

TÉCNICA E PREÇO

EM LICITAÇÕES DE
CONCESSÃO DE SANEAMENTO

FEVEREIRO | 2025

ANÁLISE DAS DECISÕES
DOS TRIBUNAIS DE
CONTAS ESTADUAIS

COORDENAÇÃO
LUIS FELIPE SALOMÃO
ELTON LEME

COORDENAÇÃO CIENTÍFICA
FERNANDO MARCATO

**Presidente**

Carlos Ivan Simonsen Leal

Vice-Presidentes

Clovis José Daudt Darrigue de Faro

Marcos Cintra Cavalcanti de Albuquerque

CONSELHO DIRETOR**Vogais**

Ary Oswaldo Mattos Filho

Carlos Alberto Pires de Carvalho e Albuquerque

Cristiano Buarque Franco Neto

José Ermírio de Moraes Neto

José Luiz Miranda

Lindolpho de Carvalho Dias

Marcílio Marques Moreira

Roberto Paulo Cezar de Andrade

Suplentes

Aldo Floris

Alexandre Koch Torres de Assis

Almirante Luiz Guilherme Sá de Gusmão

Antonio Monteiro de Castro Filho

Carlos Eduardo de Freitas

Gilberto Duarte Prado

José Carlos Schmidt Murta Ribeiro

Marcelo José Basílio de Souza Marinho

CONSELHO CURADOR**Presidente**

João Alfredo Dias Lins (Presidente em exercício)

Vice-Presidente

João Alfredo Dias Lins (Klabin Irmãos & Cia.)

Vogais

Antonio Alberto Gouvea Vieira

Eduardo M. Krieger

Estado da Bahia

Estado de Minas Gerais

Estado do Rio de Janeiro

Estado do Rio Grande do Sul

Federação Brasileira de Bancos (Isaac Sidney Menezes Ferreira)

General Sergio Westphalen Etchegoyen

IRB – Brasil Resseguros S.A. (Antônio Cássio dos Santos)

João Alfredo Dias Lins (representante da Klabin Irmãos & Cia)

Luiz Carlos Piva

Luiz Ildefonso Simões Lopes

Luiz Roberto do Nascimento e Silva

Marcelo Serfaty

Marcio João de Andrade Fortes

Maria Tereza Leme Fleury

Miguel Pachá

Pedro Henrique Mariani Bittencourt

Ricardo Oberlander

Sindicato das Empresas de Seguros Privados, de Resseguros e de Capitalização nos Estados do Rio de Janeiro e do Espírito Santo (Ronaldo Mendonça Vilela)

Suplentes

Almirante Petronio Augusto Siqueira de Aguiar

Alvaro Toubes Prata

Carlos Hamilton Vasconcelos Araújo

Guilherme Ary Plonski

Heloí José Fernandes Moreira

Istvan Karoly Kaszner

Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano

Nilson Teixeira

Raphael José de Oliveira Barreto

Sandoval Carneiro Junior

Tenente Brigadeiro-do-Ar Jeferson Domingues de Freitas

**Coordenação Geral**

Luis Felipe Salomão

Coordenação Adjunta

Elton Leme

Coordenação Científica

Fernando S. Marcato

Pesquisadores

Livia Ferreira (FGV Justiça)

Nathalia Vince Esgalha Fernandes (FGV Justiça)

Caio Riccioppo (FGV Direito SP)

Felipe Schwartz (FGV Direito SP)

Manuel Ferreira (FGV Direito SP)

O conteúdo desta publicação é de responsabilidade dos autores e não reflete, necessariamente, a opinião da FGV.

**DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
(CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)**

Técnica e preço em licitações de concessão de saneamento [livro eletrônico] : análise das decisões dos Tribunais de Contas estaduais / pesquisadores Livia Ferreira...[et al.] ; coordenação Luis Felipe Salomão, Elton Leme, Fernando S. Marcato. -- Rio de Janeiro : Fundação Getulio Vargas, 2024.

PDF

Outros pesquisadores: Nathalia Vince Esgalha Fernandes, Caio Riccioppo, Felipe Schwartz, Manuel Ferreira.

Vários colaboradores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-83308-09-2

1. Brasil. Tribunal de Contas da União 2. Concessão de serviço público 3. Contratos de concessão 4. Licitações - Leis e legislação - Brasil 5. Licitações - Normas - Brasil 6. Saneamento - Leis e legislação I. Ferreira Livia. II. Fernandes, Nathalia Vince Esgalha. III. Riccioppo, Caio. IV. Schwartz, Felipe. V. Ferreira, Manuel. VI. Salomão, Luis Felipe. VII. Leme, Elton. VIII. Marcato, Fernando S.

24-236081

CDU-351.712.2.032.3(81)(094)

ÍNDICES PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO:

1. Brasil : Leis : Licitações : Direito administrativo 351.712.2.032.3(81)(094)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

S

SUMÁRIO

—	EQUIPE DE PESQUISADORES	08
—	APRESENTAÇÃO	10
—	NOTAS INTRODUTÓRIAS	11

01	CONTEXTUALIZAÇÃO _____	12
02	JUSTIFICATIVA _____	16
03	OBJETIVOS _____	20
	3.1. Objetivo geral e hipótese _____	21
	3.2. Objetivos específicos _____	21
	3.3. Metodologia da pesquisa _____	22
04	PERFIL DOS PROCESSOS COLETADOS _____	24

05	RESULTADOS DA PESQUISA	30
5.1.	Adequação do critério técnica e preço	31
5.1.1	Agregado	32
5.1.2	São Paulo	34
5.1.3	Minas Gerais	36
5.1.4	Rio de Janeiro	39
5.1.5	Espírito Santo	40
5.1.6	Santa Catarina	40
5.2.	Subjetividade dos parâmetros de pontuação das propostas técnicas	41
5.2.1	Agregado	41
5.2.2	São Paulo	42
5.2.3	Minas Gerais	42
5.2.4	Rio de Janeiro	43
5.2.5	Santa Catarina	43
5.2.6	Rio Grande do Sul	43
5.3.	Atribuição de peso injustificado para o critério técnico	43
5.4.	Previsão de eliminação por não atingimento de nota mínima da proposta técnica	44
5.5.	Correspondência entre os quesitos de avaliação da proposta técnica e as exigências da habilitação técnica	44
5.6.	Vinculação da proposta técnica durante a execução do contrato	44
5.7.	Aprofundamento dos achados	45
06	PESQUISA BIBLIOGRÁFICA	46
6.1.	Aplicação da teoria dos jogos	52
6.2.	Estruturação de projetos recentes	55
6.3.	Achados colaterais	56

07	CONCLUSÃO _____	56
08	REFERÊNCIAS _____	60
	ANEXO 1 _____	64

EQUIPE DE PESQUISADORES

Fernando S. Marcato

Foi Secretário de Infraestrutura e Mobilidade do Estado de Minas Gerais (2020–2023) e Secretário Executivo de Novos Negócios na Sabesp. Professor da FGV Direito SP. Coordenador do Grupo de Estudos em Parcerias Público–Privadas da FGV Direito SP. Mestre em Direito Público Comparado pela Universidade Paris 1 Panthéon–Sorbonne.

Lívia Ferreira

Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV Justiça. Doutoranda em Direito Público na Université Paris Nanterre. Mestra em Direito Constitucional e Teoria do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC–Rio). Graduada em Direito pela FGV Direito Rio.

Nathália Vince Esgalha Fernandes

Pesquisadora do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da FGV Justiça. Doutora e Mestra em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília (UnB). Bacharela em Relações Internacionais pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp). Pesquisadora visitante na École des hautes études en sciences sociales (EHESS) em Paris.

Caio Riccioppo

Pesquisador do Grupo de Estudos em Parcerias Público–Privadas da FGV Direito SP. Bacharel em Direito pela FGV Direito SP.

Felipe Schwartz

Pesquisador do Grupo de Estudos em Parcerias Público–Privadas da FGV Direito SP. Ex-Assessor Técnico na Secretaria de Transportes Metropolitanos do Governo do Estado de São Paulo. Bacharel em Administração Pública pela Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getulio Vargas e graduado em Direito pela FGV Direito SP. Aluno do MBA em Negócios e Direito da Infraestrutura do Centro de Estudos em Direito e Negócios (Cedin).

Manuel Ferreira

Pesquisador do Grupo de Estudos em Parcerias Público-Privadas da FGV Direito SP.
Graduando em Direito pela mesma instituição.

APRESENTAÇÃO

A missão do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário – FGV Justiça é identificar, entender, sistematizar, desenvolver e aprimorar soluções voltadas ao aperfeiçoamento do sistema de justiça.

Atualmente, a FGV Justiça conta com as seguintes linhas de pesquisa: (1) governança digital e inovação; (2) sustentabilidade e responsabilidade social; (3) democracia; (4) direitos humanos; (5) solução de conflitos; (6) justiça social; (7) infraestrutura e (8) finanças públicas, tributação e (9) penal.

A pesquisa Técnica e preço em licitações de concessão de saneamento integra a linha de pesquisa de sustentabilidade e responsabilidade social e tem a perspectiva de contribuir com a produção acadêmico-científica dedicada à análise da adequação dos critérios de técnica e preço para a seleção de empresas em licitações de concessão de saneamento.

Considerando que o Poder Judiciário está comprometido com a Agenda 2030, coordenada pelas Nações Unidas, por meio do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), da ONU, esta pesquisa atende diretamente ao ODS 6 – Água Limpa e Saneamento.

A entrada em vigor da Lei nº 14.026/2020, que introduziu o denominado Novo Marco Legal do Saneamento Básico, motivou o estudo sobre o tema.

Esta pesquisa analisa de maneira científica e imparcial a forma pela qual os Tribunais de Contas estaduais acolhem ou não o critério de técnica e preço para a seleção de empresas em licitações de concessão de saneamento. Isso porque a escolha do critério de julgamento tem impacto sobre a escolha da empresa que irá operar os serviços de água e esgoto em determinado território por um longo prazo. Selecionar bem e de maneira adequada o prestador de serviços públicos de saneamento é fundamental para assegurar a universalização desses serviços nos prazos legais e garantir a qualidade do serviço público fundamental. Esperamos que os diagnósticos realizados possam colaborar para um sistema de justiça mais efetivo, que contribua para o desenvolvimento do país.

Luis Felipe Salomão

Coordenador do Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário – FGV Justiça

NOTAS INTRODUTÓRIAS

A fundamentação das decisões dos Tribunais de Contas dos estados e a *ratio decidendi* para fundamentar a escolha dos critérios de julgamento nas licitações de saneamento eram grandes incógnitas para os estudiosos do tema.

Por meio do levantamento jurisprudencial realizado nos Tribunais de Contas estaduais, foi possível identificar tendências regionais e temporais acerca do uso do critério de técnica e preço para a seleção de concorrentes.

A primeira conclusão que o estudo chegará é a de que até 2018 o critério de técnica e preço vinha sendo aceito pelos Tribunais de Contas como uma forma válida de seleção de interessados em operar sistemas de saneamento em regime de concessão.

Depois, iniciou-se uma fase em que o critério foi considerado ilegal por se entender, a partir de análise mais detida sobre o tema, que a utilização dele trazia consequências negativas para a futura prestação dos serviços, em primeiro lugar, porque a subjetividade da análise dos critérios técnicos podia levar a uma escolha subótima de concorrentes e, em segundo lugar, porque havia prejuízo à modicidade tarifária, já que a concorrência promovida pela licitação não gerava incentivos suficientes para a apresentação de propostas econômicas mais vantajosas por parte dos licitantes.

Fernando S. Marcato, Livia Ferreira e Nathalia Vince

C

CONTEXTUALIZAÇÃO

01

CONTEXTUALIZAÇÃO

A já extinta Lei nº 8.666/1993 foi por muito tempo a lei geral de licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A lei trazia regras para os critérios de seleção em licitações de obras públicas e serviços.

Em 1995, a Lei nº 8.987/1995 disciplinou o tema especificamente para as concessões de serviços públicos. Sua redação foi alterada após três anos pela Lei nº 9.648, consolidando, no art. 15, os seguintes critérios como possíveis para julgamento das licitações de concessões: 1) menor valor da tarifa; 2) maior oferta pela outorga da concessão; 3) melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas; 4) combinação desses três critérios; 5) melhor proposta técnica; 6) combinação de menor tarifa e melhor técnica; 7) combinação de maior oferta pela outorga e melhor técnica. Apesar de específica em relação aos critérios possíveis, a lei não esclareceu quais as condições para se adotar um ou outro tipo de critério. Quando da utilização do critério técnico, a lei disse apenas que, nesse caso, “o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas” (art. 25, § 2º).

Seis anos depois, a matéria foi revisitada no considerando as parcerias público-privadas pela Lei nº 11.079/2004. Seu art. 12 preservou os critérios de “menor tarifa” e “menor tarifa combinada com melhor técnica”, trazendo como novidades os critérios de “menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública” e “menor valor da contraprestação combinado com a melhor técnica” (inciso II, alíneas “a” e “b”). Novamente, não houve clareza sobre quais situações autorizariam a utilização de um ou outro critério. A lei mencionou tão somente a forma de exame das propostas técnicas: “será feito por ato motivado, com base em exigências, parâmetros e indicadores de resultado pertinentes ao objeto, definidos com clareza e objetividade no edital” (art. 12, § 2º).

A atual Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), inspirada pelo Regime Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/2011), introduziu novos critérios para a seleção de concorrentes, destacadamente maior desconto e maior retorno econômico (art. 33, II, IV e VI). Critérios constantes da legislação anterior foram mantidos.

Entretanto, a nova Lei de Licitações foi mais específica ao determinar condições para a utilização de critérios de julgamento de “técnica e preço”, tais como (i) serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual; majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito; (ii) bens e serviços de tecnologia sofisticada e de domínio restrito; (iii) bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação; (iv) obras e serviços especiais de engenharia e; (v) objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução (art. 36, § 1º, inc. I ao V). Além disso, ela inova ao exigir a realização de estudo técnico preliminar para demonstrar a relevância de sua aplicação (art. 36, § 1º).

É razoável inferir que a nova Lei de Licitações exige do gestor a obrigação de motivar sua escolha pelo critério de técnica e preço, como um regime excepcional em relação aos demais critérios, por exemplo, os de menor preço ou maior benefício econômico.

Outro arcabouço normativo que interage com o tema da presente pesquisa é o Novo Marco Legal do Saneamento Básico (Lei nº 14.026/2020), que atualizou as Diretrizes Federais de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007) e trouxe uma série de exigências aos contratos de concessão de saneamento.

A Lei nº 14.026/2020 promoveu mudanças significativas na Lei nº 11.445/2007 e estabeleceu o novo Marco Regulatório do Saneamento Básico. Entre as transformações mais proeminentes, destaca-se a nova atuação da Agência Nacional de Águas (ANA) que, com o advento da nova lei, passou a se chamar Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico, tornando-se responsável por editar normas gerais sobre regulação em saneamento básico no país.

Além disso, o Novo Marco Legal do Saneamento Básico estabeleceu de forma clara e objetiva metas e prazos para a universalização dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Conforme o artigo 11-B, os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico devem incluir metas de universalização para garantir que, até 31 de dezembro de 2033, 99% da população tenha acesso a água potável e 90% da população tenha acesso à coleta e ao tratamento de esgoto. Ademais, o parágrafo único do mesmo artigo determinou que os contratos já em vigor que não continham essas metas deveriam incluí-las até 31 de março de 2022.

É importante reconhecer que a universalização já era um princípio fundamental presente na Lei nº 11.445/2007. No entanto, a nova regulamentação apresenta instrumentos mais robustos e concretos para promover sua efetivação. Nesse sentido, o novo artigo 10-A, inciso I, estabelece que os contratos devem determinar expressamente as metas de expansão dos serviços, bem como outros objetivos relacionados à melhoria e eficiência deles. O supramencionado artigo 11-B estabelece de forma assertiva as metas de 99% e 90%, permitindo apenas, conforme seu § 9º, uma prorrogação dos prazos até 1º de janeiro de 2040.

Para este estudo, o aspecto mais relevante é que o Novo Marco Legal do Saneamento Básico introduziu alterações às Diretrizes Federais de Saneamento Básico ao

vedar a prestação dos serviços públicos de saneamento básico mediante contrato de programa (art. 10, Lei nº 11.445/2007). Em outras palavras, a prestação desses serviços só pode ser viabilizada por contrato de concessão, mediante prévia licitação.

A partir dessa alteração, foi possível constatar o aumento expressivo de licitações no setor de saneamento básico. Segundo estudo recente do Instituto Trata Brasil, desde a aprovação do Novo Marco Legal de Saneamento Básico (2020–2023), já foram investidos mais de R\$ 68 bilhões em 18 projetos principais, que alcançaram um impacto significativo em mais de 31 milhões de pessoas em todo o Brasil.¹

Portanto, neste estudo, abrangendo o período de 2010 a 2023, pretende-se avaliar o uso do critério “Técnica e Preço” em projetos de concessão no setor de saneamento. A análise baseia-se em decisões dos Tribunais de Contas dos Estados – que têm competência de realizar controle externo dos respectivos poderes executivo municipais – e em estudos bibliográficos relacionados ao tema.

1 Estudo sobre os avanços do Novo Marco Legal Do Saneamento Básico no Brasil de 2024 (Snis, 2022), 15 de julho de 2024, Instituto Trata Brasil.



JUSTIFICATIVA

JUSTIFICATIVA

O saneamento básico é uma vertente crucial para a saúde pública e o desenvolvimento socioeconômico de qualquer nação. No contexto brasileiro, as licitações e contratos administrativos desempenham um papel vital na implementação de projetos de saneamento. Os critérios de “Menor Preço” e “Melhor Técnica”, estabelecidos pela legislação, têm sido pilares na tomada de decisão para tais projetos. Dada a relevância desses critérios, é imperativo entender sua aplicação e impacto nas decisões de concessão de saneamento.

Como contextualizado, o advento do Novo Marco Legal de Saneamento Básico trouxe consigo o aumento expressivo de realização de editais de concorrência pública e, conseqüentemente, investimentos para o setor de saneamento básico – muitos deles que adotaram o critério de julgamento de “técnica e preço” para selecionar a futura concessionária dos serviços públicos de saneamento básico. Avaliar a relevância dos critérios de julgamento das propostas pode proporcionar compreensões valiosas para futuras licitações e políticas públicas, possibilitando melhorias na eficiência, qualidade e sustentabilidade dos serviços de saneamento.

Essa avaliação se torna relevante uma vez considerado o interesse público na adequação da prestação desses serviços. Isso porque o saneamento básico é reconhecido como um direito fundamental, essencial para garantir o direito à saúde, conforme estabelecido no artigo 6º da Constituição, que o qualifica como um direito social.

A adequação da concessão da prestação desses serviços é essencial para atendimento das disposições constitucionais e legais. De acordo com o art. 175, IV da Constituição Federal, a concessionária dos serviços públicos deve manter o serviço público adequado, definido pela Lei Federal nº 8.987/1995, que preceitua que o serviço adequado é o que satisfaz, entre outros pontos, as condições de eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

A importância da adequação da prestação do serviço pode ser verificada por meio da proposta entregue pelo licitante. A proposta dos licitantes interessados representa a proposta de comprometimento da prestação de serviços por um longo

prazo (de 20 a 30 anos), que interagirá com as disposições do futuro contrato de concessão assinado.

O critério de julgamento da licitação pode ser determinante para a adequação da operação da concessão dos serviços públicos. Tanto é que, como narrado anteriormente, a Lei Federal de Licitações restringe a aplicação do critério de julgamento a depender do objeto da licitação.

A escolha do critério de julgamento tem impacto sobre a qualidade da política pública de saneamento básico realizada por meio da concessão do serviço público. O critério empregado tem repercussão direta no valor da tarifa que será cobrado pelo serviço, bem como na quantidade de recursos que o poder público terá que desembolsar para a conclusão do projeto (no caso das parcerias público-privadas). A própria objetividade e lisura da licitação também podem ser afetadas a depender do critério escolhido, o que é de grande importância dado que o processo licitatório tem como objetivos fundamentais a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública e a isonomia e a justa competição entre os licitantes.

Sendo assim, torna-se importante avaliar como os Tribunais de Contas Estaduais analisam a escolha do critério de seleção em concessões de saneamento.

O

OBJETIVOS

03

OBJETIVOS

3.1. Objetivo geral e hipótese

Analisar as decisões dos tribunais de contas estaduais, a adequação e relevância do critério de julgamento de técnica e preço e/ou de preço em projetos de concessão de saneamento entre 2010 e 2023.

A hipótese principal é que, historicamente, o critério de técnica e preço era mais utilizado nos processos de concessão dos serviços públicos. Porém, quando se analisam os processos de concessão de saneamento de grande porte, realizados nos últimos dez ou quinze anos no país, nota-se que esse critério foi praticamente abandonado. No entanto, persiste em projetos de menor porte a utilização do critério de técnica e preço.

A hipótese que se coloca é que os Tribunais de Contas têm entendido mais recentemente que a variável técnica deixou de ser relevante para a seleção de concessionárias e que se deve privilegiar o critério de preço. As razões para essa mudança e como ela influencia no processo de seleção são questões que essa pesquisa pretende enfrentar. As suas conclusões auxiliarão na formatação de futuros projetos de concessão do saneamento, cujo objetivo é a universalização dos serviços.

3.2. Objetivos específicos

- a) Identificar nas decisões dos Tribunais de Contas Estaduais os fundamentos para a utilização desses critérios e a *ratio decidendi* que fundamenta essas decisões.
- b) Verificar se existe um movimento de consolidação jurisprudencial a respeito do uso do critério e se há preferência pelo juízo técnico ou financeiro, constatando o posicionamento predominante sobre o tema nas decisões dos tribunais selecionados.
- c) Verificar se a vigência do Novo Marco Legal do Saneamento Básico tem nexo causal com o movimento de consolidação jurisprudencial, se esse movimento existir.

d) Compreender as particularidades de cada caso e de projetos que podem influenciar a escolha desses critérios, bem como as mudanças nas preferências ao longo dos anos.

e) Analisar estudos bibliográficos relacionados à água e ao esgoto para compreender possíveis tendências e debates acadêmicos sobre o tema, considerando a influência da doutrina e da legislação ao longo dos anos.

3.3. Metodologia da pesquisa

A pesquisa adotou uma abordagem mista, combinando métodos quantitativos e qualitativos para oferecer uma visão abrangente e detalhada do tema em estudo.

Inicialmente, foi realizado um levantamento jurisprudencial. Foi utilizada a plataforma Jusbrasil para a pesquisa inicial, seguida de buscas manuais nos sites dos 26 Tribunais de Contas Estaduais e do Distrito Federal para coletar decisões relevantes. A seleção das decisões judiciais foi feita com base em sua relevância, impacto e capacidade de estabelecer precedentes significativos, excluindo aquelas de menor relevância ou fora do escopo do estudo.

Foi adotado um conjunto abrangente de palavras-chave, incluindo “concessão”, “saneamento”, “critério de julgamento”, “esgoto”, “água”, “resíduo”, “técnica e preço”, combinadas com uma variedade de termos, tais como “licitação”, “concorrência pública”, “concessão”, “edital”, “saneamento”, “esgoto”, “abastecimento de água”, “menor preço”, “melhor técnica”, entre outros, para garantir a captura efetiva de decisões relevantes relacionadas à licitação de serviços de saneamento básico.

Para cada Tribunal, foram adaptadas as palavras-chave e combinações de acordo com os mecanismos de busca específicos e as categorias de matéria disponíveis em cada jurisdição. Assim, incluiu-se buscas por “exame prévio de edital de licitação”, “contrato”, “representação contra edital”, além de uma análise detalhada de critérios de julgamento, como “menor preço”, “melhor técnica” e “técnica e preço”.

A busca automatizada pela Jusbrasil levou a muitos resultados fora do escopo, por isso a opção encontrada para construir a base de processos para análise foi a consulta manual. A pesquisa foi realizada nas plataformas eletrônicas de pesquisa de jurisprudência e de processos dos Tribunais de Conta Estaduais e da União. Cada um desses Tribunais possui mecanismos de pesquisa jurisprudencial próprios, de forma que foram constatadas variações entre as pesquisas realizadas.

Além da coleta e análise dos processos, foi realizada a revisão bibliográfica acerca do tema. Essa etapa se deu pela busca de obras, na literatura internacional e nacional, que tratam da temática pertinente à pesquisa, seja no campo econômico ou jurídico. Foram escolhidas obras que tratam tanto do uso de critérios de julgamento em licitações de forma generalizada como aquelas referentes a concessões e parcerias público-privadas de saneamento básico. O objetivo foi levantar as congruências e

divergências de pontos de vista de diferentes autores sobre os aspectos relacionados ao tema, bem como identificar as correntes dominantes.

Uma vez completo o levantamento jurisprudencial e a revisão bibliográfica, foi elaborada a primeira análise dos dados coletados. A análise se deu a partir do preenchimento de um formulário Google com perguntas que tinham o intuito de entender as decisões individualmente, identificando as razões de decidir e demais informações relevantes.

Após a análise individual das decisões, foi realizada a identificação de padrões ou tendências ao longo do período estudado a fim de investigar as justificativas para a escolha dos critérios em diferentes regiões e projetos, com o objetivo de entender o movimento jurisprudencial como um todo e as particularidades que influenciaram tais escolhas.

Por fim, foi feita a análise das tendências verificadas na fase anterior, à luz da bibliografia selecionada. Essa etapa buscou comparar a tendência jurisprudencial com o posicionamento dos autores identificados na revisão bibliográfica.

P

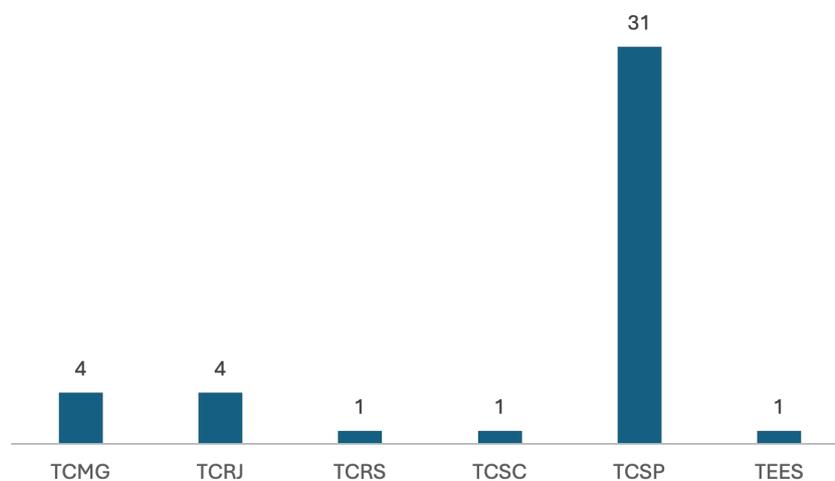
PERFIL DOS
PROCESSOS
COLETADOS

04

PERFIL DOS PROCESSOS COLETADOS

Nesta seção, será descrito o perfil dos processos coletados no estudo. Ao todo, foram examinados 42 processos referentes às concessões de saneamento básico, abrangendo diversas jurisdições no Brasil.

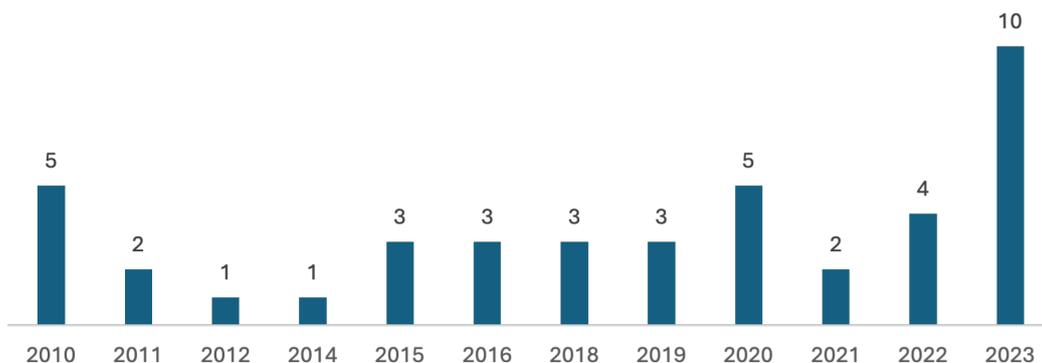
Gráfico 1 – Processos por Tribunal



No total, foram examinados 42 processos. A maioria desses processos, totalizando 31, procedia do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Quanto aos Tribunais de Contas dos Estados de Minas Gerais e Rio de Janeiro, foram analisados 4 processos de cada. Além disso, 1 processo de cada um dos Tribunais de Contas dos Estados do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Espírito Santo foi incluído na análise.

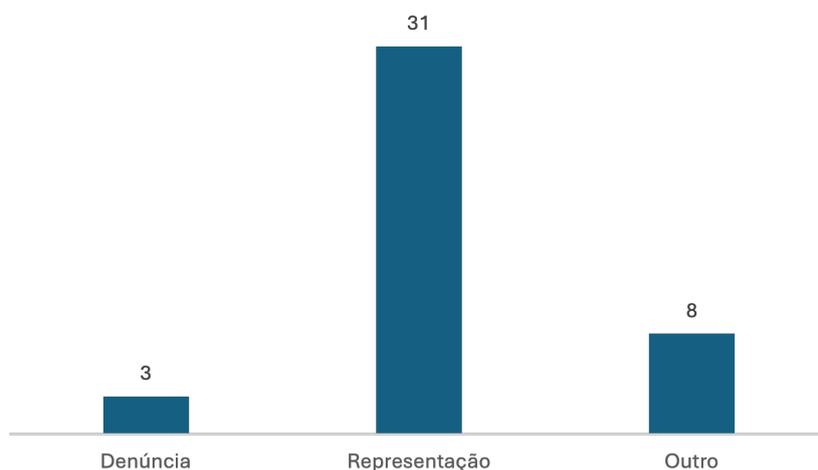
No ano de 2023 observou-se um pico considerável e um total de 10 decisões.

Gráfico 2 – Processos por ano da decisão



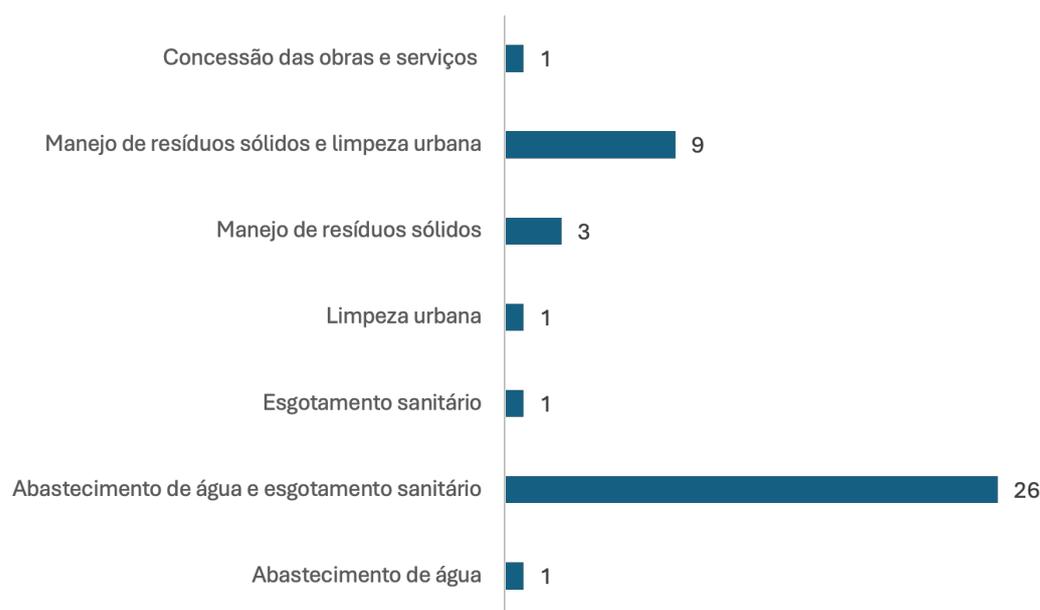
Observou-se um pico inicial em 2010 com 5 decisões, seguido por uma queda nos anos subsequentes, estabilizando-se em 3 decisões anuais entre 2015 e 2019. Em 2020, há um aumento significativo, somando 5 decisões, o que reflete possivelmente as mudanças no marco regulatório ou uma maior atividade de fiscalização. Os anos de 2021 e 2022 mostram uma variação menor, com 2 e 4 decisões, respectivamente.

Gráfico 3 – Processos por natureza da ação



No que concerne à natureza das ações examinadas neste estudo, verificou-se a presença de 31 representações e 3 denúncias. Adicionalmente, foram identificadas 8 ações com naturezas diversas, incluindo inspeções especiais, exames prévios de instrumento convocatório e os casos em que o respectivo tribunal não classificou a natureza do processo.

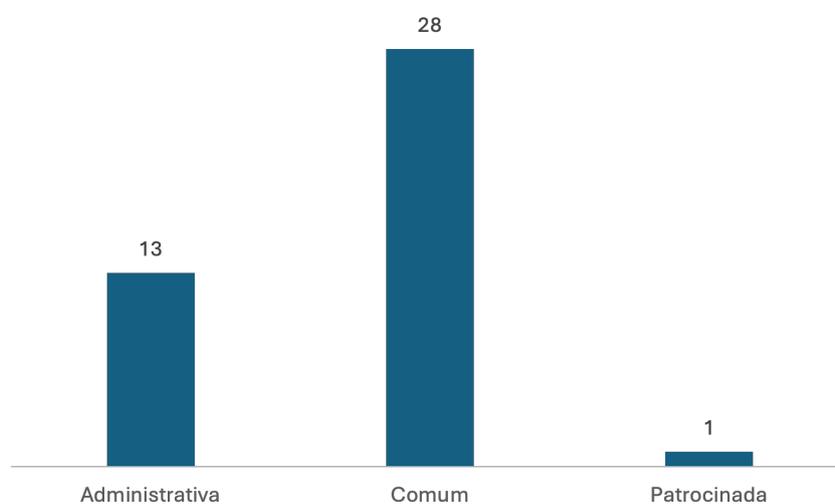
Gráfico 4 – Processos por objeto da concessão



Dentro do escopo das decisões analisadas, foram identificados diversos objetos distintos das concessões. A maioria delas, totalizando 26, envolveu o abastecimento de água e esgoto sanitário. Em seguida, foram examinadas 9 decisões que abordaram o manejo de resíduos sólidos e a limpeza urbana. Em menor quantidade, apenas 3 decisões trataram exclusivamente do manejo de resíduos sólidos. Quanto às concessões exclusivas para a limpeza urbana, foi identificada apenas 1.

Adicionalmente, foi analisada uma decisão na qual o objeto da concessão era exclusivamente o abastecimento de água, enquanto outra decisão dizia respeito a obras e serviços para a ampliação parcial da capacidade dos sistemas produtores de água.

Gráfico 5 – Processos por tipo de concessão



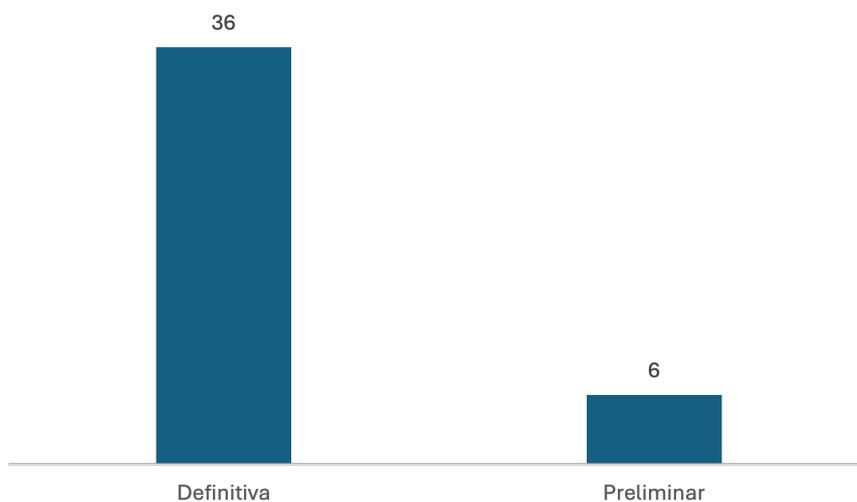
Das decisões analisadas, 28 são classificadas como concessões comuns, nas quais o poder concedente não realiza contraprestações e os usuários são responsáveis pelo pagamento dos serviços, incluindo a infraestrutura e manutenção proporcionadas pela concessionária. Por outro lado, 13 das decisões referem-se a concessões administrativas, nas quais o poder concedente realiza pagamentos à concessionária, isentando os usuários de quaisquer taxas diretas. Finalmente, 1 das decisões tratou de uma concessão patrocinada, regulada pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, caracterizada pela contraprestação financeira do poder público ao parceiro privado, além das tarifas pagas diretamente à concessionária pelos usuários.

Gráfico 6 – Processos por órgão decisório



Ao investigar a distribuição das decisões tomadas pelos órgãos plenos e pelas câmaras julgadoras nos Tribunais de Contas Estaduais, verificou-se que 34 decisões foram proferidas pelo Tribunal Pleno, enquanto 5 foram emitidas pelas câmaras julgadoras. Em 3 casos, essa distinção específica entre pleno e câmaras não se aplicou.

Gráfico 7 – Processos por caráter da decisão (definitiva ou preliminar)



No universo de 42 decisões, constatou-se que 36 foram proferidas em caráter definitivo, ao passo que 6 foram proferidas em caráter preliminar.

Em suma, a análise dos processos de concessão de saneamento básico revelou uma predominância de decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, com um número significativo de processos distribuídos ao longo dos anos, especialmente em 2010 e 2023. A variação na natureza das ações, majoritariamente representações, e a diversidade dos objetos das concessões, principalmente abastecimento de água e esgoto sanitário, destacam a complexidade e a abrangência dos casos analisados. A distribuição das decisões por tipo de concessão e órgão decisório reforça a importância do papel dos Tribunais de Contas na fiscalização e regulação dos serviços de saneamento.

R

RESULTADOS DA
PESQUISA

05

RESULTADOS DA PESQUISA

Os resultados que serão aqui apresentados dizem respeito às decisões dos Tribunais de Contas Estaduais que retornaram resultados na busca jurisprudencial. As decisões foram separadas nos seguintes temas:

- A. Adequação do critério de técnica e preço
- B. Subjetividade dos critérios de pontuação das propostas técnicas
- C. Atribuição de peso injustificado para o critério técnico
- D. Previsão de eliminação por não atingimento de nota mínima da proposta técnica
- E. Correspondência entre os quesitos de avaliação da proposta técnica e as exigências da habilitação técnica
- F. Vinculação da proposta técnica durante a execução do contrato

5.1. Adequação do critério técnica e preço

O primeiro e principal tema, “Adequação do critério de técnica e preço”, diz respeito ao posicionamento dos Tribunais de Contas Estaduais em relação à possibilidade de se utilizar o referido critério de julgamento em licitações de concessão de saneamento básico.

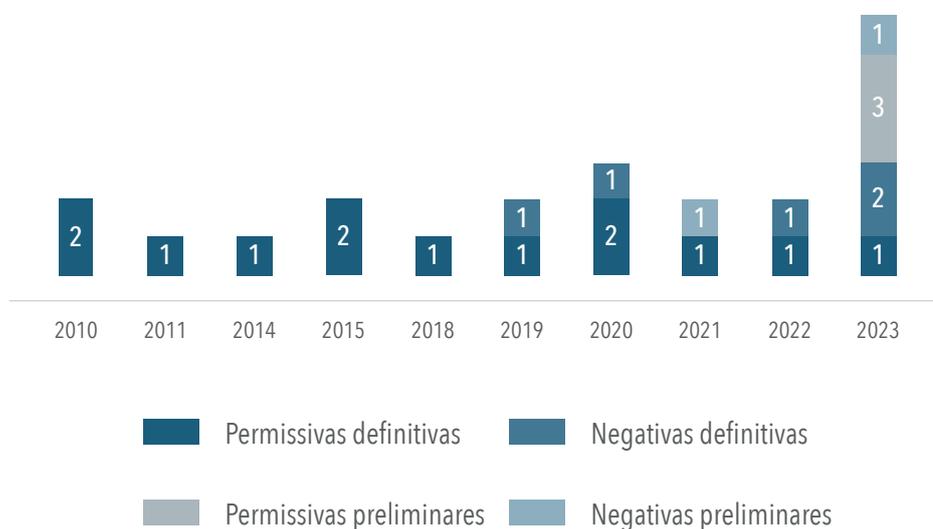
Primeiramente, de forma agregada, foram expostas as decisões de todos os Tribunais de Contas Estaduais e as razões de decidir. Com isso, torna-se possível observar as informações de cada estado individualmente, atentando à *ratio decidendi* e ao posicionamento das unidades técnicas. Os resultados do estado de São Paulo foram apresentados em forma gráfica por conta do elevado número de decisões, enquanto os demais foram listados textualmente.

5.1.1. Agregado

a) Posicionamento dos Tribunais

O gráfico abaixo revela a totalidade das decisões em que a adequação do critério de técnica e preço foi examinada. As decisões permissivas são aquelas que reconhecem que o critério é adequado em relação ao objeto licitado, enquanto as negativas são referentes àquelas em que o critério foi considerado inadequado. Quanto à natureza das decisões, foram separadas em preliminares e definitivas. Os estados que retornaram resultados foram São Paulo (15 decisões), Rio de Janeiro (2 decisões), Minas Gerais (4 decisões), Santa Catarina (1 decisão) e Espírito Santo (1 decisão).

Gráfico 8 – Processos por adequação do critério de técnica e preço (agregado)



b) Razões de decidir

O gráfico abaixo expõe a *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos Tribunais de Contas Estaduais. Foram separadas em sete tipos:

1) Permissão expressa da lei, quando o Tribunal entende que a previsão expressa do critério em lei – seja a lei de PPPs ou de concessões – é suficiente para caracterizar sua adequação, cabendo ao gestor público exercer sua discricionariedade na escolha. Nesse caso, não há juízo sobre as características específicas do objeto da concessão;

2) Natureza intelectual específica da concessão, quando o Tribunal entende que o objeto da concessão pode ser caracterizado como de natureza predominantemente intelectual, de modo a justificar o componente técnico no critério de julgamento;

3) Falta de natureza predominantemente intelectual, quando o Tribunal entende que não há características na concessão em questão que permitam classificar seu objeto como de natureza predominantemente intelectual, de tal forma que o componente técnico no critério de julgamento é considerado inadequado;

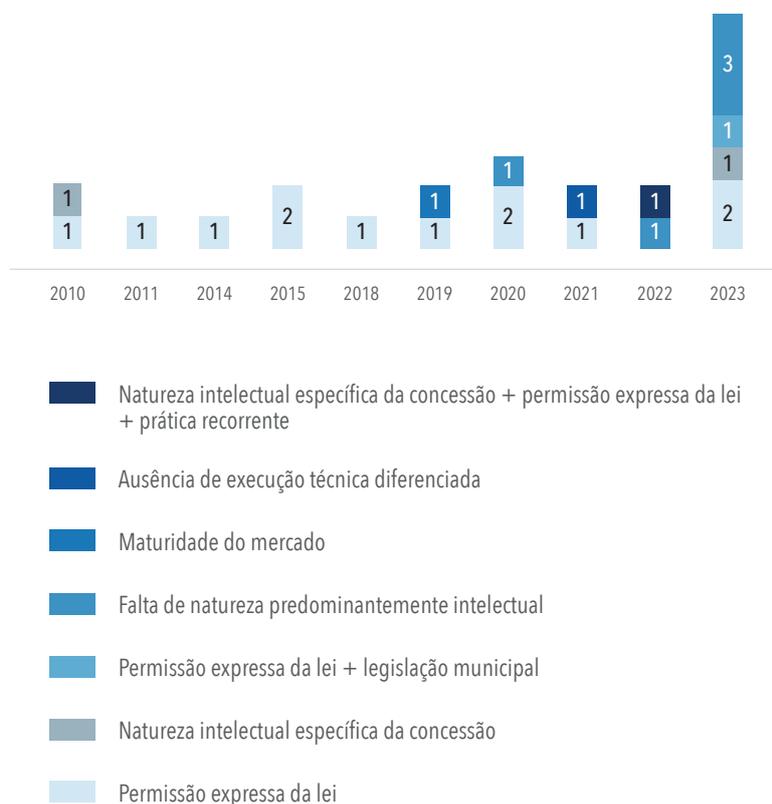
4) Permissão expressa da lei + legislação municipal, quando se soma ao argumento da previsão expressa da lei o fato de o município possuir legislação própria, que comanda a adoção do critério de técnica e preço;

5) Maturidade do mercado, quando o Tribunal entende que a expertise necessária para a execução do objeto do contrato de concessão ou parceria público-privada encontra-se disponível no mercado, de tal forma que o juízo técnico das propostas é desnecessário e inadequado;

6) Ausência de execução técnica diferenciada, quando o Tribunal entende que os quesitos estabelecidos para a avaliação da proposta técnica não evidenciam de forma substancial critérios a serem avaliados que caracterizem uma execução técnica diferenciada;

7) Natureza intelectual específica da concessão + permissão expressa da lei + prática recorrente, quando se soma aos primeiros dois argumentos o reconhecimento de que a utilização do critério de técnica e preço é uma prática recorrente, de tal forma que sua adoção encontra amparo na prática cotidiana.

Gráfico 9 – Processos por adequação do critério de técnica e preço (agregado – ratio decidendi)

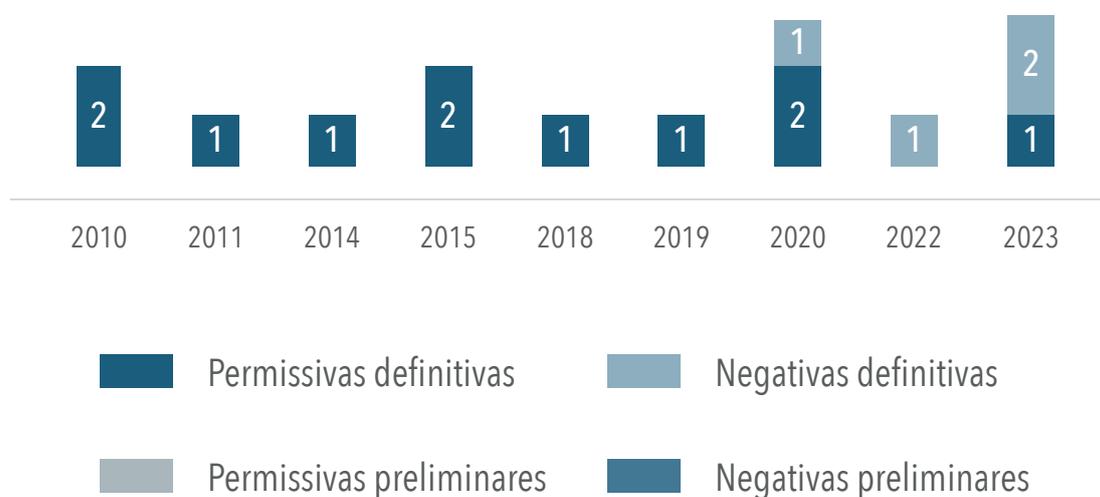


5.1.2. São Paulo

a) Posicionamento do Tribunal

O gráfico abaixo expõe o posicionamento do TCESP acerca da adequação do critério de técnica e preço. As decisões permissivas são aquelas que reconhecem que o critério é adequado em relação ao objeto licitado, enquanto as negativas são referentes àquelas em que o critério foi considerado inadequado. Quanto à natureza das decisões, foram separadas em preliminares e definitivas.

Gráfico 10 – Processos por adequação do critério de técnica e preço em São Paulo



b) Razões de decidir

O gráfico abaixo expõe a *ratio decidendi* das decisões tomadas pelo TCESP. Foram separadas em três tipos:

- 1) Permissão expressa da lei, quando o Tribunal entende que a previsão expressa do critério em lei – seja a lei de PPPs ou de concessões – é suficiente para caracterizar sua adequação, cabendo ao gestor público exercer sua discricionariedade na escolha. Nesse caso, não há juízo sobre as características específicas do objeto da concessão;
- 2) Natureza intelectual específica da concessão, quando o Tribunal entende que o objeto da concessão pode ser caracterizado como de natureza predominantemente intelectual, de modo a justificar o componente técnico no critério de julgamento;
- 3) Falta de natureza predominantemente intelectual, quando o Tribunal entende que não há características na concessão em questão que permitam classificar seu objeto

como de natureza predominantemente intelectual, de tal forma que o componente técnico no critério de julgamento é considerado inadequado.

Gráfico 11 – Processos por adequação do critério técnica e preço em São Paulo (ratio decidendi)



c) Posicionamento da unidade técnica:

Embora o TCESP não disponibilize os pareceres da sua unidade técnica, em algumas decisões há uma menção ao seu posicionamento. Nessas decisões, há total sintonia entre o posicionamento final da corte e suas razões de decidir com o parecer da unidade técnica.

Destacando os posicionamentos mais recentes, pode-se citar aquele emitido no processo 12447/989/20, no qual o Tribunal considerou inadequado o uso do critério de técnica e preço justamente por conta do parecer da Assessoria Técnica, segundo o qual as atividades que poderiam ser caracterizadas como de natureza predominantemente intelectual não eram os itens predominantes na concessão em termos do valor da contraprestação a ser paga pela Administração.

Já no processo 15710/989/22, em que o Tribunal também concluiu que se tratava de inadequação do critério, pode-se destacar o seguinte trecho do parecer da Assessoria Técnica:

Não há previsão de efetiva aferição da vantajosidade das soluções propostas, como deveria ocorrer na avaliação das propostas técnicas, sendo que, independentemente da solução proposta, a nota auferida dependerá somente do atendimento da proposta aos quesitos requeridos pelo Edital. Ademais, constam da Matriz de Avaliação diversos serviços que não se enquadram nas hipóteses em que se admite a utili-

zação do critério de “técnica”, tais como, entre outros, a prestação de serviços de varrição manual de vias e logradouros, coleta e transporte de resíduos domiciliares e capinagem e roçagem, uma vez que suas execuções obedecem a protocolos, métodos e técnicas já conhecidos, que não os caracteriza como serviços de natureza predominantemente intelectual nem dependentes de tecnologias de domínio restrito ou com variadas alternativas de execução (...)².

Por fim, no processo 6240/989/23, em que o Tribunal concluiu que se tratava de adequação do critério, a Assessoria entendeu que o art. 36, caput, § 1º, inciso V, da Lei 14.133/2021, ao se referir a “objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução”, autoriza, no caso concreto, a adoção do critério de julgamento por técnica e preço. Ou seja, reconheceu as particularidades no caso que permitiam a aplicação desse critério.

5.1.3. Minas Gerais

a) Posicionamento do Tribunal

Foram identificadas quatro decisões pertinentes, sendo uma delas em 2022³ e três em 2023^{4/5/6}. A decisão de 2022 tem caráter definitivo e as de 2023 preliminar, sendo que todas permitem o uso do critério de técnica e preço.

2 SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado. Processo nº 15710/989/22, Tribunal Pleno. Julgado em 21 set. 2022, p. 33. Disponível em: https://jurisprudencia.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/3/8/9/887983.pdf. Acesso em: 05 set. 2024.

3 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo nº 1088840, Primeira Câmara. Julgado em 13 set. 2022. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1k03I9R6Q-ZjCK-6ml8I1d9tksoacWCN/view>. Acesso em: 05 set. 2024.

4 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo nº 1144865, Segunda Câmara. Julgado em 11 jul. 2023. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1pdBYCx8eDnDX5CRVIm_OdxDESWITQGI/view. Acesso em: 05 set. 2024.

5 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo nº 1144840, Tribunal Pleno. Julgado em 07 jun. 2023. Disponível em: <https://drive.google.com/file/d/1iT-9N6KsAIB2h17fZbDhFcLbFlnzQIHWr/view>. Acesso em: 05 set. 2024.

6 MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo nº 1144836, Tribunal Pleno. Julgado em 28 nov. 2023. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1-zHOsVwt1L60_XdLtHjXFN3g16VehRek/view. Acesso em: 05 set. 2024.

b) Razões de decidir

MG	Ano da decisão	Ratio Decidendi
1144865	2023	<p>"(...) entendo que assiste razão ao município de Campos Altos, pois, de fato, em se tratando de licitação para concessão de serviço público, o regime a ser adotado é o da Lei nº 8.987/1995, para o qual é irrelevante a caracterização ou não de um serviço como sendo de natureza predominantemente intelectual para a definição do critério de julgamento. Assim, é necessário reconhecer que a adoção do critério 'melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica' está em conformidade com Lei de Concessões, que prevê, em seu art. 15, a utilização desse critério, e também com o entendimento adotado por este Tribunal, recentemente confirmado no julgamento do Agravo nº 1.144.840.</p> <p>(...)</p> <p>Neste ponto, entendo que os embargos de declaração merecem ser acolhidos, a fim de que, observada a previsão expressa em lei municipal, o critério de julgamento adotado seja considerado regular.</p> <p>(...)</p> <p>Em breve pesquisa realizada na internet, verifiquei que, de fato, o município de Campos Altos não possui sistema de tratamento do esgotamento sanitário, peculiaridade que não foi contemplada na análise técnica que deu suporte à concessão da medida liminar de suspensão."</p>
1144836	2023	<p>"A escolha do critério de julgamento, dentre os previstos no art. 15 da Lei nº 8.987/95 é essencialmente uma opção discricionária do gestor. Cabe a ele, sobretudo por presumidamente melhor conhecer as necessidades que se encontram no seu dinâmico âmbito de atuação, verificar as variáveis fáticas e econômicas que recaem sobre a prestação do serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário do município, de tal modo que '(...) a utilização do critério técnica e preço não é suficiente para suspender a concorrência.'"</p>
1088840	2022	<p>"(...) entendo que a autorização legal para a escolha administrativa do critério de julgamento e a situação de insuficiência dos serviços de saneamento básico vivenciada pelo município de Nanuque justificam a adoção do critério de julgamento eleito pela Administração Municipal, que, em última análise, consubstanciou exercício regular de competência discricionária."</p>

MG	Ano da decisão	Ratio Decidendi
1144840	2023	"A escolha do critério, dentre os previstos no art. 15 da Lei nº 8.987/95 é essencialmente uma opção discricionária do gestor. Cabe a ele, sobretudo por presumidamente melhor conhecer as necessidades que se encontram no seu dinâmico âmbito de atuação, verificar as variáveis fáticas e econômicas que recaem sobre a prestação do serviço público de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário do município. E nisso as informações prestadas nessa fase processual guardam congruência com a modelagem proposta para o certame, ou seja, para o procedimento licitatório. O fato é que, e isso é importante frisar, a lei que define o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, claramente autoriza, por meio de seu art. 15, V, a adoção do critério de julgamento da melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor tarifa com o de melhor técnica."

c) Posicionamento da unidade técnica

A única decisão do Tribunal que convergiu com parecer da sua unidade técnica (Coordenadoria de Fiscalização de Concessões e Privatizações) foi aquela relativa ao processo nº 1088840. Isto porque o entendimento dessa unidade, consolidado nos diferentes processos, é que o critério técnico só deve ser empregado quando o serviço em questão não for "tecnicamente maduro", ou seja, quando apresentar alguma complexidade de natureza técnica que enseje a apresentação de propostas técnicas (como foi o caso do processo nº 1088840, diferentemente dos demais). A unidade afirma que, caso não seja constatada essa complexidade, o critério de técnica e preço é contrário ao princípio da modicidade tarifária, sendo que o critério unicamente baseado em preço seria uma opção mais adequada. Segue trecho do relatório técnico da Coordenadoria:

Nas concessões de serviços públicos essenciais, a análise de proposta técnica como parte do critério de julgamento, ainda que conjuntamente com a menor tarifa, somente se justifica quando a licitação se referir à delegação de serviços que não sejam considerados tecnicamente maduros, ou seja, que, além de envolver técnicas de gestão aprimoradas e emprego de tecnologias padronizadas (inerentes a toda e qualquer concessão), detenham notável complexidade técnica ou almejem o emprego de novas patentes e tecnologias sofisticadas ou inovadoras, cuja expertise necessária ao provimento do serviço com qualidade não possa ser facilmente encontrada no mercado⁷.

⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Contas do Estado. Processo nº 1088840, peça nº 225 do SGAP. 2022.

5.1.4. Rio de Janeiro

a) Posicionamento do Tribunal

Foram identificadas duas decisões pertinentes, ambas de 2021. No processo nº 243.387-2/19, a decisão teve caráter definitivo e concluiu que se tratava da inadequação do critério de técnica e preço. Já no processo nº 231955-4/2020, a decisão teve caráter preliminar e concluiu pela adequação do critério de julgamento.

b) Razões de decidir

RJ	Ano da decisão	<i>Ratio Decidendi</i>
243.387-2/19	2021	"O Tribunal acolheu o entendimento do Corpo Instrutivo, segundo o qual: Licitações do tipo técnica e preço são adequadas quando o aspecto qualitativo do objeto a ser contratado for relevante para a satisfação das necessidades da Administração. O critério de seleção da proposta mais vantajosa fundamenta-se em aspectos de ordem técnica. Os quesitos estabelecidos pelo Jurisdicionado referente à Proposta Técnica não evidenciam de forma substancial critérios a serem avaliados que caracterizem uma execução técnica diferenciada."
231955-4/2020	2021	"Em relação ao item III. da proposta instrutiva - para que seja excluído, obrigatoriamente, o critério de melhor técnica por ocasião do julgamento da licitação -, o art. 15 da Lei Federal nº 8.987/95 não estabeleceu tal obrigatoriedade: (...) Nesse sentido, em que pese o critério de menor valor da tarifa beneficiar a modicidade tarifária, discordo do Corpo Técnico quanto à sua obrigatoriedade, na medida em que o jurisdicionado tem o direito de avaliar o critério de julgamento mais adequado para o certame, de acordo com as necessidades da Administração Municipal e o interesse público local, desde que seja tecnicamente justificada a sua opção."

c) Posicionamento da unidade técnica

No processo nº 243.387-2/19, o posicionamento da unidade técnica, contrário à adoção do critério de técnica e preço, corresponde àquele citado na *ratio decidendi* da decisão.

Já no processo nº 231955-4/2020, a unidade técnica se posicionou, inicialmente, de forma contrária à adoção do critério pelas mesmas razões expostas no processo nº 243.387-2/19. Porém, após decisão plenária que discordou do Corpo Técnico (como é possível averiguar na *ratio decidendi* da decisão), a unidade considerou que a fundamentação apresentada nessa decisão, consubstanciada pela resposta do Jurisdicionado, foi suficiente para a manutenção do critério de técnica e preço no caso.

5.1.5. Espírito Santo

a) Posicionamento do Tribunal

Foi identificada uma decisão no TCES (processo nº 01108/2018-1), de 2019, que reconheceu a inadequação do critério de técnica e preço no caso analisado. A decisão teve caráter definitivo.

b) Razões de decidir

Nesse processo, foi adotado o posicionamento exposto na Instrução Técnica de Conclusiva 3764/2019, segundo o qual “como já visto na análise feita anteriormente sobre a adoção do critério técnica e preço e a vinculação da concessionária à proposta técnica apresentada na licitação, não é lógico e nem inteligente adotar critério técnica e preço em setores maduros de mercado (...)”.⁸

c) Posicionamento da Unidade Técnica

O posicionamento da unidade técnica foi exposto na *ratio decidendi* da decisão.

5.1.6. Santa Catarina

a) Posicionamento do Tribunal

Foi identificada uma decisão do TCESC (processo nº 23/80001094), de 2023, que reconheceu a inadequação do critério de técnica e preço no caso analisado. A decisão tem caráter preliminar.

b) Razões de decidir

Foi acolhido o posicionamento da Diretoria de Licitações e Contratações (DLC) do Tribunal, nos seguintes termos:

De plano, a DLC entendeu como caracterizada a ilegalidade concernente na adoção do critério “técnica e preço” no Edital de Concorrência Pública nº 005/2022, o que afronta o disposto no art. 46 da Lei Federal n.º 8.666/93 (Lei de Licitações).

⁸ ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Contas do Estado. Processo nº 01108/2018-1, Acórdão nº 01555/2019-1, p. 21. 2019. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/19YPRIMggBlcYI8EiEYRFo9K_fDXSWMVp/view. Acesso em: 05 set. 2024.

Ponderou que a utilização do tipo “técnica e preço” deve ser adotada apenas quando os serviços de natureza predominantemente intelectual compreendem a maior parte do objeto que se pretende contratar. Aduz, ainda, que este TCE já tem orientado os jurisdicionados sobre a inadequação da tipologia “técnica e preço” em concessões e serviços de água e esgoto, conforme Relatório DLC nº 978/2022 produzido no processo LCC nº 22/00554405, da Prefeitura Municipal de Guaramirim e Relatório DLC nº 459/2021 produzido no processo LCC nº 20/00530278, da Prefeitura Municipal de Palhoça.⁹

c) Posicionamento da unidade técnica

O posicionamento da unidade técnica, nesse caso a DLC, foi exposto na *ratio decidendi* da decisão.

5.2. Subjetividade dos parâmetros de pontuação das propostas técnicas

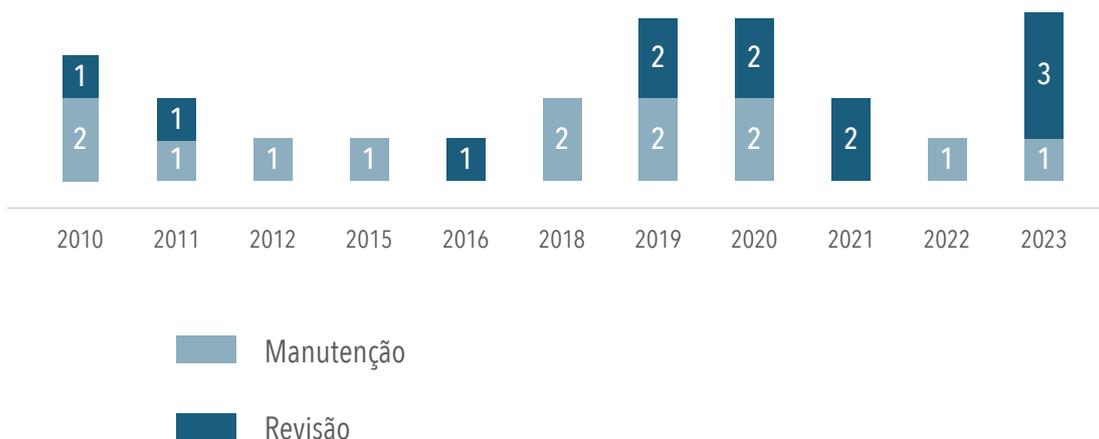
Nesta seção, o tema abordado é a subjetividade dos parâmetros de pontuação das propostas técnicas. Primeiramente, de forma agregada, foram expostas as decisões de todos os Tribunais de Contas Estaduais. Depois, foi possível observar as informações de cada estado individualmente. Os resultados do estado de São Paulo foram apresentados em forma gráfica por conta do elevado número de decisões, enquanto os demais foram listados textualmente.

5.2.1. Agregado

Foram identificadas 25 decisões em que a subjetividade dos parâmetros de pontuação das propostas técnicas foi discutida, sendo que 12 delas determinaram a revisão dos parâmetros, enquanto 13 resolveram pela sua manutenção, conforme pode ser observado no gráfico abaixo. Os resultados vieram dos estados de São Paulo (15 decisões), do Rio de Janeiro (3 decisões), de Minas Gerais (2 decisões), de Santa Catarina (1 decisão), do Espírito Santo (1 decisão) e do Rio Grande do Sul (1 decisão).

9 SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. Processo nº 23/80001094, p. 6. 2023. Disponível em: <https://alimentador-epapyrus.tce.sc.gov.br/alimentador-epapyrus/rest/api/v1/voto/link/d29ya3NwYWNiOi8vU3BhY2VzU3RvcmlUvN2JiNz-BINDYtZWU2YS00YmRmLTg0MzgtOWMyNDkyOWI4YTgx>. Acesso em: 05 set. 2024.

Gráfico 12 – Processos por subjetividade dos parâmetros (agregado)



5.2.2. São Paulo

Gráfico 13 – Processos por subjetividade dos parâmetros em São Paulo



5.2.3. Minas Gerais

a) Revisão: 1 (2023)

b) Manutenção 1 (2022)

5.2.4. Rio de Janeiro

- a) Revisão: 3 (duas em 2021, uma em 2023)
- b) Manutenção: 0

5.2.5. Santa Catarina

- a) Revisão: 1 (2019)
- b) Manutenção: 0

5.2.6. Rio Grande do Sul

- a) Revisão: 1 (2010)
- b) Manutenção: 0

5.3. Atribuição de peso injustificado para o critério técnico

Quanto a este tema, foram identificadas 14 decisões, sendo 10 delas ocorridas em São Paulo, 3 no Rio de Janeiro e 1 em Minas Gerais. Os debates giram em torno de duas questões: 1) a maior proporção atribuída ao juízo técnico em detrimento do financeiro; 2) a distorção da proporção eleita por meio das fórmulas de cálculo das propostas. Destaca-se que, geralmente, a proporção eleita nos casos analisados foi de 70% para a proposta técnica e 30% para a proposta comercial.

Em relação à primeira questão, as decisões dos estados de MG e SP reconhecem que a proporção é consolidada pela prática dos municípios e que a escolha é parte da margem de discricionariedade do gestor público. Já no estado do RJ, nos processos nº 243.387-2/19 e nº 237265-3/2022, o Tribunal seguiu o entendimento da unidade técnica, segundo o qual a escolha da proporção que favorece a nota técnica deve estar devidamente justificada, sob risco de afronta ao princípio da modicidade tarifária, amplificação da chance de direcionamento da licitação e contratação não vantajosa.

Em relação à segunda questão, o problema que se coloca aos Tribunais é que, em alguns editais, a fórmula de cálculo da proposta comercial conta com um intervalo entre a nota mínima e máxima demasiadamente pequeno quando comparado àquele da proposta técnica, de tal forma que pequenas variações na proposta técnica seriam capazes de compensar toda a variação presente na proposta comercial, distorcendo, na prática, a proporção originalmente eleita. Os Tribunais concordam que essa prática é ilegal.

5.4. Previsão de eliminação por não atingimento de nota mínima da proposta técnica

Foram identificadas quatro decisões relativas a editais de licitação com critério de técnica e preço que previam a desclassificação por não atingimento de nota mínima da proposta técnica, sendo três delas do TCESP e uma do TCERJ. Todas as decisões entendem que a prática é ilegal, já que aplica um procedimento do critério de melhor técnica” ao critério de técnica e preço.

5.5. Correspondência entre os quesitos de avaliação da proposta técnica e as exigências da habilitação técnica

Foram identificadas duas decisões, uma proveniente do TCESP (processo nº 846/989/15) e uma do TCERJ (processo nº 243.387-2/19), em que a prática foi considerada ilegal. A respeito do tema, a Súmula 22 do TCESP afirma que: “Em licitações do tipo técnica e preço, é vedada a pontuação de atestados que comprovem experiência anterior, utilizados para fins de habilitação”.¹⁰

5.6. Vinculação da proposta técnica durante a execução do contrato

Foi identificado um caso em que este tema foi discutido. No processo 01108/2018-1, o TCEES entendeu que a vinculação do concessionário, durante a execução do contrato, à proposta técnica apresentada era “(...) prática também não recomendada em PPPs, uma vez que permite desvirtuar a alocação de riscos contratuais além de prejudicar o município de se beneficiar da natural e esperada evolução tecnológica, conforme destacado na alínea”¹¹. Há, portanto, dois motivos distintos. O primeiro é a alocação de um risco (projeto), naturalmente privado, ao poder público. O segundo diz respeito ao fato de que, se a concessionária estiver vinculada à sua proposta técnica, então não poderá aplicar novas soluções mais vantajosas, de forma que seria mais eficiente a vinculação às metas e aos indicadores de desempenho.

10 SÃO PAULO. Tribunal de Contas do Estado. Súmula nº 22. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/boletim-de-jurisprudencia/sumulas#:~:text=S%C3%9AMU-LA%20N%C2%BA%2022%20%2D%20Em%20licita%C3%A7%C3%B5es,utilizados%20para%20fins%20de%20habilita%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 05 set. 2024.

11 SANTA CATARINA. Tribunal de Contas do Estado. Processo nº 01108/2018-1, Acórdão nº 01555/2019-1, p. 18. 2019. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/19YPRIMggBlcYI8EiEYRFo9K_fDXSWMVp/view. Acesso em: 05 set. 2024.

5.7. Aprofundamento dos achados

Conforme detalhado na seção anterior, os precedentes dos Tribunais de Contas Estaduais têm demonstrado, a partir de 2019, a tendência de emitir decisões negativas de mérito quando debatido a regularidade da aplicação do critério de técnica e preço em concessões dos serviços públicos de esgotamento sanitário e abastecimento de água. Esse cenário se contrapõe ao cenário anterior, no qual os Tribunais de Contas tinham a tendência de aprovar o emprego do critério de técnica e preço.

Para compreender o porquê desse movimento, decidiu-se explorar os autores de referência e suas compreensões acerca do tema, para que se possa entender se houve alteração literária e se há correspondência com os movimentos observados nos Tribunais de Contas. É importante destacar que não se trata de análise extensiva da literatura. Essa tarefa poderá ser explorada com maior profundidade em pesquisas subsequentes.

As razões como a literatura especializada no setor compreendem o tema, posto que seu entendimento acerca do tema pode auxiliar na compreensão dos movimentos observados nos Tribunais. A consolidação da literatura sobre o emprego de critérios de julgamento também pode auxiliar no entendimento geral sobre o tema e guiar o desenho das políticas públicas mais adequadas ao caso concreto enfrentado.

Para termos mais assertividade na compreensão dos resultados, além da pesquisa bibliográfica, será feita uma análise a partir da teoria dos jogos, com o objetivo de compreender a dinâmica da seleção da melhor proposta, ou seja, o critério de julgamento de menor preço ou de técnica e preço.

Por fim, também serão analisados os principais editais de concessão dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário publicados nos últimos anos. Assim como a pesquisa bibliográfica, não iremos esgotar o tema, mas desenvolver outro de entender os movimentos observados nas Cortes de Contas.

P

PESQUISA
BIBLIOGRÁFICA

06

PESQUISA BIBLIOGRÁFICA

Como detalhado acima, antes de 2019, eram predominantes as decisões de mérito que permitiam o prosseguimento dessas licitações da concessão dos serviços de esgotamento sanitário e abastecimento de água e esgotamento sanitário que empregavam o critério de técnica e preço. Verificou-se que esse movimento, no entanto, se contrapunha à literatura especializada internacional, que há quatro décadas compreende o emprego do critério de técnica como inadequado para as concessões de infraestrutura.

Na literatura internacional, destaca-se Jose Luis Guasch que, particularmente na obra *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*, de 2004, visa mapear as lições aprendidas no setor de infraestrutura e o que deveria ser feito diferente para colher os benefícios potenciais da reforma do setor e da participação privada na provisão de infraestrutura. O estudo é ainda hoje uma referência para o Banco Mundial.

Na obra, Guasch se debruça sobre a inadequação do critério de julgamento de técnica e preço em projetos de infraestrutura. Um dos pontos suscitados é em relação às propostas entregues pelos licitantes interessados, sendo arguido que propostas técnicas se tornam inúteis para contratos de longo prazo e que são sujeitas à manipulação e às decisões arbitrárias em razão de sua avaliação ser altamente subjetiva. Segundo o autor, nenhuma concessionária seguirá o conteúdo da proposta técnica original por mais de seis meses, e nenhum governo deveria requerê-la.

Além disso, Guasch se opõe à utilização de múltiplos critérios de julgamento da proposta, uma vez que isso levaria à perda de transparência e suscetibilidade para manipulação, corrupção e questionamento do resultado da concorrência pública.

A multiplicidade de critérios de avaliação para as propostas técnicas é uma prática comum em processos licitatórios. Como exemplo, podemos citar o Contrato de Concessão nº 051/2024, celebrado recentemente pela Prefeitura de Alpinópolis, MG, que tinha como objeto a concessão dos serviços públicos de esgotamento sanitário e abastecimento de água.

Nesse caso, a Comissão de Licitação avaliou 52 itens referentes à proposta técnica, além da análise da proposta comercial. Outro exemplo é o Contrato de Concessão nº 53/2022, que tem o mesmo objeto, promovido pela Prefeitura de Xique-Xique, BA, no qual foram avaliados 12 itens para a proposta técnica e proposta comercial.

Portanto, segundo a literatura de Guasch, a avaliação de propostas técnicas – por contarem com múltiplos itens a serem avaliados pela Comissão Avaliadora –, fogem da objetividade.

Esse tema também é aprofundado por Kerf, Klein et al (1998), que, desproporcionalmente, apontam que é atribuído à Comissão de Licitação o ônus do julgamento da melhor proposta técnica pela sua própria discricionariedade e julgamento. Na atribuição desse ônus desproporcional, a comissão pode atribuir vieses conscientes ou inconscientes às determinadas propostas, de forma a prejudicar a competitividade do certame.

Ademais, os autores apontam que a discricionariedade da Comissão de Licitação na análise da proposta técnica reduz a transparência da declaração do vencedor do processo licitatório. A proposta técnica se contrapõe à transparência da avaliação da proposta financeira, que é simples, transparente e objetiva, já que somente uma variável, a de preço, é avaliada para a seleção do parceiro privado, o que torna a manipulação dos resultados mais difícil (*The World Bank*, 2006).

A aderência à proposta técnica é outro ponto relevante trazido por Guasch (2004). A proposta técnica vincula a atuação do proponente e pode engessar a tecnologia, o cronograma e os métodos empregados pela concessionária. Esse é o intuito do Poder Concedente que tornaria possível que fosse selecionada a proposta tecnicamente mais vantajosa à Administração Pública, o que atribui uma previsibilidade à implantação do próximo empreendimento.

Porém, essa previsibilidade apresenta desvantagens para a gestão contratual. Caso a proposta técnica original tenha que ser alterada por fatos não imputáveis à concessionária, a realização do procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro se tornaria justificável. Isso significa que seria dado ensejo a um longo processo de tratativas entre as partes, o que pode vir a prejudicar a relação contratual.

Na experiência de Kerf, Klein et al (1998), é demonstrado que as alterações das condições de trabalho, depois da assinatura do contrato, requerem que seus operadores façam alterações significativas e justificáveis no seu plano de negócios e investimentos. Diante da constante alteração das condições da contratação, a exigência de planos técnicos e econômico-financeiros que restrinjam a atuação da concessionária não são alternativas que se mostram eficazes para a seleção de melhor proponente.

Parte da literatura especializada brasileira se opõe ao emprego do critério de técnica e preço em concessões e parcerias público-privadas. Não obstante, Fernando V. Guimarães (2013) pertence à parte minoritária da doutrina que entende que há a possibilidade do emprego do critério de técnica em concessões e parcerias público-privadas em razão de sua complexidade.

Segundo Guimarães (2013), os contratos de parceria público-privadas tendem a ser complexos, de maneira a admitir alternativas tecnológicas variadas para seu adimplemento. Dessa maneira, devem ser feitas distinções de tratamento jurídico entre contratos de concessões e parcerias público-privadas (regulados pelas Lei nº 8.987/1993 e nº 11.079/2004) e contratos simplificados regidos pela Lei nº 8.666/1993, o que daria maior amplitude à aplicação de critérios de julgamento técnico naqueles projetos.

Apesar dessa flexibilização da aplicação do critério de técnica, o autor destaca a necessidade de a sua definição ser acompanhada de justificativa suficiente:

É certo que a definição de critérios técnicos de julgamento deverá estar acompanhada de suficiente justificativa, que deverá evidenciar as razões pelas quais a disputa não poderá ser regida apenas por critérios econômicos de julgamento, ainda que precedidos de julgamento sobre a suficiência técnica (mínima) das propostas (como a qualificação de proposta técnica, por exemplo). (Guimarães, 2013 p. 436).

Em outras palavras, Guimarães (2013) defende que a complexidade de contratos de concessão justificaria a aplicação de critérios de julgamento, de forma a afastar a aplicação da Lei Geral de Licitações, que, por sua vez, regularia somente os contratos de baixa complexidade.

Já Maurício Portugal Ribeiro (2010) coloca entraves na utilização do critério de técnica e preço. Segundo o autor, somente quando não for possível considerar a qualidade do trabalho realizado pelo licitante por meio de atestados em que a boa técnica é condição importante para a execução do objeto que se deve empregar o critério de julgamento de técnica e preço.

Outro aspecto importante para Ribeiro é a maturidade do objeto da licitação. Para que o critério de técnica seja admissível, é pressuposto que a expertise necessária para a execução do objeto do contrato de concessão ou parceria público-privada não seja disponível no mercado. Em outras palavras, Ribeiro considera determinado setor maduro quando seus produtos podem ser facilmente adquiridos no mercado.

Com a facilidade de obtenção de determinado produto ou serviço no mercado, Ribeiro considera desnecessário que o Poder Concedente foque na verificação da capacidade técnica, o que o torna mais vantajoso na obtenção do melhor preço. Isso porque se o concessionário ou o parceiro privado tiver a capacidade financeira adequada, e se o contrato de concessão ou PPP for bem estruturado do ponto de vista técnico, ou seja, se os indicadores de resultado forem adequadamente estabelecidos, o concessionário ou parceiro privado terá os incentivos para adquirir no mercado a expertise técnica necessária ao provimento do serviço com a qualidade prevista no contrato.

É, pois, desnecessário, nesse caso, focar o processo de habilitação na verificação da capacidade técnica, até mesmo porque, se a expertise para tanto está disponível para todos no mercado, é melhor centrar o processo na obtenção do melhor preço,

tomando-se, contudo, os cuidados para garantir que o contratado tenha as condições financeiras para estruturar a concessionária e adquirir no mercado a expertise técnica necessária ao cumprimento do contrato.

Diante de tais fatos, em relação a esta pesquisa, o setor de saneamento básico pode ser considerado tecnicamente maduro. Segundo dados da Associação e Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto, 24,2% da população brasileira é atendida por operadores privados de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, o que representa a atuação dos operadores privados em 15,3% dos municípios brasileiros.

Os investimentos privados no setor também são consideráveis. Segundo dados da mesma entidade, 21% dos investimentos no setor de abastecimento de água e esgotamento sanitário foram de origem privada no ano de 2021. Dois anos antes, em 2019, verificou-se que essa proporção chegava a 33%.

Desse modo, constata-se que, de acordo com as concepções estabelecidas por Ribeiro, a maturidade do setor de saneamento básico tornaria inviável a aplicação do critério de julgamento de técnica e preço em concessões e parcerias público-privadas voltadas para esse setor.

Para além de Ribeiro, parte da literatura voltada para a análise da Lei de Licitações compreende que o critério de julgamento de menor preço representa o fator de maior relevância para a seleção de qualquer proposta. Justen Filho (2019) detalha que a Administração Pública tem o dever de buscar o menor desembolso de recursos, de modo a favorecer-se nas melhores condições possíveis. Afinal, segundo o autor, há uma distinção entre o critério técnico de identificação do objeto licitado e o critério técnico de julgamento. Não há impedimentos para que a Administração determine requisitos de qualidade técnica mínima quando isso for entendido como necessário, bastando, portanto, que seja estabelecido no edital os requisitos mínimos para aceitabilidade dos produtos que serão adquiridos.

Caso seja estabelecida a qualidade técnica mínima em edital que empregue o critério de julgamento de menor preço, todos os licitantes interessados terão o nível técnico necessário pela Administração Pública, o que permite que ela selecione a proposta que tem a qualidade técnica mínima e apresente o menor preço. Esse não é o caso das licitações de técnica e preço, pois as propostas tecnicamente mais vantajosas concorrerão conjuntamente com as propostas inferiores, com a elevação da qualidade refletindo na ampliação da perspectiva de vitória.

Além disso, Justen Filho reserva as licitações de técnica e preço para situações especialíssimas. Discorre o autor que seu emprego somente se justifica quando a Administração desembolsar valor superior ao menor preço do mercado quando houver vantagens indispensáveis à satisfação de suas necessidades.

A compreensão de Justen Filho não é isolada, tendo sido expressa também por Porto Neto (2005), que entende a excepcionalidade da aplicação de critérios técnicos para

o julgamento de propostas. No caso, Porto Neto exprime que, somente nos casos em que a oferta de soluções próprias e diferenciadas se reflitam no objeto da parceria público-privada, seria justificada a adoção de critérios técnicos. Porto Neto coloca que a Administração deve demonstrar a pertinência da adoção de critérios de técnica em face dos resultados que ela almeja alcançar.

Essa linha de raciocínio se manteve após a promulgação da Lei Federal nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações), que veio substituir a Lei Federal nº 8.666/1993.

Pires e Parziale (2022), comentando a Nova Lei de Licitações, compreendem que novos dispositivos da legislação estimulam que a Administração Pública selecione as propostas mais vantajosas para ela. Esse conceito de vantajosidade, segundo os autores, não se restringe ao menor preço, referindo-se, portanto, àquelas propostas que são aptas a gerar o resultado da contratação mais vantajosa.

Joel de Menezes Niebhur, em sua obra *Licitação Pública e Contrato Administrativo* compreende a aplicação do critério de técnica e preço de maneira excepcional, ressaltando que sua utilização deve ser rigorosamente fundamentada e justificada.

Niebhur (2022)¹² adverte também que a Nova Lei de Licitações exige a realização de estudo técnico preliminar robusto que demonstre a vantagem de exigir requisitos técnicos mínimos no edital. O autor detalha que o estudo deve identificar que a aplicação desse critério traz benefícios específicos para a Administração Pública, evidenciando a presença de diferenciais técnicos qualitativos significativos que possam ser oferecidos pelas empresas além dos requisitos básicos.

Esses diferenciais técnicos devem agregar valor e melhorar a qualidade técnica dos produtos ou serviços a serem contratados. Portanto, segundo Niebhur, a decisão de utilizar o critério de técnica e preço não se baseia apenas no enquadramento do objeto da licitação em um dos incisos do §1º do art. 36 da Lei nº 14.133/2021, mas também na constatação de que as soluções técnicas oferecidas no mercado podem superar os requisitos mínimos e trazer vantagens adicionais para a Administração.

Em outras palavras, na compreensão do autor, a aplicação do critério de técnica e preço é reservada em casos excepcionais. Nessa seara, Pires e Parziale (2022) colocam que o gestor tão somente utilizará o critério de julgamento de melhor técnica quando for possível examinar a questão técnica inerente ao objeto do certame.

Com base nas obras analisadas, verificou-se que os autores internacionais selecionados colocaram entraves na utilização dos critérios de julgamento de técnica ou técnica e preço para a seleção de parceiros privados em projetos de infraestrutura.

Quanto à literatura brasileira selecionada, verificou-se uma tendência de o ordenamento jurídico brasileiro restringir o emprego do critério de técnica na seleção de parceiro privado, seja em projetos de infraestrutura ou não.

12 NIEBHUR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 5. ed., revista e ampliada, Belo Horizonte: Fórum, 2022, p. 755-756.

Naturalmente, o objeto desta pesquisa não é a revisão exaustiva da bibliografia, mas esta seção serve para embasar o movimento constatado na pesquisa jurisprudencial de que os Tribunais têm, nos últimos anos, restringido a adoção dos critérios de técnica e preço.

6.1. Aplicação da teoria dos jogos

Conceitualmente, a teoria dos jogos pode ser descrita como um ramo da matemática aplicada, que tem sido amplamente utilizada e desenvolvida como instrumental microeconômico para a análise geral de interações estratégicas.

Apesar de ser utilizada formalmente para a compreensão de como os mercados evoluem e operam e de como os administradores deveriam lidar com as decisões que continuamente se defrontam, a teoria dos jogos pode ser aplicada a uma grande gama de situações em que dois ou mais agentes tomam decisões estratégicas, ou seja, decisões que levam em conta as atitudes e respostas dos outros.

Previamente, é oportuno destacar que tais decisões são tomadas por agentes racionais, isto é, jogadores que ponderam as consequências de suas ações, e que atuam sempre em busca de uma estratégia ótima, que maximize as recompensas ou benefícios de determinada ação, frente ao comportamento de seus concorrentes.

Nesse sentido, a teoria dos jogos mostra-se um instrumento indispensável para a análise de situações de concorrência entre agentes racionais e maximizadores de utilidade que exercem a tomada de decisões estratégicas, possibilitando, ainda, a observância de externalidades positivas e negativas que florescem de tal interação concorrencial entre consumidores, produtores e outros diversos agentes do mercado.

Sendo assim, quando analisada sob a luz dos conceitos consubstanciados pela teoria econômica dos jogos, o tipo de licitação por técnica e preço introduz uma complexidade adicional à chamada “dinâmica do jogo”, uma vez que, dentro do ambiente de concorrência entre as propostas, os licitantes necessitam considerar não apenas o preço que estão dispostos a praticar, mas também decidir a forma como realizarão a estruturação e adequação de sua proposta técnica, tendo em vista a relação com os seus concorrentes.

Dessa forma, ao contrário da licitação pelo menor preço, na qual o vencedor é determinado apenas pelo critério de custo mais baixo, a licitação por técnica e preço tenta equilibrar variáveis de qualidade e custo, atribuindo pontuações e ponderações a ambos os critérios no processo de escolha, o que induz a um complexo comportamento estratégico que pode resultar na inadequação desse tipo de licitação pela Administração Pública.

Em primeiro plano, quando analisamos a tomada de decisões estratégicas no ambiente em que os licitantes atuam sob as imposições de tal tipo de licitação, devemos

nos atentar para as denominadas estratégias dominantes, que nada mais são do que as estratégias que maximizam as chances da proposta ser escolhida, independentemente de qualquer ação que possa ser adotada e praticada pelos concorrentes.

Nesse cenário, a complexidade de avaliar tanto o preço quanto a técnica pode diluir a possibilidade de uma estratégia claramente dominante, já que diferentes licitantes podem avaliar de maneira distinta o peso que a avaliação e os avaliadores darão para cada critério, o que deve levar a uma situação em que múltiplas estratégias dominantes podem coexistir, sem que nenhuma seja estritamente dominante sobre as outras.

Essa questão pode resultar em uma forma de concorrência entre as estratégias que leve a um cenário em que não exista um equilíbrio claro em estratégias dominantes, aumentando a incerteza e, potencialmente, incentivando propostas que não sejam capazes de balancear nem custo nem qualidade, ou seja, estratégias que não consigam otimizar de maneira correta as variáveis de técnica e preço.

Esse tipo de licitação também pode ser analisado por meio do Equilíbrio de Nash, que se resume a um conjunto de estratégias (ou ações) no qual cada jogador faz o melhor que pode em função das ações de seus oponentes. Dessa maneira, nas licitações por técnica e preço, pode-se haver múltiplos Equilíbrios de Nash, refletindo diferentes combinações de preço e qualidade técnica que equilibrem, por assim dizer, os custos e benefícios percebidos no ambiente de concorrência de estratégias.

Porém, a natureza desses equilíbrios pode ser problemática, pois se os licitantes anteciparem as preferências da avaliação das propostas e, até mesmo, anteciparem a ação de seus concorrentes, eles podem “inflar” artificialmente os aspectos técnicos de sua proposta, aumentando potencialmente, por exemplo, os custos para além do necessário. Alternativamente, se perceberem uma preferência por custos baixos, podem alterar questões relacionadas à técnica para consequentemente reduzir o preço.

É justamente por resultar em um equilíbrio ineficiente ou um resultado subótimo que a análise por meio do Equilíbrio de Nash nos remete a uma situação em que existem possibilidades de apresentação de propostas que o setor privado pode não ter condições de executar. Moldada pelo foco no julgamento da proposta per se, e não na efetiva capacidade de executar o contrato, a seleção neste tipo de licitação cria a possibilidade de agentes apresentarem propostas tecnicamente imperfeitas ou economicamente inviáveis, sem terem a menor condição de exercê-las.

Dessa mesma forma, a abordagem que usa as estratégias maxmin – que busca maximizar o mínimo ganho possível – pode fazer com que, em um cenário de incerteza sobre a preferência dos avaliadores, os licitantes optem por estratégias que “minimizem os riscos” de a proposta não ser aceita, levando novamente à elaboração de propostas com resultados subótimos de alocação das qualidades de técnica e preço, como forma de evitar a desqualificação por extremos indesejáveis.

Quando consideramos certas formulações baseadas no Teorema da Impossibilidade de Arrow, que destaca a inexistência de um sistema que converta perfeitamente as

preferências individuais em uma escolha coletiva, aferimos a possibilidade de que o tipo de licitação por técnica e preço possa implicar, por meio da agregação da avaliação de múltiplos critérios por diferentes requisitos de avaliação, em uma decisão que não seja efetivamente justa e condizente, sendo ainda exacerbada pela questão da subjetividade da avaliação técnica. Por fim, levando em conta tais planos de análise, que contam com o uso de critérios de múltiplos de escolha – mesmo que, em alguns casos, previamente estabelecidos –, torna-se ainda necessário ressaltar a possibilidade de existência de corrupção e falta de transparência com a utilização da pontuação média ponderada entre técnica e preço.

Com uma suscetibilidade à manipulação, a questão da subjetividade da pontuação técnica mostra-se fundamental para a determinação da proposta vencedora, pois, caso haja qualquer forma de favorecimento de algum licitante (em detrimento de outro), poderia dar a este uma pontuação elevada em algum dos quesitos, com poucas chances do viés ser detectado.

Naturalmente, em futuras pesquisas seria relevante desenvolver estudos para aprofundar algumas das conclusões preliminares e hipóteses aqui colocadas. Há, porém, indícios de que possa haver imperfeições concorrenciais na escolha do critério de técnica e preço e que uma eventual motivação para o utilizar deveria considerar a teoria dos jogos e demais campos de estudo correlatos.

6.2. Estruturação de projetos recentes

Outro aspecto que deve ser analisado para auxiliar na compreensão dos movimentos observados nos Tribunais de Contas Estaduais é a estruturação recente de projetos de saneamento básico por entes estruturadores de projetos. Por isso, selecionou-se alguns dos principais projetos de saneamento nas últimas décadas, considerando a população atendida, o volume de investimentos e também um recorte regional (ainda que com projetos de menor porte). Não se trata de pesquisa extensiva acerca do tópico, que deve ser explorado com maior aprofundamento em pesquisas futuras.

Os projetos analisados têm diferentes características, localidades, agentes responsáveis pela estruturação e portes de investimento, mas convergem na escolha do critério de preço, em suas variadas formas, conforme indicado na tabela abaixo.

6.3. Achados colaterais

A pesquisa jurisprudencial revelou a falta de uniformidade nos mecanismos de busca de jurisprudência dos Tribunais de Contas Estaduais, o que pode comprometer, em certo grau, o aspecto metodológico das pesquisas que se propõem a coletar e comparar decisões dessas cortes. A principal disparidade encontra-se nas formas de pesquisa dos termos e das expressões que se pretende encontrar nos julgados.

Diversos mecanismos não oferecem a possibilidade de se buscar frases ou expres-

sões exatas, bem como afastar da pesquisa termos que não se deseja encontrar. Esses dispositivos são importantes, pois permitem uma maior precisão e celeridade na busca dos julgados, já que sem eles o pesquisador é limitado ao uso de termos demasiadamente genéricos que retornarão resultados supérfluos.

Uma sugestão decorrente deste estudo, portanto, seria que os Tribunais adotassem como referência o sistema do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, pois esse mecanismo possibilita uma busca jurisprudencial com maior precisão.

Outro problema identificado foi, em algumas ocasiões, o funcionamento inadequado dos sites dos Tribunais de Contas, que só foi restabelecido após contato direto com as respectivas instituições. Este incidente sugere uma gestão inadequada ou insuficiente dos sites, resultando em períodos de inoperância que prejudicam o acesso à informação.

A importância de manter os sites dos Tribunais de Contas em pleno funcionamento não pode ser subestimada. Esses portais são fontes essenciais para pesquisadores, acadêmicos e o público em geral, fornecendo acesso a decisões e documentos cruciais para a transparência e o bom funcionamento da Administração Pública.

Projeto	Critério de julgamento	Ano da licitação	População atendida	Investimento	Estruturador do projeto
AP5	Maior oferta pela outorga de concessão	2012	1,8 milhão	R\$ 1,8 bilhão	Estruturadora Brasileira de Projetos S.A. (EBP)
Sistema Rio Manso	Menor valor de contraprestação devida pelo Poder Concedente	2013	6 milhões	R\$ 833 milhões	Estruturadora Brasileira de Projetos S.A. (EBP)
CEDAE, RJ	Maior oferta pela outorga de concessão	2021	9,8 milhões	R\$ 27 bilhões	BNDES
Estado do Amapá	Menor valor de tarifa	2021	751 mil	R\$ 3 bilhões	BNDES
Sistema Produtor Alto Tietê	Menor valor de contraprestação devida pelo Poder Concedente	2007	4,5 milhões	R\$ 351 milhões	-
Estado do Ceará	Menor valor de contraprestação devida pelo Poder Concedente	2022	8,9 milhões	R\$ 6,2 bilhões	BNDES, Cagece
Pomerode	Menor valor de tarifa combinado com a maior outorga	2022	34 mil	R\$ 131 milhões	Fundação Ezute
Olímpia	Maior outorga	2022	55 mil	R\$ 81 milhões	-
Governador Valadares	Maior outorga	2023	250 mil	R\$ 1,3 bilhão	Grupo Houer
Estado de Sergipe	Maior oferta pela outorga de concessão	2024	1,5 milhão	R\$ 6,1 bilhões	BNDES

C

CONCLUSÃO

07

CONCLUSÃO

O levantamento jurisprudencial realizado revelou que, até 2018, o critério de técnica e preço em licitações de concessões de saneamento básico não era contestado pelos Tribunais, já que as Leis Federais nº 8.666/03, 8.987/95 e 11.079/04 preveem explicitamente a possibilidade de seu uso. Essa previsão expressa da lei foi suficiente para afirmar que a escolha desse critério compunha o âmbito regular da discricionariedade administrativa.

A partir de 2019, porém, nota-se que os Tribunais começaram a se debruçar sobre o mérito da escolha do tipo técnica e preço. A partir de então, cresceu o número de decisões que o reconheciam como inadequado – impulsionadas pelos pareceres das unidades técnicas das cortes –, favorecendo o critério exclusivamente financeiro (menor preço). Essa tendência revela uma crescente preocupação com o princípio da modicidade tarifária e o uso indiscriminado do juízo técnico em concessões que não apresentam particularidades técnicas que o justifiquem.

Nesse novo movimento, as decisões que afirmam a adequação do critério o fazem com base em qualidades próprias da concessão, isto é, em características excepcionais do objeto da contratação pública.

O movimento recente de desaprovação do critério de julgamento de técnica e preço nas concessões de saneamento básico parece estar alinhado com a bibliografia especializada. Conquanto alguns autores reconheçam a aproximação do critério com o caráter inerentemente complexo dos contratos de concessão de serviço público, há um posicionamento relevante que reserva o uso do juízo técnico para os casos excepcionálíssimos. Dessa forma, há o favorecimento do critério unicamente financeiro, uma vez que a apresentação de propostas técnicas compromete a objetividade do procedimento licitatório e acarreta perda de transparência, possibilidade de manipulação e questionamento do resultado final, além de pôr em xeque o princípio da modicidade tarifária sem a devida necessidade, isto é, em um mercado maduro como é o de saneamento básico no Brasil.

A ausência de pertinência de apresentação de propostas técnicas para contratos de longo prazo, como os de concessão em saneamento básico, também é um ponto

relevante na bibliografia levantada, seja pela incapacidade do privado de se ater à proposta apresentada, seja pela perda de oportunidade de se aproveitar do desenvolvimento tecnológico concomitante à execução contratual. Os autores revisitados recomendam que o foco seja direcionado à estipulação de qualidade mínima no edital de licitação e à etapa de qualificação técnica do licitante.

Outrossim, verifica-se pelos projetos selecionados que as concessões de saneamento básico nos últimos anos, a despeito do tamanho da população favorecida, vultuosidade dos investimentos ou data do lançamento do edital, empregam o critério de julgamento de menor preço, principalmente nos projetos compostos por entidades modeladoras especializadas, de renome no mercado.

Os resultados parecem apontar para o fato de que os Tribunais de Contas Estaduais estão em um esforço de atualização de seu posicionamento, seguindo o Tribunal de Contas da União, que apresenta jurisprudência sólida pela incompatibilidade do critério de técnica e preço em projetos que não possuam natureza predominantemente intelectual.

A partir dessas constatações, faz-se relevante o desenvolvimento de pesquisas posteriores que avaliem se o uso do critério de técnica e preço no setor de saneamento básico no Brasil contribuiu para os direcionamentos nas licitações de contratos de concessão, investigando possíveis indícios, como a correspondência entre o agente que modelou e o vencedor das licitações. Outro possível objeto de estudo é a frequência de lançamento de editais do tipo técnica e preço durante período eleitoral, a fim de investigar se esse critério de julgamento tem sido utilizado como medida que visa à obtenção de votos em vez da melhor prestação de serviços públicos de saneamento. A realização de levantamento exaustivo de projetos de técnica e preço e suas respectivas justificativas empregadas na concessão é outro meio de verificar os resultados desta pesquisa.

Por fim, a realização de pesquisas exaustivas da bibliografia acerca dos critérios de julgamento se mostra importante para aprofundar a seleção bibliográfica. Esse mesmo esforço é pertinente no campo da modelagem de projetos de infraestrutura de saneamento para que se confirme as circunstâncias nas quais o critério de julgamento de preço é empregado pelos modeladores de prestígio.

R

REFERÊNCIAS

REFERÊNCIAS

- GUIMARÃES, Fernando V. **Parceria público-privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- RIBEIRO, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*. Barueri, SP: Atlas, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2019.
- KERF, M. et al. *Concessions for infrastructure: a guide to their design and award*. Washington, D.C.: World Bank, 1998.
- GUASCH, J. Luis. **Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right**. Washington, D.C.: The World Bank, 2004. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/b1aa5a37-d7d9-52f1-a2be-ad3af-d15c8c2/content>. Acesso em: 20 maio 2024.
- NIEBHUR, Joel de Menezes. **Licitação Pública e Contrato Administrativo**. 5. ed., revista e ampliada, Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- PARZIALE, Aniello; PIRES, Antonio Cecílio Moreira. **Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. São Paulo: Almedina Brasil, 2022.
- VARIAN, Hal R. **Microeconomia: Uma abordagem moderna**. 8 ed. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2006.
- PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 8 ed. São Paulo: Editora Pearson Prentice Hall, 2013.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU**. 5. ed. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência, 2023.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO. **Guia Prático de Estruturação de Projetos de Concessão de Manejo Sustentável de Resíduos Sólidos Urbanos**. [s.l.]: [s.n.], 2023.

WORLD BANK. **Approaches to private participation in water services: a toolkit**. Washington, D.C.: The World Bank, 2006. Disponível em: <https://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/documents/toolkits/WaterToolkit.pdf>. Acesso em: 20 maio 2024

ABCON SINDCON. **Panorama da Participação Privada no Saneamento: 2023, jul. 2024**. Disponível em: https://abconsindcon.com.br/wp-content/uploads/2023/08/Panorama_2023-V8-WEB-REV0.pdf. Acesso em: 20 maio 2024.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Estudo sobre os avanços do Novo Marco Legal Do Saneamento Básico no Brasil de 2024 (Snis, 2022)**, 15 de julho de 2024.

A

ANEXO 1

FORMULÁRIO DE PESQUISA

1) Número do processo

2) Ano da decisão

3) Estado

4) Link da decisão

5) Tribunal:

TCAC

TCPE

TCAL

TCPI

TCAP

TCRJ

TCAM

TCRN

TCBA

TCRS

TCCE

TCRO

TCDF

TCRR

TCES

TCSC

TCGO

TCSP

TCMA

TCSE

TCMT

TCTO

TCMS

Outro

TCMG

TCPA

TCPB

6) Nome do julgador

7) A decisão é:

a) Preliminar

b) Definitiva

8) A decisão foi tomada:

a) Monocraticamente

b) Colegiadamente

9) Natureza da ação:

a) Denúncia

b) Inspeção especial

c) LCC

d) PAP

e) Representação

f) Outro

10) Polo Ativo

11) Polo Passivo

12) Qual é o objeto da concessão em questão?

Abastecimento de água e esgotamento sanitário

Abastecimento de água

Esgotamento sanitário

Manejo de resíduos sólidos e limpeza urbana

Manejo de resíduos sólidos

Limpeza urbana

Outro

13) A controvérsia jurídica acerca dos critérios é a única exposta na decisão?

Sim

Não

14) Qual foi o tipo de critério adotado na licitação em questão?

- a) Melhor técnica
- b) Menor preço
- c) Técnica e preço

d) Outro

15) Qual é o tipo de concessão em questão?

- a) Administrativa
- b) Comum

16) A decisão foi tomada pela Câmara ou pleno do Tribunal?

- a) Câmara
- b) Pleno

17) A controvérsia jurídica acerca dos critérios diz respeito à:

- a) Inadequação do critério de melhor técnica em relação ao objeto da concessão
- b) Inadequação do critério de técnica e preço em relação ao objeto da concessão
- c) Irregularidades no critério de menor preço
- d) Subjetividade dos critérios de pontuação das propostas técnicas
- e) Atribuição de peso injustificado para o critério de melhor técnica

f) Outro

18) Foi decidido pela:

- a) Regularidade dos critérios tal como expostos no edital da licitação
- b) Reformulação dos critérios de avaliação das propostas técnicas
- c) Suspensão da licitação
- d) Anulação da licitação
- e) Retificação do edital

f) Outro

19) Em caso de reforma do critério, o que foi recomendado pelo Tribunal para retificação?

20) Qual foi o fundamento legal da decisão em relação ao critério de julgamento?

- a) Lei nº 8.987/95, art. 14
- b) Lei nº 8.987/95, art. 15, V
- c) Lei nº 8.987/95, art. 15, VI
- d) Lei nº 14.133/21, art. 33, IV
- e) Lei nº 14.133/21, art. 36, § 1º
- f) Lei nº 14.133/21, art. 36, § 2º
- g) Lei nº 14.133/21, art. 36, § 3º
- h) Lei nº 8.666/93, art. 44, caput
- i) Lei nº 8.666/93, art. 44, § 1º
- j) Lei nº 8.666/93, art. 45, III
- k) Lei nº 8.666/93, art. 46, caput
- l) Lei nº 8.666/93, art. 46, § 1º
- m) Lei nº 8.666/93, art. 46, § 2º
- n) Lei nº 8.666/93, art. 46, § 3º
- o) Lei nº 11.079/04, art. 12, II, b
- p) Lei nº 11.079/04, art. 12, § 2º

q) Outro

21) A decisão apresentou fundamento doutrinário?

- Sim
- Não

22) Se a decisão apresentou fundamento doutrinário, quais autores foram mencionados?

23) Houve manifestação desfavorável da Unidade técnica do Tribunal de Contas à adoção do critério de técnica e preço?

- Sim
- Não

24) Os conselheiros acolheram o parecer da unidade técnica dos Tribunal de Contas?

- Sim
- Não

25) Qual a *ratio decidendi* da decisão?

