



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Segunda Câmara
Sessão: 1º/4/2014

26 TC-037624/026/10

Contratante: ARSESP - Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo.

Contratada: Mercados de Energia Consultoria Ltda.

Autoridade(s) Responsável(is) pela Abertura do Certame Licitatório, pela Homologação e que firmou(aram) o(s)

Instrumento(s): Hugo Sérgio de Oliveira (Diretor Presidente).

Objeto: Consultoria para o processo de revisão tarifária das concessionárias de gás do Estado de São Paulo - Terceiro Ciclo.

Em Julgamento: Licitação - Pregão Presencial. Contrato celebrado em 02-03-09. Valor - R\$2.871.991,00. Termos Aditivos celebrados em 18-08-09 e 02-08-10. Justificativas apresentadas em decorrência da(s) assinatura(s) de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Robson Marinho, publicada(s) no D.O.E. de 20-04-11 e 23-08-13.

Procurador(es) da Fazenda: Cristina Freitas Cavezale.

Fiscalizada por: GDF-3 - DSF-II.

Fiscalização atual: GDF-6 - DSF-I.

Relatório

Em exame, **licitação**, promovida pela **Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo - ARSESP**, para contratação de **serviços de consultoria** para o processo de revisão tarifária das concessionárias de gás do Estado de São Paulo, o decorrente **contrato e dois termos aditivos**, firmados com a empresa **Mercados de Energia Consultoria Ltda.**

O Edital de licitação, na modalidade pregão, publicado em 14/2/2009 somente no DOE e na Internet contou, dentre outras, com as seguintes exigências:

- Para qualificação técnico-operacional, atestado comprovando a realização de trabalho de revisão tarifária de serviços de gás canalizado e, em caso de soma de atestados, seriam admitidos atestados de realização de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

trabalhos de revisão tarifária de serviços de energia por redes, desde que um dos atestados dissesse respeito à revisão tarifária de serviços de gás canalizado realizado no Brasil;

- Para qualificação técnico-profissional, possuir na sua equipe técnica, comprovando as especializações através da apresentação de currículo:

1) coordenador de equipe; especialista em estudos de mercado, custos e planos de negócios; especialista em regulação por sistema *price cap*; e especialista em aplicação de metodologia de cálculo de fator x, todos com experiência, comprovada mediante atestado(s), em realização de revisão tarifária em empresa de energia por redes de no mínimo 5000 km;

2) especialista em custos e Engenharia de redes de distribuição de gás canalizado, com experiência, comprovada mediante atestado(s), em realização de revisão tarifária de distribuição de gás canalizado;

3) especialista em modelos de *software* tarifários, com experiência, comprovada mediante atestado(s), em realização de revisão tarifária de distribuição de energia por rede; e

4) especialista em Direito Regulatório, com experiência, comprovada mediante atestado(s), em realização de serviço de elaboração de disciplinas e regulamentos de gás canalizado para Autoridade Regulatória.

Participou do certame somente **uma empresa**, que apresentou valor¹ equivalente a 95% do estimado².

Com ela, foi firmado em 2/3/2009 o contrato em exame, com estimativa de vigência entre a data de sua assinatura e 30/9/2010.

Já foram realizados dois termos aditivos ao contrato:

¹ R\$ 2.871.991,00

² R\$ 3.023.148,34 (média de pesquisa de mercado feita junto a 3 (três) empresas, sendo uma do Chile e duas brasileiras, incluindo a própria contratada.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

1) De 18/8/2009, que visou ao acréscimo de serviços, no valor de R\$ 60.000,00 ao contrato original, para execução em 60 (sessenta) dias, devendo a contratada:

- Verificar se o VEM (Valor Econômico Mínimo), para fins de revisão tarifária, é uma prática regulatória amplamente usada no país e a nível internacional;
- Comprovar se há real diferença entre os ativos reais utilizados na prestação de serviço e o VEM; e
- Havendo eventual diferença, propor medidas para ajustá-la.

2) De 2/8/2010, para crescer mais serviços ao contrato, no valor total de R\$ 300.000,00, devendo a contratada, em 90 (noventa) dias, apoiar a contratante no desenvolvimento de:

- Mecanismos contratuais de ajuste mais efetivos às variações de grande magnitude observadas entre o volume projetado na revisão tarifária e o volume efetivamente distribuído de gás natural da Comgás; e
- Alternativas para o aperfeiçoamento das condições de regulamentação do mecanismo de compensação tarifária dos valores do gás e do transporte.

As partes foram cientificadas da remessa da documentação a esta Corte e notificadas para acompanhar os trâmites do processo.

A fiscalização, a cargo da 3ª DF, opinou pela irregularidade da matéria, fazendo os seguintes apontamentos:

- 1) A revisão tarifária das concessionárias de gás é competência da agência reguladora, conforme o artigo 6º da Lei Complementar nº 1025/2007, e por essa razão não pode ser terceirizada;
- 2) A modalidade eleita (pregão) é inadequada para o objeto licitado, que não consiste em serviço comum;
- 3) Não houve publicação em jornal de grande circulação;
- 4) Ausência da declaração do cumprimento dos requisitos de habilitação, pela vencedora;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

5) Não restou comprovada a compatibilidade dos preços praticados com os de mercado. Das três empresas cotadas para compor o valor estimativo, uma é do Chile, além de haver grande diferença entre os valores propostos pelas outras duas empresas. Também, a própria vencedora apresentou, na licitação, valor (R\$ 2.871.991,00) muito superior àquele apresentado por ela mesma quando realizada a pesquisa de preços (R\$2.149.000,00); e

6) Não foram devidamente justificados os aditivos.

A ARSESP compareceu aos autos e expôs que:

- Apesar de as revisões tarifárias serem atividade-fim da ARSESP, o que se contratou foram consultorias e pareceres, a serem elaborados por profissionais com experiência e especialização não existentes na ARSESP, até mesmo porque a revisão tarifária só ocorre a cada 5 (cinco) anos;

- Os recursos da ARSESP, provenientes da arrecadação da taxa de regulação, controle e fiscalização, junto às concessionárias, são destinados, dentre outras atividades; à revisão tarifária;

- o uso da modalidade pregão se aplica à contratação de serviços cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser claramente definidos no Edital, sendo incentivado pelo Decreto Estadual nº 51469/07; o Edital em exame definiu objetivamente o serviço a ser executado e foi analisado pela PGE, que não apresentou óbices à realização do pregão;

- é facultativa, segundo a Lei Federal nº 10.520/02, a divulgação por outros meios além do Diário Oficial; e

- para avaliação da aceitabilidade da proposta, os custos haviam sido reavaliados pela ARSESP, subindo o valor de referência para R\$ 3.023.148,34, além de o pregoeiro ter como informação que o valor da contratação de fevereiro de 2003 havia sido ainda mais alto; se o pregão restasse deserto, não haveria tempo hábil para a realização de novo procedimento licitatório.

Ainda, esclareceu as necessidades que foram atendidas pelos termos aditivos, procurando comprovar sua pertinência para atender a demandas complementares.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

A ATJ, quanto ao aspecto econômico-financeiro, acolheu as justificativas referentes à sua área de atuação, quanto à aceitabilidade do valor praticado e a necessidade de realização dos termos aditivos.

A PFE opinou pela regularidade da matéria.

Os autos foram encaminhados à SDG, retornando em virtude do disposto no TC-A - 27425/026/07.

Foi realizada nova notificação às partes, desta vez solicitando esclarecimentos a respeito das seguintes questões:

- 1) Exigência, para habilitação, de apresentação de currículo dos membros da equipe técnica, extrapolando os requisitos previstos para tal finalidade no artigo 30 da Lei de licitações;
- 2) Ausência da previsão de que o vínculo dos membros da equipe técnica poderia ser por meio de contratação de profissional autônomo, desatendendo a Súmula nº 25 deste Tribunal;
- 3) Exigência de capacitação técnica em atividade específica (revisão tarifária de distribuição de gás canalizado), vedada pela Súmula nº 30 deste Tribunal; e
- 4) Imposição, para comprovação de capacidade técnico-profissional, de atestado na execução de serviços de revisão tarifária em empresa de energia por redes de no mínimo 5000 km, quando o artigo 30, §1º, I da Lei Federal nº 8.666/93 e a Súmula nº 23 desta Corte vedam a imposição de quantitativos mínimos.

A ARSESP apresentou as seguintes justificativas:

- a exigência de currículo se destinou à demonstração da qualificação dos membros da equipe para a realização de serviços de alta complexidade e está em conformidade com o entendimento do STJ;
- apesar de não haver previsão expressa sobre a possibilidade de contratação de profissional autônomo para compor a equipe técnica, o Edital também não impôs restrições a respeito; a única imposição foi que a substituição de profissional estava condicionada à autorização da ARSESP;



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

- a vedação da súmula n° 30 não se aplica ao caso em questão, porque trata de contratação de alta complexidade; a ausência de experiência específica na área tornaria ineficaz a execução das atividades; e
- a imposição de experiência em serviços de revisão tarifária em redes de no mínimo 5000km não afrontou a súmula n° 23, porque esta só se aplica a obras e serviços de Engenharia; quanto à vedação do artigo 30, II, §1° em relação aos quantitativos mínimos, o TCU proferiu decisão³ no sentido de que a imposição é possível desde que guarde proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado; no caso em tela, a revisão tarifária em empresa que opera redes maiores envolve maior complexidade do que a revisão em empresa que opera redes menores; a exigência foi de 50% da extensão da rede da Concessionária Comgás, também sendo permitido o somatório de atestados; a imposição está de acordo com a súmula n° 263/11 do TCU e com a Portaria DNIT n° 108/08.

O Sr. Hugo Sérgio de Oliveira, Diretor Presidente, também trouxe justificativas, com alegações muito semelhantes àquelas apresentadas pela ARSESP.

A PFE reiterou seu posicionamento pela regularidade da matéria.

É o relatório.

bccs/

³ Acórdão 32/11; Plenário; Relator Ministro Ubiratan Aguiar



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Voto

TC-037624/026/10

Não é possível acolher os argumentos trazidos pela origem, para justificar a inserção, no instrumento convocatório, de exigências restritivas à ampla competitividade, que afrontam o *caput* e o §1º, I, do artigo 3º da Lei de Licitações.

É o caso da imposição, para qualificação técnico-operacional, de experiência em revisão tarifária de serviços de gás canalizado e, em caso de soma de atestados, comprovação de realização de trabalhos de revisão tarifária de serviços de energia por redes, desde que um dos atestados dissesse respeito à revisão tarifária de serviços de gás canalizado realizado no Brasil.

Da mesma forma, a exigência de que a equipe técnica fosse composta por profissionais que tivessem experiência em atividades muito específicas, tais como "realização de revisão tarifária em empresa de energia por redes", "realização de revisão tarifária de distribuição de gás canalizado", "realização de revisão tarifária de distribuição de energia por rede" ou "realização de serviço de elaboração de disciplinas e regulamentos de gás canalizado para Autoridade Regulatória".

Não há justificativa razoável para a exigência de experiência em área tão específica, e com restrição de localidade (Brasil), extrapolando a previsão contida no artigo 30 da lei de licitações e afrontando a Súmula nº 30 deste Tribunal. A meu ver, bastaria que a empresa e os profissionais tivessem experiência nos serviços de revisão tarifária, sendo indiferente em que área (transporte, energia elétrica, gás ou telecomunicações, por exemplo) ou localidade.

Ainda, a estipulação de quantitativos para fins de comprovação de capacidade técnico-profissional é vedada pelo artigo 30, §1º, I da Lei Federal nº 8.666/93 e pela Súmula nº 23 desta Corte. Mesmo que a Súmula nº 23 deste



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

Tribunal faça alusão a obras e serviços de Engenharia, a Lei de Licitações veda a imposição de quantitativos para comprovação de qualificação técnico-profissional para qualquer tipo de objeto. Também, a alegação de que o quantitativo requerido equivale a 50% do quantitativo total não altera a situação, uma vez que a imposição de quantitativos mínimos, dentro de um critério de razoabilidade, deve ser dirigida somente à comprovação de qualificação técnico-operacional.

Também extrapola a previsão contida no artigo 30 da Lei de licitações e afronta o §5º desse dispositivo legal a exigência, como condição de habilitação, de apresentação de currículo dos membros da equipe técnica.

Nesse sentido, cito trecho do voto por mim proferido no TC-2882/003/08, acolhido pela Segunda Câmara na Sessão de 20/3/2012:

"Por fim, transborda do regramento legal a exigência de currículo de todo o pessoal alocado à obra, ainda na fase de habilitação, como suscitado pela fiscalização.

Especificamente neste ponto, bastaria ao Ente licitante solicitar tão somente uma declaração formal de disponibilidade nesta etapa, deslocando o cumprimento efetivo da obrigação para ocasião posterior, como forma de atender tanto ao seu anseio, como ao que prescreve o § 6º do artigo 30 da Lei de Licitações.

Neste sentido, cito os precedentes do Tribunal Pleno, contidos nos TC-024048/026/11 e TC-029738/026/09 (sessões de 3/8/2011 e 16/9/2009, respectivamente)."

Resultado desse conjunto de condições restritivas foi a ausência de competição no certame, que contou com somente uma participante, comprometendo assim a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Também pode ter contribuído para tal fato a ausência de publicação do Edital em jornal de grande circulação.

A Lei 10.520/02 prevê, no inciso I do artigo 4º, que a divulgação deve ser feita em jornal de grande circulação "conforme o vulto da licitação". Neste Tribunal, a jurisprudência pacífica tem considerado de grande vulto, para esta finalidade, as licitações cujo valor estimado



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

supere aquele que ensejaria a aplicação da modalidade concorrência.

No caso em tela, o valor previsto para a contratação era, segundo a origem, de R\$ 3.023.148,34, bastante superior àquele que, segundo entendimento jurisprudencial desta Corte, tornaria exigível a publicação do instrumento convocatório em jornal de grande circulação.

A corroborar com o exposto, trago à colação a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, presente em seu Curso de Direito Administrativo⁴:

“Assim, para que o pregão não se ressinta de inconstitucionalidade atacável por ação popular ou por qualquer interessado, a solução será efetuar sua divulgação por jornal de grande circulação nos casos em que esta seria obrigatória em função dos limites de valor estabelecidos pela Lei 8.666.”

Assim, não há como acolher as justificativas apresentadas, uma vez que o conjunto de restrições ilegais contidas no instrumento convocatório, somado à sua insuficiente publicidade, pode ter contribuído para o baixo interesse das empresas do ramo em participarem do certame.

Já os termos aditivos em exame não podem ser apreciados de forma autônoma em relação aos atos que os originaram, em virtude do princípio da acessoriedade, que decorre de previsão legal, contida no §2º do artigo 49 da Lei de Licitações.

Nesse sentido, transcrevo trecho do voto proferido no TC-3014/003/03⁵:

“A questão de fundo é deveras conhecida deste Egrégio Plenário.

Reconhecida que foi a ilicitude da contratação administrativa, igual irregularidade contagiará logicamente quaisquer ajustes posteriores que a pressuponham.

É que tais aditivos são negócios jurídicos inteiramente dependentes da existência, da validade e da eficácia dos

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 542.

⁵ Tribunal Pleno; Sessão de 4/3/2008; Relatora e. Substituta de Conselheiro Maria Regina Pasquale.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
GABINETE DO CONSELHEIRO ROBSON MARINHO

contratos a que se reportam, sendo, de conseguinte, inadmissível o exame autônomo de sua validade e eficácia, quando de antemão assentada, como na espécie vertente, a invalidade do ajuste principal.”

Diante do exposto, voto pela **irregularidade** da licitação, do contrato e dos termos aditivos em exame e pela **ilegalidade** das correspondentes despesas, em face do descumprimento dos artigos 3º, *caput* e §1º, I; 30, §1º, I, §5º e §6º e 49, §2º, todos da Lei de Licitações; artigo 4º, I, da Lei 10.520/02 e Súmulas nºs 23 e 30 deste Tribunal, aplicando-se o disposto nos incisos XV e XXVII do artigo 2º da Lei Complementar nº 709/93, e, com fundamento no inciso II do artigo 104 dessa norma legal, **multa** ao Sr. Hugo Sérgio de Oliveira, Presidente à época da contratação, no valor equivalente a 300 UFESP's, a ser recolhida ao Fundo Especial de Despesa deste Tribunal no prazo de 30 dias do trânsito em julgado.