



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

CONSELHEIRO EDGARD CAMARGO RODRIGUES

PRIMEIRA CÂMARA DE 22/09/15

ITEM N°74

INSTRUMENTOS CONTRATUAIS

74 TC-001151/004/08

Contratante: Prefeitura Municipal de Marília.

Contratada: Araúna Energia e Gestão Ambiental Ltda.

Autoridade(s) Responsável(is) pela Abertura do Certame Licitatório e pela Homologação: Mário Bulgareli (Prefeito).

Autoridade(s) que firmou(aram) o(s) Instrumento(s): Mário Bulgareli (Prefeito) e Waldomiro Paes (Secretário Municipal de Serviços Urbanos).

Objeto: Concessão onerosa para realização de projeto, implantação, operação e monitoramento do Mecanismo de Desenvolvimento Limpo (MDL) nos termos do Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e obtenção de certificação das reduções de emissões atingidas (Reduções Certificadas de Emissão - RCE), através da captação, queima em flare's e ou geração de energia do biogás gerado no Aterro Sanitário Controlado da concedente, no Município Marília - SP.

Em Julgamento: Licitação - Concorrência. Contrato celebrado em 24-04-08. Valor - R\$3.223.473,14. Justificativas apresentadas em decorrência de assinatura de prazo, nos termos do artigo 2º, inciso XIII, da Lei Complementar nº 709/93, pelo Conselheiro Claudio Ferraz de Alvarenga e Conselheiro Fulvio Julião Biazzi, publicada(s) no D.O.E. de 01-04-09 e 16-08-11.

Advogado(s): Marco Antonio Martins Ramos, Carlos Alberto Diniz, Luis Carlos Pfeifer, Fátima Albieri e outros.

Fiscalizada por: UR-4 - DSF-II.

Fiscalização atual: UR-4 - DSF-II.

RELATÓRIO

Trata-se de contratação firmada pela PREFEITURA MUNICIPAL DE MARÍLIA com a empresa ARAÚNA



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

ENERGIA E GESTÃO AMBIENTAL LTDA. objetivando a concessão onerosa para realização de projeto, implantação, operação e monitoramento do mecanismo de desenvolvimento limpo (MDL) através da captação do biogás gerado no aterro da Prefeitura Municipal.

À precedente Concorrência nº 04/2008, publicada na imprensa oficial de 23/02/08 com a antecedência legal, ocorreu proponente única que, habilitada, teve o objeto a si adjudicado.

O contrato nº 746/08 foi formalizado em 24/04/08 para vigor por 10 (dez) anos a partir da assinatura, com valor estimado de R\$ 3.223.473,14 (três milhões e duzentos e vinte e três mil e quatrocentos e setenta e três reais e quatorze centavos).

Unidade Regional de Marília - UR-04 (fls. 301/307) manifestou-se pela irregularidade da matéria diante das seguintes falhas:

- Exigência de **garantia de participação** correspondente a 1% do valor total estimado do ajuste, em confronto com a jurisprudência desta Colenda Corte de Contas que entendia aceitável a incidência do percentual sobre o valor anualizado da avença;
- Comprovação de **qualificação operacional** mediante a apresentação de atestados de desempenho anterior sem fixação de quantidade e percentagem, em possível desacordo com a súmula 24;
- **Prova de regularidade** com a Seguridade Social com a exibição de Certidão Negativa de Débito - CND em desacordo com o estabelecido no artigo 29, inciso IV da Lei Federal 8.666/93 e súmula 17 deste Tribunal;



- **Vedação à qualificação** por meio de atestados advindos de contratação internacional ou certificados por "Autoridade Nacional designada pela UNFCCC" ⁽¹⁾ de outros países, com potencial restrição à competitividade;
- **Remessa extemporânea** da documentação, em reincidência. A fiscalização lista 43 (quarenta e três) processados anteriores com essa ocorrência; e
- **Admissão de recebimento** da garantia contratual em momento posterior à assinatura do contrato.

Por proposta de **Assessorias Técnicas** e **Chefia de ATJ** (fls. 309/310, 311/313 e 314/315) foram as partes contratantes notificadas (fls. 316) nos termos do artigo 2º, inciso XIII da Lei Complementar Estadual 709/93.

Em resposta, a **Prefeitura Municipal de Marília** apresentou justificativas às fls. 323/333.

De início, assegurou estar a exigência de garantia de participação em pleno acordo com o limite fixado no inciso III do artigo 31 da Lei Federal 8.666/93, destacando *"que a referência constante do texto legal que normatiza o processo de licitação faz expressa menção ao valor estimado da contratação e não a parcelas desse montante"* (fls. 325). Assim, também, a jurisprudência mencionada pela fiscalização seria referente a ajustes de serviços contínuos, com vigência adstrita à dos respectivos créditos orçamentários, segundo a hipótese prevista no artigo 57, inciso II, do mesmo normativo, enquanto o caso em análise contempla não o desembolso de recursos,

¹ United Nations Framework Convention on Climate Change (Convenção - Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas)



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

mas a arrecadação. Doutra parte, o valor fixado estaria compatível com a magnitude do objeto, sujeito a toda uma regulamentação própria, inclusive de organismos internacionais, apto a atrair empresas de grande porte e capacitação técnica e econômica.

Em seguida, contestou o apontamento de desatenção à súmula 24 deste Tribunal. Lembra ser limite máximo aceitável, o percentual de 50% a 60% estabelecido naquela jurisprudência, enquanto o instrumento convocatório do certame apenas pediu a apresentação de atestado de desempenho anterior sem qualquer menção a quantitativos ou percentuais, inexistindo, portanto, a apontada contrariedade.

Adiante, com relação à exigência de Certidão Negativa de Débito - CND indica que o ato de chamamento à disputa nada exigiu além do estabelecido em lei, e, embora *"faça referência ao termo 'certidão negativa', o fato é que a expedição, a forma e o conteúdo desse documento - se negativa ou se positiva com efeito de negativa - é de competência de cada um dos respectivos órgãos emitentes - no caso em questão do INSS e ou da Secretaria da Receita Federal -, observado o que dispõem suas instruções e demais regulamentação. O importante é assinalar que tanto numa (negativa) quanto noutra situação (positiva com efeitos de negativa) seriam aceitas as certidões apresentadas. Apenas e tão somente aquelas com indicação de débitos sem providências a respeito seriam rejeitadas"* (fls. 328/329).

No que se refere a possível cerceamento à competitividade derivado de vedação à qualificação por meio de atestados advindos de contrato internacional ou Autoridade Nacional designada pela UNFCCC de outros países, assevera que *"sem o cumprimento e/ou atendimento de todos os requisitos e formalidades estabelecidas pelo Ministério de Ciência e Tecnologia, órgão com competência exclusiva para deliberar sobre essa*



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

matéria, o projeto de Mecanismo de Desenvolvimento Limpo - MDL não pode funcionar ou mesmo ser acolhido ou reconhecido no país, ainda que convalidado por outro órgão estrangeiro de igual estatura" (fls. 330).

Tratando da remessa extemporânea da documentação, descaracteriza os precedentes indicados pela fiscalização, na medida em que os julgamentos até então proferidos nada mencionaram quanto a tal falha, enquanto outros ainda pendiam de apreciação. Exceção de 04 (quatro) procedimentos (TC-386/004/03, TC-463/004/03, TC-2036/004/06 e TC-66/004/07) onde se consignou recomendação a respeito, que considera insuficientes para tão contundente reincidência. Informa, outrossim, a tomada de providências administrativas com vistas a evitar novas ocorrências nesse sentido.

Pugna pelo reconhecimento da regularidade da licitação e decorrente contrato.

Assessoria Técnica, sob os aspectos de **economia** (fls. 334) acata as justificativas apresentadas e opina pela regularidade da matéria, com a única ressalva da necessidade de oportuno endosso de prorrogação da vigência da Apólice de Garantia de Concessões Públicas.

Sua congênere **jurídica** (fls. 335/336), de outra sorte, considerou as alegações fracas, especialmente quanto ao desrespeito à súmula 17, opinando pela irregularidade da matéria.

De sua parte, **Chefia de ATJ** (fls. 337/341) afasta infração à súmula 17, por constatar a necessidade de aprovação de projetos pela Comissão Interministerial de Mudança Global do Clima, validados pela Entidade Operacional Designada (Det Norske Veritas) para se possibilitar a apropriação de créditos de carbono, nos termos da Convenção -



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima e do Protocolo de Kyoto.

Pleiteou, porém, informações complementares quanto à execução do objeto da concessão: cronograma físico-financeiro; relatórios de acompanhamento; atestados de recebimento; valores efetivamente recebidos; publicações, etc.

Secretaria-Diretoria Geral (fls. 347/350), igualmente propôs notificação à origem para complementação de informações, especificamente quanto à vedação de participação de empresas reunidas em consórcio; ausência de planilha orçamentária que expressasse a composição dos custos inerentes ao objeto licitado; esclarecimento quanto à aceitabilidade da proposta única; justificativa quanto ao critério de remuneração eleito; informação relativa aos termos e condições para a geração e comercialização de energia a partir do biogás coletado; assim como para a exigência de regularidade fiscal de tributos imobiliários, por não guardar pertinência com o escopo da contratação. Pugna, ainda, por vistoria que permita a avaliação dos resultados da execução contratual.

Notificada (fls. 351/354), **Prefeitura Municipal de Marília**, em prazo dilatado, retorna aos autos com a manifestação de fls. 362/373.

De início, nega haver obrigatoriedade legal em se aceitar a participação de empresas reunidas em consórcio, bem como inexistirem meios de se controlar a quantidade de licitantes que efetivamente participarão do certame, qualquer que seja o número de interessados que retirem o edital.

Afirma, a seguir, já estarem anexas ao instrumento convocatório as reclamadas planilhas de quantidades que embasam possíveis propostas, tais como histórico de deposição de resíduos no aterro, quantidades diárias atuais de deposição de resíduos,



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

valores aproximados de créditos de carbono no mercado mundial a época, orçamentos de investimentos necessários aproximados, suficientes para a Comissão de Licitação aferir a adequação e razoabilidade das propostas. Acrescenta haver-se pesquisado outras licitações do gênero, em andamento naquela oportunidade, para aferição dos preços praticados e da razoabilidade das propostas.

Assevera a Municipalidade, ser, o critério de remuneração baseado em percentual do resultado obtido, prática comum e adequada do processo de Concessão Pública do gênero, com investimento e risco totalmente a cargo da empresa Concessionária, sendo essa uma das características próprias das concessões públicas conforme disposto na Lei específica. Ainda, estudos realizados à época indicaram ser inviável a remuneração por RCE's com posterior venda em leilão, em função dos custos adicionais, com a contratação de empresas especializadas na colocação desses títulos no mercado, não comportados pelo porte do empreendimento.

Informa que a eventual produção de energia dar-se-á a partir da queima do biogás em motogeradores, com venda a consumidores diretos e regra de remuneração idêntica à dos créditos de carbono.

Por fim, o órgão municipal defende interpretação de a pertinência do ramo de atividade do licitante com o objeto do certame estar restrita à prova de inscrição no correspondente Cadastro de Contribuinte, enquanto a regularidade com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal não seria alcançada por essa disposição. Conclui não se vislumbrar no texto editalício qualquer irregularidade sob esse aspecto.

Encerra com pleito de regularidade da matéria em exame.

Assessoria Técnico-Jurídica (fls. 377/379), focando na restrição à competitividade



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

provocada pela exigência de regularidade fiscal relativa a tributo municipal e no comparecimento de licitante única, entendeu inalterada a situação processual e opinou pela irregularidade da licitação e contrato decorrente.

Chefia de ATJ (fls. 380) reitera entendimento de fls. 377/379 pela irregularidade da matéria.

Secretaria-Diretoria Geral (fls. 381/383), igualmente, propõe a irregularidade do ajuste e precedente licitação, por constatar que *"boa parte das dúvidas suscitadas nos autos não foram solvidas pelo Contratante"*.

Estariam em tais condições: a ausência de estudos mais acurados acerca dos serviços pretendidos e forma de sua remuneração; a falta de clareza nas planilhas anexas ao edital, impugnadas na fase inicial do procedimento e carentes de elementos seguros para a formulação de propostas; a vedação à participação de empresas reunidas em consórcio; e a exigência de comprovação de regularidade fiscal de tributos imobiliários que, nada obstante o entendimento da origem, é assunto que se encontra pacificado na jurisprudência desta Colenda Corte de Contas. Destaca, por fim, *"o fato de dez (10) empresas terem se interessado pela licitação e obtido cópias do edital, havendo única participação no certame"*.

Ao final da instrução foi autorizada vista e extração de cópia dos autos ao responsável (fls. 384), sem que este a aproveitasse (fls. 386).

É o relatório.



TC-001151/004/08

VOTO

A instrução dos autos converge ao juízo de rejeição da matéria, em função de diversos aspectos do instrumento convocatório terem atuado em desfavor da competitividade.

Dentre esses, destaca-se a exigência de garantia de participação calculada a partir do valor total estimado para as receitas advindas da atividade concedida. A jurisprudência desta Colenda Corte de Contas tem considerado inadequada a adoção da receita estimada para todo o período da concessão como base para referido cálculo, sendo preferível a utilização dos investimentos previstos (vide TC-3931/989/13-1, TC-4001/989/13-6, TC-1581/989/13-4, TC-1010/989/12-7 e TC1027/989/12-8).

Acresce haver escassa informação relativa à eventual produção e comercialização de energia e gás, não se sustentando a alegação da origem de existirem elementos suficientes no Anexo VI, em verdade mero quadro comparativo de valores estimados para o ano de 2003 (fls. 52), sem qualquer menção a estudos efetivamente realizados no âmbito do município de Marília que corroborassem os dados apresentados.

Contribuem ainda para a rejeição da matéria a exigência de comprovação de regularidade fiscal com tributos municipais não pertinentes ao objeto do certame a que compareceu licitante única; e a constatação da parca competitividade resultante das condições estabelecidas para o torneio.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

Nessa conformidade, diante das manifestações de Chefia de Assessoria Técnica às fls. 337/341 e de Secretaria-Diretoria Geral (fls. 381/383), que adoto como razões de decidir, voto pela **irregularidade** da Concorrência 04/2008 e decorrente termo de contrato n° 746/08 da PREFEITURA MUNICIPAL DE MARÍLIA, com aplicação à espécie das disposições do artigo 2º, incisos XV e XXVII da Lei Complementar Estadual 709/93.

GCECR
JFA