeitas condições de uso, conforme as diretrizes previstas neste instrumento, ressalvado o desgaste por uso normal.

Não há nenhum **critério ou parâmetro** definidor da qualidade do serviço no texto acima transcrito, **remanescendo desatendida a exigência legal**.

- **O contrato firmado não apresentou, dentre suas cláusulas, a exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária, conforme inciso XIV, art. 23, da Lei 8.987/95;**

Quanto à **exigência de publicação** de **demonstrações financeiras periódicas da Concessionária**, o recorrente admite a **omissão** e pretende **solucionar a falha** por meio de **termo aditivo ao contrato**. Também indica a possibilidade de inclusão da exigência no regulamento contendo especificações dos serviços contratados, a que alude a **cláusula décima terceira, parágrafo primeiro do contrato**[1].

A **falha subsiste**, uma vez que a **Lei nº 8.987/95** estabelece como essencial ao contrato de concessão a cláusula de exigência de publicação periódica das demonstrações financeiras da concessionária:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
(...)
XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária;

A **Auditoria** repeliu a possibilidade de **correção da falha** por meio de **termo aditivo** por entender que a **irregularidade** do **certame** e do **contrato** contaminam os **atos subseqüentes**.

O **MPjTC**, ao analisar o **Segundo Termo Aditivo ao Contrato** em exame, posicionou-se no sentido da **impossibilidade** de **inclusão de cláusulas essenciais** como a que ora se comenta por meio de **aditivo**, por **não** configurar nenhuma das **hipóteses** presentes no **art. 65 da Lei nº 8.666/93**.

Por outro lado, a **falha não pode ser sanada** pela mera **inclusão** da **exigência no regulamento** de **especificação dos serviços**, como salientou o Parquet, pois, além de não haver afinidade de temas entre a **cláusula e o regulamento**, a divulgação das demonstrações financeiras deve ser periódica, ao passo que o regulamento só seria publicado até a data de início das obras.

Assim, **remanesce a irregularidade**.

- **O contrato firmado não apresentou, dentre suas cláusulas, a estipulação dos cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão e, conforme art. 23, § único, I, da Lei 8.987/95;**

O recorrente afirma que os **cronogramas físico-financeiros** foram previstos no **edital** (capítulo XV, item 15.2.1). Entretanto, a **determinação legal** é de que os **cronogramas físico-financeiros** estejam previstos no **contrato**, e **não no edital**. Ademais, o **item** indicado pelo recorrente **não** constitui **cronograma físico financeiro** e **sim memorial descritivo** do sistema operacional de trabalho proposto para a **implantação e operação** do **aterro sanitário**.

A **Unidade Técnica** concluiu pelo **desatendimento da exigência legal**. Em sua exposição, salientou que o **cronograma físico-financeiro** contém a previsão das **"**etapas ou parcelas de execução da obra ou prestação de serviços, datas e o desembolso que a Administração deve fazer por ocasião das medições e efetivação dos pagamentos**"**, estando, no caso em exame, ausente do instrumento contratual. O posicionamento foi integralmente acompanhado pelo *Parquet*.

Assim, restou evidenciado o desatendimento aos ditames legais, **subsistindo a falha**.

- **O contrato firmado não apresentou, dentre suas cláusulas, a exigência da garantia de fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão, conforme art. 23, § único, I, da Lei 8.987/95.**

Sobre o tema, o recorrente afirma que a **exigência** está contida no **edital** (item 2.1.2 e Anexo 5 item 2.5). Entretanto, a **exigência legal** é de **previsão contratual** e **não** a mera **inclusão no edital**. O *Parquet* sublinhou que o **edital** tratou de **forma incipiente** a **exigência de garantia**, que deveria ser mais detalhada e constar no **instrumento contratual**.

De fato, a **legalidade restou desatendida**, uma vez que **não** constou do **instrumento contratual** tal exigência.

---

[1] Cláusula Décima Terceira, parágrafo primeiro - Até a data de início da execução dos serviços de Concessão, o Concedente deverá publicar regulamento contendo as especificações detalhadas dos serviços contratados.

- **O contrato firmado não apresentou, dentre suas cláusulas, a previsão de revisões de valor além das disciplinadas em lei;**

O recorrente alega que o **aditamento ao contrato supriu a falha**. O **argumento foi acatado** pela **Unidade Técnica**, não subsistindo a eiva. O **MPjTC**, todavia, posicionou-se de forma contrária, por **não vislumbrar** enquadramento em quaisquer das **hipóteses legais de aditamento** previstas no **art. 65 da Lei nº 8.666/93**.

Com efeito, assiste razão ao Parquet, pois se trata, *in casu*, da **"**alteração de cláusula contratual ilegal que disciplinava a repactuação para manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato em qualquer situação**"**, o que **não** se encaixa nas **hipóteses legais**, como salientou o parecer ministerial.

Ademais, ainda adotando o posicionamento do Parquet, estando **eivada de vícios a licitação**, o **contrato dela decorrente** e seus **aditivos** também encontram-se **contaminados**.

- **A proposta apresentada pela Light Engenharia e Comércio Ltda. não possui composição de custos pelo valor global, nem planilha orçamentária referente à implantação do aterro sanitário;**

O recorrente afirma que a **proposta** da **empresa Light** contém a **composição de custos** pelo **valor global e planilha orçamentária**, que estariam às fls.982/990. A análise da **Auditoria** concluiu que os **documentos** mencionados **não** traduzem a **composição de custos** do **valor global da tarifa por tonelada**, bem como a **planilha orçamentária** referente à **implantação do aterro sanitário**.

A **Unidade Técnica** salientou, ainda, a **ausência** de diversos **fatores fundamentais** para o **cálculo da tarifa por tonelada**, tais como a quantidade de lixo produzida, os percursos de coleta, a distância do centro geométrico da coleta ao local de destinação final dos resíduos, capacidade e idade dos veículos, velocidade média de coleta e transporte até o aterro, freqüência de coleta, consumo médio de combustível, etc. O **MPjTC** acompanhou o entendimento técnico.

De fato, a **proposta da licitante não atendeu aos ditames legais** atinentes ao detalhamento da **composição dos custos unitários**, mantendo-se, assim, a **irregularidade**.

- **Não foi anexada a planilha de composição do BDI.**

O insurgente alega que a **composição do BDI** estaria nos **Quadros 04 06** da **proposta da licitante vencedora**. Entretanto, a **Auditoria** esclareceu que o **Quadro nº 04** refere-se ao **demonstrativo de impostos sobre a receita** e o de **nº 06** diz respeito ao **demonstrativo contábil do empreendimento**, não constando nenhuma composição que chegue a uma **taxa percentual de BDI**. Ausentes os dados legalmente exigidos, a **falha permanece**.

Além da **petição recursal**, houve **anexação aos autos** da **minuta do Segundo Termo Aditivo ao contrato** e os **seguintes documentos:** cronograma físico-financeiro; planilha com a composição de custos do valor total da tarifa por tonelada; planilha orçamentária referente à implantação do aterro sanitário e planilha de composição do BDI.

A **Unidade Técnica**, fls. 1437/1438, analisou o **Termo Aditivo** e o considerou **irregular**, tendo em vista a **declaração de irregularidade** do **certame licitatório** e do **contrato**. Sobre os **documentos** anexados, a **Auditoria não os considerou** por não terem sido oportunamente apresentados (juntamente com a licitação ou, ao menos, quando da interposição da peça recursal) e, ainda, porque os **documentos**, ao que indicam a **ausência de numeração** e o **ofício da Municipalidade** solicitando da **empresa a documentação** (fls. 1129), **não faziam parte do procedimento licitatório**, sendo **produzidos posteriormente**.

A **documentação** foi apresentada uma **segunda vez** e novamente submetida à **análise técnica** (fls. 1834/1836), que concluiu tratar-se dos **mesmos documentos**, com a **diferença** de **estarem numerados**, ainda assim **não seguindo** a **seqüência esperada** do **processo licitatório**. Por essa razão, a **Auditoria** manteve o posicionamento no sentido de **não conhecer dos documentos**. O **MPjTC** emitiu opinião consonante com o **órgão técnico**, entendendo ter havido **preclusão** consumativa no momento da interposição do **Recurso**, **não** cabendo acostar **documentos** após recebida a **peça recursal**.

De fato, a **documentação não reúne condições mínimas** para **afastar as falhas constatadas** nos autos; as **discrepâncias de numeração demonstradas**, aliadas ao fato de que os **documentos** foram apresentados **posteriormente à interposição do recurso** tornam inviável a aceitação dos mesmos.

A posterior **anulação do procedimento** pela atual gestora representa **medida corretiva**, evitando-se prejuízos futuros à municipalidade, entretanto **não** altera a **apreciação** do presente **Recurso**, **nem** tem **influência** sobre a **decisão recorrida**.

Adoto, pois, o posicionamento ministerial e **voto** no sentido de que esta **2ª Câmara** conheça do presente **Recurso de Reconsideração** e, no **mérito**, **negue-lhe provimento**, mantendo-se na **íntegra** o Acórdão **AC2 TC 0161/13 e determinando o arquivamento dos autos**.

DECISÃO DA 2ª CÂMARA DO TRIBUNAL

Vistos, relatados e discutidos os autos do PROCESSO TC-07.742/12, os MEMBROS da 2ª CÂMARA do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DA PARAÍBA (TCE-PB), à unanimidade, na sessão realizada nesta data, ACORDAM em conhecer do RECURSO DE RECONSIDERAÇÃO supra caracterizado e, no mérito pelo NÃO PROVIMENTO, mantendo-se na íntegra o Acórdão AC2 TC 0161/13 e determinar o ARQUIVAMENTO dos autos.

Publique-se, intime-se, registre-se e cumpra-se.
Sala das Sessões do TCE-PB – Mini Plenário Cons. Adailton Coêho Costa.
João Pessoa, 03 de fevereiro de 2015.

_____
Conselheiro Nominando Diniz - Presidente da 2ª Câmara e Relator

_____
Representante do Ministério Público junto ao Tribunal