

REPRESENTAÇÃO N. 1048015

Procedência: Prefeitura Municipal Itajubá

Representantes: Antônio Raimundo Santi, Cleber David, Jorge Andrade, José Francisco Marques Ribeiro, Marcelo Krauss Rezende

Responsável: Rodrigo Imar Martinez Riera

MPTC: Marcílio Barenco Corrêa de Mello

RELATOR: CONSELHEIRO SEBASTIÃO HELVECIO

EMENTA

REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCESSÃO ADMINISTRATIVA. PRELIMINAR. LITISPENDÊNCIA. IRREGULARIDADES NO EDITAL. IMPROCEDÊNCIA. ARQUIVAMENTO.

1. Nos termos do art. 337, § 2º e §3º do Código de Processo Civil, a litispendência é caracterizada pela existência de processos com mesma parte, causa de pedir e pedido, e, ainda, quando se repete ação que está em curso.
2. Extingue-se o processo com resolução do mérito, diante da improcedência dos apontamentos.

Primeira Câmara
24ª Sessão Ordinária – 06/08/2019

I – RELATÓRIO

Tratam os autos de Representação oferecida pelo ex-Prefeito do Município Itajubá, Sr. José Francisco Marques Ribeiros, e pelos Vereadores: Srs. Antônio Raimundo Santi, Cleber Davi, Marcelo Krauss Rezende, Jorge Andrade, em face edital de Concorrência Pública, cujo objeto é a concessão administrativa para a modernização, efficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede de iluminação pública do município de Itajubá/MG.

A documentação foi autuada e recebida como Representação, em 24/8/2018 (fl. 232) e distribuída a minha relatoria a fl. 233.

Em atendimento à determinação de fl. 234, a Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Projetos Financiados – CFCPF, elaborou o relatório de fl. 235/246-v, manifestando-se pela improcedência da Representação.

Após, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas elaborou o parecer de fl. 247/249 opinando pela extinção do processo com julgamento do mérito, nos termos do art. 196, § 2º da Resolução n. 12/2008, e, ato contínuo, pelo arquivamento dos autos, nos termos do artigo 176, inciso IV do diploma regimental.

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar

Em síntese, os representantes sustentam que não obstante a Lei Municipal n. 3.075/2014, que entrou em vigor no dia 10/11/2014, autorizando a participação do Município de Itajubá no Consórcio Intermunicipal Multifinalitário da Microrregião do Alto Sapucaí, o Prefeito Municipal de Itajubá, Sr. Rodrigo Riera, responsável por liderar a AMASP, desprezou a formação do Consórcio e a própria Lei, por ele assinada, sob argumento que optou por fazer um processo de licitação para o Município de Itajubá, no qual resultou na contratação da Construtora REMO LTDA. Dessa forma, os municípios da microrregião que participariam do Consórcio, “pegariam carona” no contrato firmado com a construtora, para conseguirem municipalizar, em até 01/01/2015, os serviços de gestão das redes de IP em seus municípios.

Como bem observado pela Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Projetos Financiados – CFCPF os representantes fazem menção ao Pregão Presencial n. 147/2014, deflagrado pela Prefeitura Municipal de Itajubá, tendo por objeto o “registro de preço para contratação de empresa especializada, credenciada pela concessionária local, destinada à execução de obras de infraestrutura urbana de iluminação pública de acordo com as necessidades do município”, referido certame foi apreciado nos autos de Denúncia n. 944.814, na Sessão da Segunda Câmara de 14/12/2017.

Segundo consulta ao Sistema Gerencial de Processos – SGAP os responsáveis interpuuseram Recurso Ordinário impugnando a decisão proferida.

Considerando que o pressuposto básico para a litispendência é a existência de ações em curso com identidade entre as partes, causa de pedir e pedido e que, os autos de n. 944.814 estão melhor instruídos face a esse apontamento, entendo demonstrada a identidade entre os processos

Neste contexto, considerando que a matéria está sendo apreciada nos autos dos Recursos Ordinários n. 1040617 e 1040485 entendo configurada a hipótese de litispendência, razão pela qual, no tocante a esse apontamento, entendo pela extinção do processo sem resolução do mérito.

Mérito

Segundo os representantes foram feitas reuniões e audiências públicas tratando da Concorrência Pública para a concessão administrativa dos serviços de iluminação pública, alegam que não obtiveram resposta da Prefeitura Municipal quanto aos questionamentos propostos. A Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Projetos Financiados – CFCPF realizou a análise dos apontamentos, os quais passo a examinar:

a) Ausência de previsão no edital de informação pertinente sobre como e onde será feita a ação objeto do contrato

No exame técnico, a CFCPF manifesta pela improcedência do referido apontamento, sob argumento que consta, expressamente, a informação de que a presente concessão abrangerá todo o território do Município de Itajubá, incluindo as fontes de luz localizadas nas áreas urbanas e rurais – vias públicas em geral; largos, praças, parques, jardins e semelhantes; equipamentos públicos inseridos em parques e praças e centros esportivos; faixas de pedestres; pontos de ônibus; iluminação de destaque em monumentos históricos e públicos, dentre outros.

De fato, consta no edital a descrição do objeto esclarecendo o local e a forma de sua execução, Anexo 5 e item 3.2.5 do edital, fl. 201 e 286/288 da mídia anexa a fl. 95.

Nestes termos, considero improcedente o apontamento.

b) Ausência de detalhamento no tocante ao tema “expansão da rede de iluminação”

Entendem os representantes que, quanto ao tema expansão da rede de IP, “está muito solta e sem nenhuma delimitação precisa, sem um plano de obras específico para a melhoria de iluminação pública na cidade.

No mesmo sentido que o item anterior, o item 6.2 do tópico 6 do edital, fl. 73/74 da mídia, foi expresso em esclarecer o procedimento para a implantação da rede de iluminação pública, *in verbis*:

6.2. Em cada período de 12 (doze) meses, contado do início da FASE DE TRANSIÇÃO, poderá o PODER CONCEDENTE demandar a implantação de 25 (vinte e cinco) novas FONTES DE LUZ da seguinte forma:

6.2.2. Para fins da subcláusula 6.2, o PODER CONCEDENTE comunicará à CONCESSIONÁRIA sobre a expansão da REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, indicando de forma precisa o número de FONTES DE LUZ a serem implantadas, bem como a sua localização.

6.2.3. Caso, em determinado período de 12 (doze) meses contado do início da FASE DE OPERAÇÃO, não seja demandada a implantação do número máximo de novas FONTES DE LUZ permitido na subcláusula 6.2, o número remanescente será adicionado ao número de FONTES DE LUZ previsto para o ano subsequente

Diante do exposto, improcede referida ocorrência.

c) Ausência de definição das origens dos recursos financeiros que serão utilizados para cobrir os custos do contrato

Aduzem os representantes que não consta do edital a definição da origem dos recursos financeiros para cobrir os custos do contrato, questionando se haverá somente arrecadação dos recursos da COSIP ou se terá participação de outros recursos financeiros da Prefeitura.

Não procede tal ocorrência, uma vez que no tópico 39 a fl. 139 do edital está previsto que os valores da COSIP serão destinados aos pagamentos das obrigações pecuniárias assumidas pelo Poder Concedente perante a Concessionária, os quais transitarão em conta vinculada, contratada junto ao agente de pagamento, que terá movimentação restrita e propósito específico de servir ao presente contrato. Infere-se, ainda, que o Poder Concedente somente assegurará a existência dos recursos orçamentários, nos casos em que as arrecadações da COSIP se mostrarem insuficientes.

d) irregularidade no valor do capital social exigido para a garantia do contrato

Sustentam que o capital social em 3 milhões e a garantia de 1,5% do valor estimado do contrato são valores considerados baixos.

Como bem salientado pela CFCPF, considerando que a concessão em comento tem valor estimado de R\$114.160.000,00 (cento e catorze milhões, cento e sessenta mil reais), a importância de R\$3.000.000,00 (três milhões) para garantia do contrato está de acordo com a percentagem prevista na Lei Federal n. 8.666/1993, artigo 31, §§ 2º e 3º, que permite a discricionariedade de até 10% do valor estimado da contratação.

e) do critério de julgamento das propostas

Entendem que, no tocante ao critério de julgamento das propostas, não está claro o conceito de menor valor máximo da contraprestação mensal, questionando se esse menor valor máximo é o valor pago pelo Município para as despesas da iluminação pública, incluindo os serviços físicos e os contratos de energia.

Constato que referida temática está prevista nos tópicos 14.3 e 18, fl. 42 e 48/49 do edital:

14.3. A PROPOSTA COMERCIAL é incondicional e deverá considerar o limite de R\$400.000,00 (quatrocentos mil reais), na data-base de apresentação da PROPOSTA COMERCIAL, como VALOR MÁXIMO DE CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL.

18.2. A COMISSÃO DE LICITAÇÃO anunciará individualmente o VALOR MÁXIMO DE CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL consignado na PROPOSTA COMERCIAL de cada PROPONENTE, com indicação da respectiva ordem de classificação das propostas recebidas.

18.3. A classificação das PROPOSTAS COMERCIAIS obedecerá a ordem crescente dos VALORES MÁXIMOS DE CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL propostos pelas PROPONENTES

Assim, resta evidente que o valor máximo da contraprestação é de R\$400.000,00 (quatrocentos mil reais) e a escolha da proposta será o de menor valor a ser pago pela Administração dentro deste limite, razão pela qual não procede o apontamento.

f) do bônus sobre a conta de energia

Alegam que a porcentagem do bônus de 90% que a concessionária fará jus não é resultado de eficiência energética, entendendo que essa porcentagem não gera ganho em eficiência por parte do poder concedente. Questionam se o objeto da PPP engloba a contratação de energia elétrica.

Em consonância com a Unidade Técnica, constato nos itens 32.1, 32.2, 32.3, fl. 120/121 do edital, que o recebimento do bônus está condicionado ao desempenho por parte da concessionária, o bônus incidiria apenas sobre o percentual de efficientização que superasse os 45% indicado no item 32.2.

32.1. A Concessionária fará jus ao recebimento do bônus sobre a conta de energia a partir do início da Subfase III- Operação Plena, desde que alcance efficientização de 45% da rede de Iluminação Pública.

32.2. Decorridos 12 meses do início da Subfase III- Operação Plena, caso seja comprovada redução superior a 45% do valor relacionado ao consumo de energia elétrica da Rede de Iluminação Pública, 90% do valor economizado ao longo destes 12 meses decorridos do mês subsequente ao mês de início da Subfase III – Operação Plena, será compartilhado com a concessionária.

Como ressaltado pela CFCPF, o item 8 esclarece que a distribuidora, que, no caso, é a empresa CEMIG, reterá os valores da conta de energia da arrecadação da COSIP, o que revela que a PPP não contempla a contratação de energia elétrica.

8.1 A DISTRIBUIDORA se compromete, de forma irrevogável e irretroatável, a assegurar que os valores arrecadados da COSIP provenientes do pagamento das faturas pela distribuição de energia elétrica por ela emitidas serão integralmente destinados à CONTA VINCULADA durante toda a vigência do CONTRATO DE CONCESSÃO, descontado o CUSTO DE ADMINISTRAÇÃO, o valor referente à fatura mensal de energia elétrica relativo à iluminação pública e eventual imposto sobre operações financeiras.

8.2. A DISTRIBUIDORA deverá, a cada mês, encaminhar a fatura referente à distribuição de energia elétrica para a REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA ao PODER CONCEDENTE, à CONCESSIONÁRIA e ao AGENTE DE PAGAMENTO, bem como memória de cálculo do CUSTO DE ARRECADAÇÃO.

Neste contexto, improcedente referido apontamento.

g) do equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Os representantes alegam a ausência de previsão de como se dará a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, nos casos em que houver demanda para implantar novas fontes de luz.

Do mesmo modo, não há que se falar em referida ocorrência, tendo em vista que os itens 37.1.1, 37.1.3 (fl. 130 da mídia) e 6.2.1 e 6.2.4, fl. 73/75 da mídia, dispõem acerca do equilíbrio financeiro:

37.1.1. A revisão extraordinária do contrato para fins de recomposição do seu equilíbrio econômico-financeiro será solicitada pela parte que se sentir prejudicada, mediante o envio de requerimento fundamentado de recomposição à outra parte.

(...)

37.1.3. O requerimento será obrigatoriamente instruído com relatório técnico ou laudo pericial que demonstre cabalmente o desequilíbrio econômico-financeiro da CONCESSÃO, sob pena de não conhecimento.

6.1. Sem prejuízo do exposto na subcláusula 4.3.1, constitui obrigação da CONCESSIONÁRIA a expansão da REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, assim entendida como a implantação de 625 (seiscentos e vinte e cinco) novas FONTES DE LUZ ao longo do prazo da CONCESSÃO.

6.2. Em cada período de 12 (doze) meses, contado do início da FASE DE TRANSIÇÃO, poderá o PODER CONCEDENTE demandar a implantação de 25 (vinte e cinco) novas FONTES DE LUZ da seguinte forma:

6.2.1 Caso a CONCESSIONÁRIA seja demandada a implantar número de novas FONTES DE LUZ superior ao disposto na subcláusula 6.2, promover-se-á a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

(...)

6.2.4. Na hipótese de não implantação de número de novas FONTES DE LUZ permitido na subcláusula 6.1 ao término do prazo da CONCESSÃO, será promovida a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor do PODER CONCEDENTE.

Neste contexto, improcede referido apontamento.

h) Das atividades relacionadas e as receitas acessórias

Entendem que os postes são de propriedade da CEMIG, questionam quais seriam os postes de propriedade da concessionária e de qual forma o poder concedente autorizará a exploração das “atividades relacionadas”, uma vez que os postes não são de titularidade da concessionária.

A Unidade Técnica, entende pela improcedência da referida ocorrência, diante do disposto nos itens no item 6 e 7.2.1 do edital.

De fato, constato que o item 21.1.1 (fl. 100/101 da mídia) prevê a exploração das atividades relacionadas como o compartilhamento oneroso de postes de titularidade da concessionária com terceiros como telefonia, TV a cabo, internet...

No edital em comento esclarece-se que os postes e a rede de distribuição são de propriedade da União, sob concessão da CEMIG D e devem ser utilizados, exclusivamente, pela CEMIG D, tanto para realização da operação e manutenção do seu sistema elétrico de distribuição, quanto para realização de obras neste sistema elétrico (cláusula sexta do apêndice A, fl. 3). Contudo, diante da possibilidade de expansão da rede de iluminação pública, os postes serão de titularidade da concessionária e serão utilizados na distribuição de energia elétrica, na qual a CEMIG é titular, conforme dispõe o item 7.2.1. (fl. 76 do edital)

6.1. Sem prejuízo do exposto na subcláusula 4.3.1, constitui obrigação da CONCESSIONÁRIA a expansão da REDE DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA, assim entendida como a implantação de 625 (seiscentos e vinte e cinco) novas FONTES DE LUZ ao longo do prazo da CONCESSÃO.

6.1.1. Para fins da subcláusula 6.1, a implantação de novas FONTES DE LUZ incluirá, conforme o caso, a instalação de postes exclusivos de ILUMINAÇÃO PÚBLICA, braços, luminárias, rede de baixa tensão necessária à alimentação de energia para a FONTE DE LUZ e demais equipamentos, tais como projetores, conectores, condutores, reatores, relés fotoelétricos e tomadas para relés fotoelétricos, caixas de comando, interruptores, eletrodutos, contadores e demais materiais não citados mas que integrem as instalações de ILUMINAÇÃO PÚBLICA.

7.2.1 Os postes utilizados para distribuição de energia elétrica, de titularidade da DISTRIBUIDORA, poderão ser utilizados gratuitamente pela CONCESSIONÁRIA, tanto para a prestação dos SERVIÇOS objeto deste CONTRATO quanto para a exploração de ATIVIDADE RELACIONADA.(g.n)

O item 21.6, fl. 102 da mídia, estabelece como será essa exploração, permitindo ao poder concedente as receitas derivadas dessa exploração no importe de 10% da receita bruta:

21.6. O valor da parcela das RECEITAS ACESSÓRIAS devida ao PODER CONCEDENTE será equivalente a 10% (dez por cento) da receita bruta.

Nestes termos afasto o apontamento em referência.

i) Da sociedade de propósito específico

Aduzem que a exigência prevista no item 21.1, fl. 56 do edital, no tocante a criação por parte da empresa vencedora de uma SPE (Sociedade de Propósito Específico) é irregular.

Em consonância com a CF/CPF, a criação de sociedades de propósitos específicos nos contratos de concessões é amparada pelo art. 9º da Lei Federal n. 11.079/2004, que versa sobre normas gerais para licitação e contratos de parceria público-privada:

Art. 9º Antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria.

Nesse passo, não há que se falar em irregularidade, uma vez que a criação de Sociedade de Propósito Específico está amparada pela Lei Federal n. 11.079/2004.

III – CONCLUSÃO

Por todo o exposto, nos termos da fundamentação, em preliminar, considerando que o Pregão Presencial n. 147/2014 está sendo apreciado nos autos dos Recursos Ordinários n. 1040617 e 1040485, entendo configurada a hipótese de litispendência, razão pela qual no tocante a esse apontamento entendo pela extinção do processo sem resolução do mérito.

No mérito, voto pela improcedência dos apontamentos constantes da Representação, com fundamento no art. 71, §2º da LCE n. 102/08 - LOTCEMG.

Intimem-se os interessados pelo Diário Oficial de Contas – DOC.

Cumpridas as determinações constantes no dispositivo deste voto e as disposições regimentais pertinentes, fica extinto o processo, devendo os autos serem arquivados, conforme o disposto no art. 176, I, da Resolução n. 12/2008.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Exmos. Srs. Conselheiros da Primeira Câmara, por unanimidade, e diante das razões expendidas no voto do Relator, em: **I)** declarar, na preliminar, a extinção do processo, sem resolução de mérito, no tocante ao Pregão Presencial n. 147/2014, por estar configurada a hipótese de litispendência, já que esse processo licitatório está sendo apreciado nos autos dos Recursos Ordinários n. 1040617 e 1040485; **II)** julgar improcedente, no mérito, os apontamentos constantes desta representação, com fundamento no art. 71, §2º da LCE n. 102/08 - LOTCEMG; **III)** determinar a intimação dos responsáveis pelo Diário Oficial de Contas – DOC; **IV)** declarar, cumpridas as determinações constantes no dispositivo desta decisão e das disposições regimentais pertinentes, a extinção do processo, arquivando os autos conforme o disposto no art. 176, I, da Resolução n. 12/2008.

Votaram, nos termos acima, o Conselheiro Durval Ângelo e o Conselheiro Presidente José Alves Viana.

Presente à sessão a Procuradora Cristina Andrade Melo.

Plenário Governador Milton Campos, 06 de agosto de 2019.

JOSÉ ALVES VIANA
Presidente

SEBASTIÃO HELVECIO
Relator

(assinado digitalmente)

jc/jb

CERTIDÃO

Certifico que a **Súmula** desse **Acórdão** foi disponibilizada no Diário Oficial de Contas de ____/____/____, para ciência das partes.

Tribunal de Contas, ____/____/____.

Coordenadoria de Sistematização de
Deliberações e Jurisprudência