

Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10396
Ass: 
Mat. 203.161

do Regimento Interno do TCEES, **requerer à Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo – ALES a sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

5. Caso a ALES, no prazo de 90 (*noventa*) dias, não suste a execução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, § 2º, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XIX, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, § 3º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208, § 3º, do Regimento Interno do TCEES, **decida pela sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol). Assim decidindo, com fundamento no § 4º, e seus incisos I e II, do artigo 208, de seu Regimento Interno: **i) determine ao responsável pela ARSI que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; e ii) comunique o decidido à ALES e ao Governador do Estado do Espírito Santo.**

2.5 Restrição ilegal do caráter competitivo do certame [QA5]

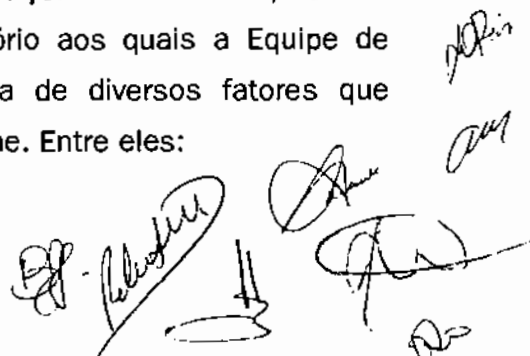
O artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº. 8.666/1993, estabelece que:

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

§ 1º. **É vedado aos agentes públicos:**

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. [grifo nosso]

Todavia, mediante análise do Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 e dos demais documentos atinentes ao processo licitatório aos quais a Equipe de Auditoria teve acesso, pode-se identificar a existência de diversos fatores que restringiram, ilegalmente, o caráter competitivo do certame. Entre eles:



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10397
Ass: 
Mat. 208.161

2.5.1 Existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas

A tabela de pontuação, constante do Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, fls. 946 a 948 deste Processo TC 5591/2013, utilizada para exame e julgamento das propostas de metodologia de execução apresentadas pelas licitantes, contém os grupos e subgrupos apresentados na Tabela 1, abaixo.

Observe que o proponente deveria apresentar sua proposta de metodologia de execução, atendendo a cada um dos pontos listados, e de acordo com o Termo de Referência do Anexo IV do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, fls. 919 e 920 deste Processo TC 5591/2013.

O julgamento seria feito de acordo com as seguintes cláusulas:

140. A avaliação será realizada mediante a atribuição, por cada um dos membros da COMISSÃO, de CONCEITOS (S – satisfatório) ou (I – insatisfatório) para cada um dos subagrupamentos previstos no “Quadro” apresentado nas páginas 68, 69 e 70 deste Edital.

141. Na aferição dos CONCEITOS ter-se-á, para cada uma das PROPOSTAS, em relação a cada SUBGRUPO, tantos CONCEITOS quantos são os membros da COMISSÃO; em seguida, para cada uma das PROPOSTAS, calcular-se-á o número de CONCEITOS SATISFATÓRIOS como sendo o CONCEITO DO SUBGRUPO; **caso o número de CONCEITOS S – SATISFATÓRIO corresponda à metade do número de membros da COMISSÃO, considerar-se-á o CONCEITO S – SATISFATÓRIO para o SUBGRUPO.** (destacamos)

142. O CONCEITO S – SATISFATÓRIO de cada GRUPO, relativo a cada PROPOSTA, será obtida pelo número de CONCEITOS – S – SATISFATÓRIO de cada SUBGRUPO; a soma dos números de CONCEITOS – S – SATISFATÓRIOS dos [sic]

143. Será considerada inaceitável e, portanto, desclassificada pela COMISSÃO, a PROPOSTA DE METODOLOGIA DE EXECUÇÃO que não obtiver para CONCEITO GERAL o número total igual ou superior a 26 (vinte e seis) CONCEITOS SATISFATÓRIOS, **ou não atingir aos CONCEITOS MÍNIMOS estabelecidos para cada GRUPO objeto da contratação.** (destacamos)

144. Na avaliação, não será admitida qualquer compensação entre os GRUPOS a serem analisados, ou seja, todos serão, isoladamente, determinantes da aceitabilidade ou não da PROPOSTA.

145. Serão desclassificadas as PROPOSTAS que não atenderem as exigências contidas neste EDITAL, ou que não apresentarem o conteúdo relativo a quaisquer dos subgrupos, ou ainda que forem subordinadas a qualquer condição não prevista, sem que caiba à Licitante direito a reclamação e/ou indenização⁹⁰. [grifo nosso]

⁹⁰ Processo TC 5591/2013. fls. 919-920.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10398
Ass: 
Mar/2013.161

Tabela 1 – Grupos e subgrupos da tabela de pontuação do Edital nº. 1/1998

GRUPO	SUBGRUPO
1. CONHECIMENTO DO PROBLEMA	
	1.1 Caracterização da região
	1.2 Estado físico atual do sistema
	1.3 Condição operacional do sistema
	1.4 Condições gerenciais
2. PLANO DE TRABALHO PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE AMPLIAÇÃO	
	2.1 Descrição das etapas constitutivas do planejamento geral e de execução de cada parte e fase das obras
	2.2 Plano de construção de canchais relativos a cada parte da obra e estrutura de apoio
	2.3 Mobilização e permanência de equipamentos na obra
	2.4 Descrição das medidas para minimização dos impactos urbanos e ambientais e dos impactos na fluidez e segurança do tráfego na fase de construção
3. PLANO DE TRABALHO PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE OPERAÇÃO DO SISTEMA	
	3.1 Concertação básica e modelo operacional proposto
	3.2 Metodologia adotada para implantação e dimensionamento da praça de pedágio da rodovia do sol
	3.3 Metodologia adotada para dimensionamento das equipes envolvidas nas demais funções operacionais
	3.4 Especificação dos sistemas e equipamentos utilizados para a operação do sistema
	3.5 Descrição das medidas para minimização dos impactos urbanos e ambientais na fase de operação
	3.6 Sistemática adotada para o planejamento e gestão da operação e para monitoração permanente dos aspectos operacionais do sistema
	3.7 Edificações e instalações físicas de apoio previstas
4. PLANO DE TRABALHO PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE CONSERVAÇÃO E MANUTENÇÃO DO SISTEMA	
	4.1 Conceituação básica e modelo proposto para a realização das atividades previstas
	4.2 Metodologia adotada para quantificação dos recursos necessários
	4.3 Especificação dos sistemas e equipamentos a serem utilizados para a conservação do sistema
	4.4 Descrição das medidas para minimização dos impactos urbanos e ambientais
	4.5 Sistemática adotada para o planejamento e gestão das atividades de conservação / manutenção e para a monitoração permanente das condições do sistema
	4.6 Edificações e instalações físicas de apoio previstas
	4.7 Especificações dos sistemas e equipamentos utilizados para manutenção do sistema
5. PLANO DE TRABALHO PARA EXECUÇÃO DOS SERVIÇOS DE RECUPERAÇÃO E MODERNIZAÇÃO DA PONTE CASTELO DE MENDONÇA	
	5.1 Sistemática adotada para o planejamento e gestão das atividades de conservação e para a monitoração das condições da terceira ponte
	5.2 Recuperação do pavimento rígido
	5.3 Recuperação do pavimento flexível
	5.4 Recuperação e proteção das estruturas de concreto armado e protendido
	5.5 Recuperação da sinalização
	5.6 Recuperação da pintura externa da estrutura metálica
	5.7 Modernização da iluminação do vão central
	5.8 Instalação de amortecedores de impacto
	5.9 Modernização da praça de pedágio
6. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA CONCESSIONÁRIA	
	6.1 Modelo proposto para a administração da concessionária
	6.2 Estrutura organizacional da concessionária
	6.3 Descrição dos níveis e atribuições / unid do organograma
	6.4 Cronograma de permanência de pessoal
	6.5 Proposição de interfaces da concessionária com agentes externos



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10399
Ass: 
Mar/2013.161

Portanto, a base do julgamento das propostas de metodologia de execução era a atribuição, por cada um dos membros da Comissão Especial, de conceitos S (Satisfatório) ou I (Insatisfatório) a cada um dos subgrupos.

Muito embora conste do item 137 do Edital que a avaliação das propostas ocorreria por meio de critérios objetivos⁹¹, estes não foram esclarecidos no Edital ou em seus anexos; assim, considerar o conteúdo de um dado subgrupo satisfatório ou insatisfatório era algo para os quais não se estabeleceram os parâmetros de análise, ou seja, os integrantes da Comissão Especial poderiam fazer os enquadramentos que, subjetivamente, considerassem mais adequados.

Tal subjetividade no julgamento é proscria explicitamente pelo artigo 14 da Lei nº. 8.987/1995:

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do **julgamento por critérios objetivos** e da vinculação ao instrumento convocatório. [grifo nosso]

Sobre isto, colaciona-se o Acórdão do Tribunal de Contas da União – TCU:

Os interessados devem saber de antemão, de modo objetivo, quais são os parâmetros que serão utilizados pela entidade promotora da licitação ao analisar as propostas de metodologia de execução, sem que haja a possibilidade de que determinados juízos de valor encontrem-se em zona cinzenta, passíveis de questionamentos⁹². [grifo nosso]

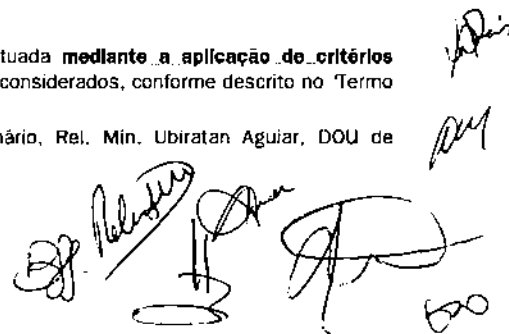
2.5.2 Exigência de visita técnica conjunta e obrigatória

As cláusulas referentes à visita técnica existentes no Edital de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 são as seguintes, constantes da errata ao edital:

95. A Licitante deverá, **obrigatoriamente, visitar** o “SISTEMA RODOVIA DO SOL”.

⁹¹ 137. A avaliação das PROPOSTAS DE METODOLOGIA DE EXECUÇÃO será efetuada **mediante a aplicação de critérios objetivos**, em seis agrupamentos de temas e respectivos subagrupamentos a serem considerados, conforme descrito no ‘Termo de Referência’ constante do Anexo IV deste EDITAL.

⁹² BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **Acórdão nº. 1.028/2007**, Plenário, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU de 05.06.2007.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10400
Ass: 
Ma/2013.161

96. A visita deverá ser realizada até 15 (quinze) dias úteis antes da data estabelecida para a entrega da DOCUMENTAÇÃO, de acordo com programação prévia a ser elaborada pelo DER, oportunidade na qual será fornecido o comprovante de visita, a ser posteriormente anexado pela Licitante à sua Documentação de Habilitação (Envelope n.º 1).

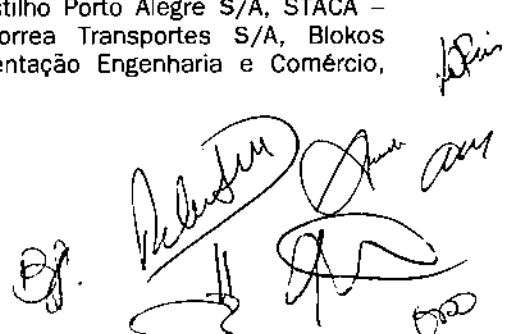
97. A visita ao "SISTEMA RODOVIA DO SOL" terá por objetivo propiciar às Licitantes a verificação das condições e da natureza das obras e serviços a serem executados, assim como dos materiais e equipamentos necessários às suas realizações, meios de acesso ao local, e obtenção de outros dados que as LICITANTES julgarem necessários para a preparação de sua DOCUMENTAÇÃO⁹³. [grifo nosso]

Deve-se destacar que nos documentos analisados, não foi encontrada justificativa técnica ou jurídica para a adoção da visita técnica, nos moldes como foi prevista.

A visita técnica, conforme pode ser visto nas cláusulas apresentadas anteriormente, foi obrigatória. Muito embora as cláusulas não indiquem claramente se a visita técnica seria conjunta, fato é que esta o foi, como se observa da Ata transcrita a seguir:

Ata da **Visita Técnica Coletiva** realizada no dia **vinte e quatro de setembro de mil novecentos e noventa e oito**, com início às oito horas e trinta minutos, partindo do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Espírito Santo – DER/ES. A Comissão Técnica para Estudos na Rodovia do Sol, representada pelos Senhores Eng.º Murilo Nacib Haddad – Diretor Técnico da CODESPE, Eng.º Carlos Frederico von Randow – Diretor de Planejamento do DER/ES, Eng.º Edivaldo Correa de Assis – Diretor de Operações da CETURB e a Comissão Especial de Licitação para Concessão da Rodovia do Sol, representada por seu Presidente, Eng.º Jorge Hélio Leal que deu início à VISITA TÉCNICA COLETIVA, recebendo dos participantes as credenciais das empresas. Em seguida o ônibus com todos os participantes dirigiu-se ao Km 0 (quilômetro zero) da Rodovia ES-060, na Praça de Pedágio da Terceira Ponte de Vitória onde foram descritas as características dos serviços a serem realizados. Após percorrida a ponte, o grupo dirigiu-se ao local denominado Vala Bigossi, local este onde pretende-se construir a ligação da Rodovia ES-060 com a Avenida Carlos Lindenberg na Glória. Daí seguiu-se em direção à Ponte sobre o Rio Jucu e em seguida a Setiba quando foi percorrido todo o trecho a ser duplicado, até o ponto onde deverá se iniciar o Contorno de Guarapari. O grupo dirigiu-se então à Rodovia Jones dos Santos Neves em Guarapari visitando o local onde se dará a interseção do Contorno de Guarapari com a referida Rodovia, seguindo então para Meaípe até ao ponto determinado como fim do trecho a ser concedido. Participaram da visita além dos membros da Comissão Técnica e do Presidente da Comissão de Licitação já citados, os representantes das empresas Construtora Queiroz Galvão S/A, Rodoférrea Construtora de Obras Ltda., Ivaí – Engenharia de Obras S/A, Construbase – Construtora de Obras Básicas de Engenharia Ltda., E.I.T. – Empresa Industrial Técnica S/A, Construtora Aterpa Ltda., Construtora Castilho Porto Alegre S/A, STACA – Fundações e Obras Ltda., Camargo Correa Transportes S/A, Blokos Engenharia Ltda., Equipav S/A – Pavimentação Engenharia e Comércio,

⁹³ Processo TC 5591/2013. fls. 4291.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10401
Ass: 
Mat 203.161

Construtora Triunfo Ltda., SERVIX Engenharia S/A, Primav – Construções e Comércio Ltda., Via Engenharia S/A, E.B.T.E. Empresa Brasileira de Terraplenagem e Engenharia S/A, Tracomal – Terraplenagem Construções Machado Ltda. e Construtora COWAN Ltda. Todos os esclarecimentos foram prestados ao grupo e **ao final da visita, foram entregues os atestados aos participantes, atestados estes que deverão fazer parte da documentação de habilitação.** Nada mais havendo a constar foi lavrada a presente ata que após lida, é assinada pelo Presidente da Comissão Especial de Licitação e demais representantes presentes⁹⁴. [grifo nosso]

Vejam que, conforme registro na Ata da Sessão Pública de Recebimento dos Envelopes, de 20/10/1998, constante às folhas 1029 e 1030 do Processo TC 5591/2013, somente as empresas SERVIX Engenharia S/A e Construtora Castilho Porto Alegre S/A entregaram os envelopes de participação.

Assim, participaram da visita técnica conjunta e obrigatória 18 (dezoito) empresas, entregando envelopes apenas 2 (duas) delas.

O artigo 30, inciso III, da Lei nº. 8.666/1993, dispõe que é permitido exigir-se apenas comprovação de que o licitante tomou conhecimento das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação. Obviamente, para que alguém comprove ter tomado conhecimento de algo, basta uma declaração.

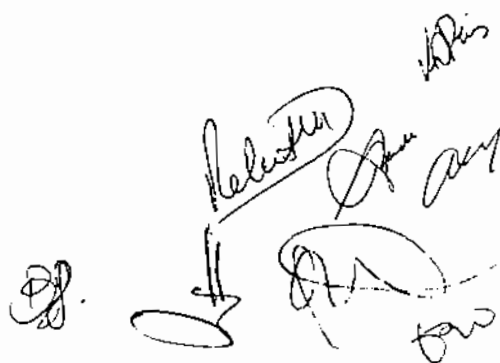
Além de não estar previsto em lei, tal exigência constrói um ambiente propício ao conluio, pois, como é sabido, o conhecimento prévio de todos os que participarão da licitação é um dos fatores principais para a combinação de propostas, com o consequente prejuízo da competitividade.

Assim, verifica-se ferimento aos artigos 3º, § 1º, inciso I, e 30, inciso III, ambos da Lei nº. 8.666/1993, além do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988.

2.5.3 Inobservância dos prazos legais de publicidade do certame

Consta nos autos do presente processo, Parecer da Procuradoria Geral do Estado – PGE dando conta que:

⁹⁴ Processo TC 5591/2013. fls. 1015.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013

Fls. 10402

Ass: 

Mat. 203.161

No que se refere à publicação do edital de Concorrência nº 01/98, entendemos que o mesmo deveria ter sido publicado nos termos do § 2º do art. 21 (o prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:), inciso I (quarenta e cinco dias para:), letra "b" (concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ...), pois o art. 6º (Para os fins desta Lei, considera-se:), inciso VIII (Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros, sob qualquer dos seguintes regimes:), letra "e" considera a empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada" (todos dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93).

Nestes lindes e considerando o disposto no § 3º do art. 21 da mesma Lei nº 8.666/93 (Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde), **somos forçados a concluir que o prazo de quarenta e cinco dias, acima descrito, não foi cumprido, uma vez que a publicação no Diário Oficial da União (por força do inciso I do art. 21 - se confirmado que as obras foram financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais) se deu em 09 de setembro de 1998 (proc. nº 14302659 - 1º volume, fls. 104) e a data da entrega das propostas e abertura da licitação ocorreu em 20 de outubro de 1998, portanto, com um intervalo de tempo de 41 (quarenta e um) dias."**

Por outro lado, outra questão chama a atenção:

No processo nº 14302659, 1º volume, fls. 169 dos autos, consta uma cópia do AVISO DE MODIFICAÇÃO DO EDITAL Nº 01/98, referente ao Quadro 5 do Anexo V (Proposta Comercial) do Edital.

Tal modificação do edital não foi publicada no Diário Oficial do Estado do Espírito Santo (pelos elementos destes autos), nos termos do inciso II do art. 21 da Lei nº 8.666/93, embora tenha sido o respectivo aviso publicado no Jornal do Brasil, A Gazeta, A Tribuna e no Diário Oficial da União (por último, em 13/10/1998 - fls. 173), quando a abertura da licitação já estava marcada para 20/10/1998.

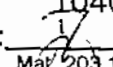
Estabelece o § 4º do art. 21 da Lei nº 8.666/93: "Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas"⁹⁵. [grifo nosso]

Tais ponderações feitas pela PGE reconhecem o descumprimento de prazos legais de divulgação do certame, trazendo consequências para a execução do contrato, as quais serão analisadas doravante.

⁹⁵ Processo TC 5591/2013, fls. 1418-1419.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10403
Ass: 
Maç 203.161

De acordo com o artigo 2º, inciso III, da Lei nº. 8.987/1998, a concessão de serviço público precedida de obra pública deve ser precedida de licitação na modalidade **concorrência**.

Nesse sentido, quanto à publicidade dos atos relativos a tal modalidade, o artigo 21, da Lei nº. 8.666/1993, assim dispõe:

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizadas no local da repartição interessada, **deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:**

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal, e ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II - **no Diário Oficial do Estado**, ou do Distrito Federal, quando se tratar respectivamente de licitação feita por **órgão ou entidade da Administração Pública Estadual** ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

§ 1º - O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

§ 2º - O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - **quarenta e cinco dias para:**

a) concurso;

b) **concorrência**, quando o contrato a ser celebrado contemplar o **regime de empreitada integral** ou quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço.

II - trinta dias para:

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea b do inciso anterior;

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço;

III - quinze dias para tomada de preços, nos casos não especificados na alínea b do inciso anterior, ou leilão;

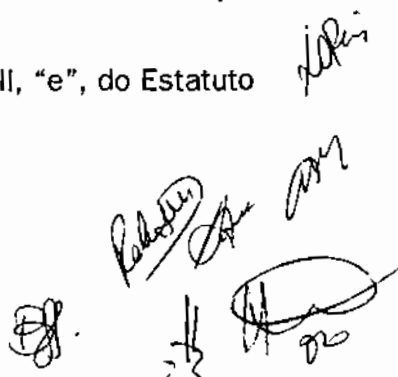
IV - cinco dias úteis para convite.

§ 3º - Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados **a partir da última publicação do edital** resumido ou da expedição do convite, **ou ainda da efetiva disponibilização do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.**

§ 4º - Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, **reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido**, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas. [grifo nosso]

O regime de **empreitada integral** é assim definido pelo artigo 6º, VIII, "e", do Estatuto das Licitações:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10404
Ass: *[assinatura]*
Mat. 203.161

[...]

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

[...]

e) **empreitada integral** - quando se contrata um **empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação**, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada; [grifo nosso]

Como se depreende do dispositivo citado, a concessão não é exatamente uma empreitada integral, pois mesmo depois da entrega da obra persiste a prestação de serviços de manutenção durante todo o período da outorga com a consequente cobrança de pedágio.

Contudo, omitiu-se o legislador em definir especificamente os prazos de publicidade para tal espécie de contrato administrativo, o que leva à necessidade de **adoção do prazo mais elástico** (45 dias), que é o da empreitada integral, em virtude de o objeto da concessão ser mais complexo que o desta forma de execução indireta.

Compulsando os autos do Processo DER/ES 24777056, verifica-se que houve publicação de **Aviso de Licitação** nos periódicos "A Tribuna", fls. 103, "A Gazeta", fls. 104, "Jornal do Brasil", fls. 106, e no Diário Oficial do Estado, fls. 109, todos em **4 de setembro de 1998**. No Diário Oficial da União, houve publicação no dia **9 de setembro de 1998**, fls. 114 (incluída no Anexo X deste Relatório de Auditoria).

Marçal Justen Filho, versando sobre a contagem dos prazos referidos no artigo 21, leciona:

Devem ser utilizados os princípios de contagem dos "prazos dilatórios" do Direito Processual Civil. Segundo tais princípios, o prazo se conta retroativamente, a partir da data em que o ato deverá ser praticado. Exclui-se a data de começo e se incluirá a data de término do prazo. Nos termos do art. 110, parágrafo único, o primeiro dia (para cômputo retroativo) deverá ser útil no expediente do órgão ou entidade que promove a licitação⁹⁶.

Considerando-se a existência de múltiplas publicações, deve-se considerar a última como termo *a quo* para a contagem do prazo de 45 (*quarenta e cinco*) dias exigido

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 190.

[Assinaturas manuscritas]

Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10405
Ass: 
Maio/2013 161

pelo artigo 21, § 2º, inciso I, alínea 'b', da Lei nº. 8.666/1993. Assim, tendo-se como referência a data de 9 de setembro de 1998, o recebimento das propostas deveria se dar, no mínimo, até vinte e seis de outubro de 1998, **seis dias após o prazo agendado no aviso de licitação (20 de outubro de 1998).**

Tal situação é agravada se for considerado que houve alteração do Quadro 5 do Anexo V do edital (Proposta Comercial), exigindo-se nova publicação. Compulsando os autos, constata-se que tal se deu nos periódicos "Jornal do Brasil", fls. 178 do Processo DER/ES 24777056, "A Gazeta", fls. 180, "A Tribuna", fls. 181, todos em **7 de outubro de 1998**. No Diário Oficial da União, verifica-se a ocorrência em **13 de outubro de 1998**, fls. 182 (incluída no Anexo X deste Relatório de Auditoria).

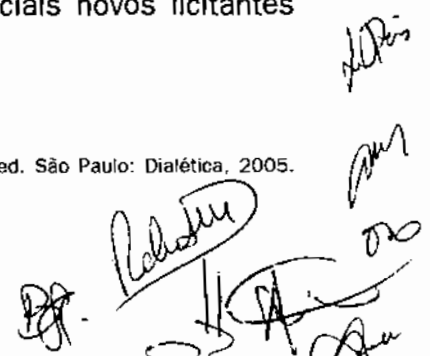
Nesses termos, com fundamento no artigo 21, § 4º, da Lei nº. 8.666/1993, a alteração do edital exige a reabertura do prazo de divulgação, pela mesma forma utilizada no texto original. Assim, o recebimento das propostas deveria ter ocorrido, no mínimo, até **27 de novembro de 1998, 36 (trinta e seis) dias após a data efetivamente considerada (20 de outubro de 1998).**

Sobre a importância de serem respeitados os prazos referidos no artigo 21, assim explica Marçal Justen Filho:

O prazo mínimo, que deve mediar entre a divulgação do aviso e a data de comparecimento dos interessados (para entrega das propostas ou participação no evento), destina-se a permitir que os eventuais interessados avaliem a conveniência de sua participação no certame, obtenham as informações necessárias e elaborarem as suas propostas ou (na hipótese de concurso) preparem a obra que apresentarão para disputa. Em princípio, o prazo é tanto mais elevado quanto mais complexa se configurar a elaboração da proposta ou da atividade relativa ao concurso⁹⁷.

Assim, tendo em conta a complexidade do objeto do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, era necessária a observância do prazo legal de 45 (*quarenta e cinco*) dias para recebimento das propostas. No presente caso, como já foi dito, tendo ocorrido alteração do Edital, com publicação no Diário Oficial da União em 13 de outubro de 1998, os potenciais novos licitantes

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 190.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10406
Ass: 
Maç 203.161

tiveram apenas **7 (sete) dias** para atender às exigências nele contidas, o que, aliado a outros fatores, justifica a pequena participação de licitantes no certame (apenas duas empresas apresentaram propostas).

2.5.4 Fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação

Os itens 116 e 117 do Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES fixaram, como pré-requisito de habilitação das licitantes, como patrimônio líquido mínimo exigido, os valores de R\$ 65.000.000,00 (*sessenta e cinco milhões de reais*), no caso de empresas isoladas, e R\$ 84.500.000,00 (*oitenta e quatro milhões e quinhentos mil reais*), para as coligadas em consórcio.

Deve-se ressaltar que equipe desta Colenda Casa de Contas, ao analisar o Edital de Concorrência Pública STR-001/1997 (posteriormente sustado), entendeu⁹⁸ abusiva e sem motivação a exigência, ali realizada, de patrimônio líquido mínimo de R\$ 18.000.000,00 (*dezoito milhões de reais*), observe, em muito inferior ao exigido no edital que o sucedeu.

A qualificação econômico-financeira é tratada no artigo 31 da Lei nº. 8.666/1993 do seguinte modo:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

[...]

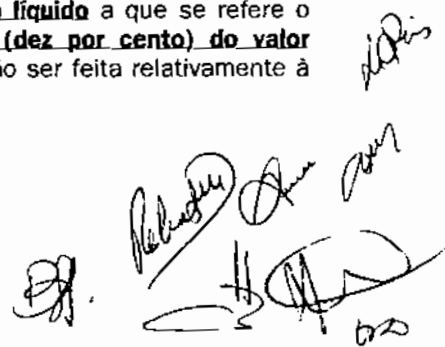
III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

[...]

§ 2º. A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

§ 3º. O capital mínimo ou o valor do patrimônio líquido a que se refere o parágrafo anterior não poderá exceder a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, devendo a comprovação ser feita relativamente à

⁹⁸ Processo TC 3224/1997. fls. 986.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10407
Ass: 
Mat/203.161

data da apresentação da proposta, na forma da lei, admitida a atualização para esta data através de índices oficiais.

Resta saber, portanto, qual o valor estimado para a contratação. A Concessão do Sistema Rodovia do Sol, além de se tratar de prestação de serviço público, englobou a execução de obras públicas. O valor estimado, relativo às obras públicas, pode ser obtido nos parcos estudos que precederam a Concessão.

Em relação aos demais serviços, excluídas as obras, nos contratos com duração superior a 12 (doze) meses, caso da Concessão do Sistema Rodovia do Sol, a qualificação econômico-financeira deve ser apurada tendo como base de cálculo seu valor anual médio, não o valor estimado global. Nesse sentido tem decidido o Tribunal de Contas da União, conforme acórdão paradigma, a seguir transcrito:

8.3.1 De fato constata-se, diante do previsto no item 6.1.3 do referido edital, que o valor máximo estimado para a contratação é de R\$ 95.544.564,76 (noventa e cinco milhões, quinhentos e quarenta e quatro mil, quinhentos e sessenta e quatro reais e setenta e seis centavos), e portanto a exigência constante do item 8.1.2 é de aproximadamente 10% do valor estimado para a contratação. Todavia, ratificando a análise constante da instrução precedente, entendo que a questão está adstrita ao fato do valor estimado global ser relativo a um prazo contratual inicial de 36 (trinta e seis meses), e não a um prazo de 12 (meses).

8.3.2 Isto faz com que este valor exigido como requisito de qualificação econômico-financeira se eleve a um patamar que se aproxima de 30% do valor anual da contratação.

8.3.3 Fere o princípio da razoabilidade admitir-se que o valor estimado global que serve de base de cálculo do referido percentual de até 10 %, conforme preconiza o art. 31, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.666/1993, seja artificialmente multiplicado, em decorrência do excessivo prazo contratual de 36 (trinta e seis) meses previsto no edital.

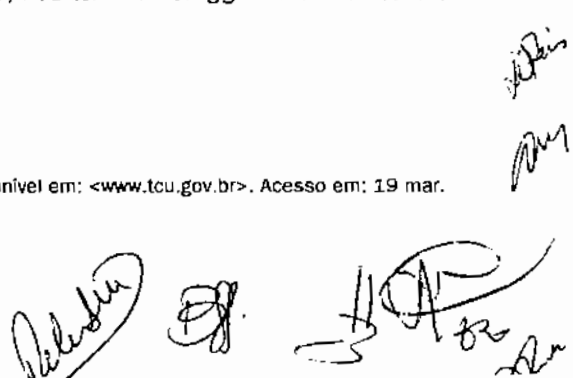
8.3.4 Pelo fato da natureza dos serviços a serem executados ser de forma contínua dever-se-ia, no que tange à aplicação do percentual de até 10%, obedecer o disposto no caput e inciso II do art. 57 da Lei nº 8.666/93, que fixa que a duração do contrato poderá ser prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a Administração, limitada a sessenta meses, sendo como regra o prazo de vigência inicial de 12 meses.

[...]

9.2. determinar à Dataprev que, quando da realização de futuras licitações:

9.2.1. faça incidir o valor de capital social mínimo ou patrimônio líquido mínimo exigido como requisito de qualificação econômico-financeira sobre o valor estimado para o período de 12 (doze) meses, mesmo quando o prazo do contrato for superior a este período, nos termos dos §§ 3º e 5º do art. 31 da Lei nº 8.666/1993⁹⁹;

⁹⁹ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Plenário. Acórdão nº. 1.335-2010-P. Disponível em: <www.tcu.gov.br>. Acesso em: 19 mar. 2014.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10408
Ass: 
Mat. 203.161

Assim, para efeito de estabelecer **o limite máximo do valor** que pode ser exigido das empresas interessadas a título de **patrimônio líquido mínimo** para a qualificação econômico-financeira **equivale ao valor total dos investimentos adicionado do valor anual médio dos demais serviços**.

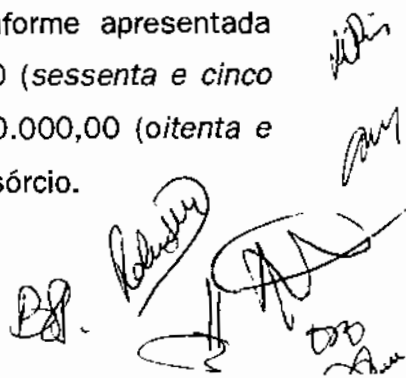
A Tabela 2, abaixo, demonstra o cálculo do limite máximo que poderia ter sido exigido que as empresas interessadas apresentassem como Patrimônio Líquido Mínimo, a título de qualificação econômico-financeira.

Tabela 2 – Limite máximo de exigência de patrimônio líquido mínimo

DESCRIÇÃO	VALORES			
	ESTUDO DE VIABILIDADE DE 1997 + EDITAL Nº. 1/1998		PROPOSTA COMERCIAL DA LICITANTE VENCEDORA	
1. Valor dos investimentos na data-base do Estudo de Viabilidade de 1997 - EV1997	R\$	91.813.773,00		
2. Índice de reajuste entre a data-base do EV1997 e outubro de 1998		1,0646		
3. Valor dos investimentos com data-base em outubro de 1998 (1 x 2)	R\$	97.744.942,74	R\$	148.281.450,46
4. Valor da receita tarifária prevista	R\$	850.000.000,00	R\$	828.541.056,87
5. Valor total dos demais serviços (4 - 3)	R\$	752.255.057,26	R\$	780.279.606,40
6. Número de anos previstos para a Concessão		25		25
7. Valor anual médio dos demais serviços (5 / 6)	R\$	30.090.202,29	R\$	31.211.184,26
8. Base de cálculo para efeitos de qualificação econômico-financeira (3 + 7)	R\$	127.835.145,03	R\$	179.472.634,72
9. Percentual permitido pelo artigo 31, § 3º, da Lei 8.686/1993		10,00%		10,00%
LIMITE MÁXIMO DE EXIGÊNCIA DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO	R\$	12.783.514,50	R\$	17.947.263,47

* Os valores atualizados foram coletados no EV1997, no Edital de Concorrência de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 e na Proposta Comercial da licitante vencedora, conforme indicado.

Numa coluna, com dados que poderiam ser utilizados pela Administração à época de elaboração do Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, quais sejam, o valor total da contratação (inserida no próprio Edital) e o valor dos investimentos contido no Estudo de viabilidade econômico-financeira para concessão da Rodovia do Sol (ES-060), fls. 2231 deste Processo TC 5591/2013, é demonstrado que **o limite máximo de exigência do patrimônio líquido mínimo seria R\$ 12.783.514,50 (doze milhões, setecentos e oitenta e três mil, quinhentos e quatorze reais e cinquenta centavos)**, conforme apresentada Tabela 2, enquanto foi exigido, como já dito, R\$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de reais), no caso de empresas isoladas, e R\$ 84.500.000,00 (oitenta e quatro milhões e quinhentos mil reais), para as coligadas em consórcio.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10409
Ass: 
Mar. 2013.161

Na outra coluna, para ilustrar, com dados da Proposta Comercial da licitante vencedora, é demonstrado que o limite máximo de exigência do patrimônio líquido mínimo seria R\$ 17.947.263,47 (*dezessete milhões, novecentos e quarenta e sete mil, duzentos e sessenta e três reais e quarenta e sete centavos*), conforme apresentada Tabela 2, ainda bem abaixo do valor abusivamente exigido no certame.

Além disso, cabe destacar, a Equipe de Auditoria não encontrou, nos autos e documentos aos quais teve acesso, qualquer justificativa para a adoção dos citados valores mínimos de patrimônio líquido, embora a justificativa seja exigida pelo § 5º do artigo 31 da Lei nº. 8.666/1993.

Pelo exposto, tem-se que **a exigência de patrimônio líquido mínimo**, como pré-requisito de habilitação das licitantes, **nos valores de R\$ 65.000.000,00 (sessenta e cinco milhões de reais)**, no caso de empresas isoladas, **e R\$ 84.500.000,00 (oitenta e quatro milhões e quinhentos mil reais)**, para as coligadas em consórcio, **revelou-se abusiva, restringindo ilegalmente a competitividade da licitação.**

2.5.5 Fixação de garantia de proposta abusiva para fins de habilitação

O item 114-e do Edital de Concorrência para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES fixou, como pré-requisito de habilitação das licitantes, a apresentação de garantia de manutenção da proposta no valor de R\$ 6.500.000,00 (*seis milhões e quinhentos mil reais*).

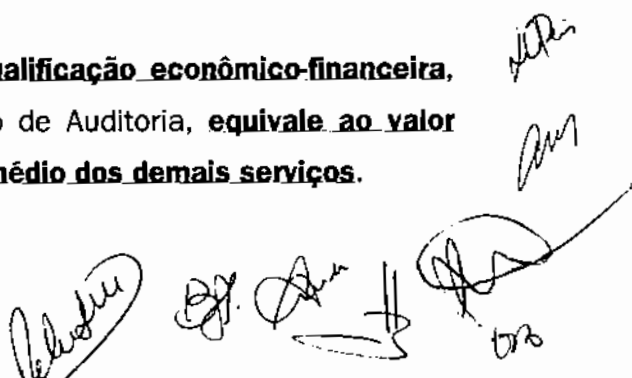
A exigência de garantia de proposta, como requisito para a qualificação econômico-financeira, é prevista no artigo 31, inciso III, da Lei nº. 8.666/1993, assim redigido:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

[...]

III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação.

A base de cálculo para efeitos de aferição da qualificação econômico-financeira, como já explicado na Seção 2.5.4 deste Relatório de Auditoria, equivale ao valor total dos investimentos adicionado do valor anual médio dos demais serviços.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10410
Ass: 
Mat. 1203.161

A Tabela 3, abaixo, demonstra o cálculo do limite máximo que poderia ter sido exigido que as empresas interessadas apresentassem como garantia de proposta, a título de qualificação econômico-financeira.

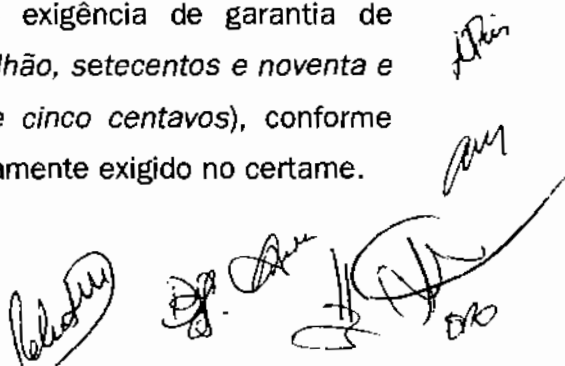
Tabela 3 – Limite máximo de exigência de garantia de proposta

GARANTIA DE PROPOSTA EXIGÍVEL			
DESCRIÇÃO	VALORES		
	ESTUDO DE VIABILIDADE DE 1997 + EDITAL Nº. 1/1998	PROPOSTA COMERCIAL DA LICITANTE VENCEDORA	
1. Valor dos investimentos na data-base do Estudo de Viabilidade de 1997 - EV1997	R\$ 81.813.773,00		
2. Índice de reajuste entre a data-base do EV1997 e outubro de 1998	1,0646		
3. Valor dos investimentos com data-base em outubro de 1998 (1 x 2)	R\$ 97.744.942,74	R\$ 148.281.450,48	
4. Valor da receita tarifária prevista	R\$ 850.000.000,00	R\$ 828.541.056,87	
5. Valor total dos demais serviços (4 - 3)	R\$ 752.255.057,26	R\$ 780.279.606,40	
6. Número de anos previstos para a Concessão	25	25	
7. Valor anual médio dos demais serviços (5 / 6)	R\$ 30.090.202,29	R\$ 31.211.184,26	
8. Base de cálculo para efeitos de qualificação econômico-financeira (3 + 7)	R\$ 127.835.145,03	R\$ 179.472.834,72	
9. Percentual permitido pelo artigo 31, inciso III, da Lei 8.660/1993	1,00%	1,00%	
LIMITE MÁXIMO DE EXIGÊNCIA DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO	R\$ 1.278.351,45	R\$ 1.794.726,35	

* Os valores atualizados foram coletados no EV1997, no Edital de Concorrência de Concessão de Serviços Públicos nº 1/1998 e na Proposta Comercial da licitante vencedora, conforme indicado.

Numa coluna, com dados que poderiam ser utilizados pela Administração à época de elaboração do Edital de Concorrência Pública para a Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, quais sejam, o valor total da contratação (inserida no próprio Edital) e o valor dos investimentos contido no Estudo de viabilidade econômico-financeira para concessão da Rodovia do Sol (ES-060), fls. 2231 deste Processo TC 5591/2013, é demonstrado que **o limite máximo de exigência de garantia para manutenção da proposta seria R\$ 1.278.351,45 (um milhão, duzentos e setenta e oito mil, trezentos e cinquenta e um reais e quarenta e cinco centavos)**, conforme apresentada Tabela 3, enquanto foi exigido, como já dito, R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais).

Na outra coluna, para ilustrar, com dados da Proposta Comercial da licitante vencedora, é demonstrado que o limite máximo de exigência de garantia de manutenção de proposta seria R\$ 1.794.726,35 (um milhão, setecentos e noventa e quatro mil, setecentos e vinte e seis reais e trinta e cinco centavos), conforme apresentada Tabela 3, ainda bem abaixo do valor abusivamente exigido no certame.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo

1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10411
Ass: 
Mat/203.161

Além disso, cabe destacar, a Equipe de Auditoria não encontrou, nos autos e documentos aos quais teve acesso, qualquer justificativa para a adoção dos citados valores de garantia de proposta, embora a justificativa seja exigida pelo § 5º do artigo 31 da Lei nº. 8.666/1993.

Pelo exposto, tem-se que **a exigência de garantia de manutenção de proposta**, como pré-requisito de habilitação das licitantes, **no valor de R\$ 6.500.000,00 (seis milhões e quinhentos mil reais)**, **revelou-se abusiva, restringindo ilegalmente a competitividade da licitação.**

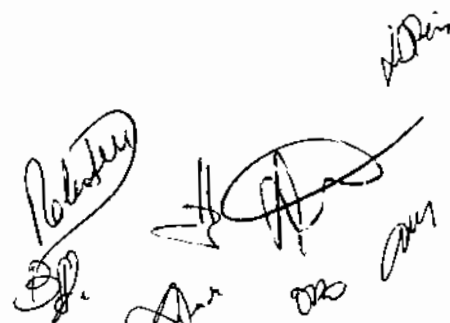
2.5.6 Exigência de garantia de manutenção de Proposta concomitante a exigência de patrimônio líquido mínimo

O Edital de Concorrência Pública para Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 do DER/ES, na Seção V, ao tratar da qualificação econômico-financeira, exige de forma concomitante, indevidamente, garantia de manutenção de proposta (item 114-e) e existência de patrimônio líquido mínimo (item 116).

Tal exigência cumulativa infringe o artigo 31, § 2º, da Lei nº. 8.666/1993 que faculta à Administração estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo **ou** de patrimônio líquido mínimo, **ou ainda** as garantias previstas no § 1º de seu artigo 56.

As irregularidades apresentadas nas últimas seções, se isoladamente já maculam todo o procedimento, conjuntamente forçam à conclusão de que **o caráter competitivo do certame foi prejudicado**, em flagrante violação ao artigo 3º, § 1º, inciso I, da Lei nº. 8.666/1993, já transcrito.

A conduta do gestor que inclui ou tolera tais situações na licitação, na medida em que restringe a concorrência, **ofende gravemente o princípio da isonomia**, privando outros possíveis interessados de participarem do certame em igualdade de condições, eivando o procedimento de **nulidade absoluta**.



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10412
Ass: 
Mat. 203.161

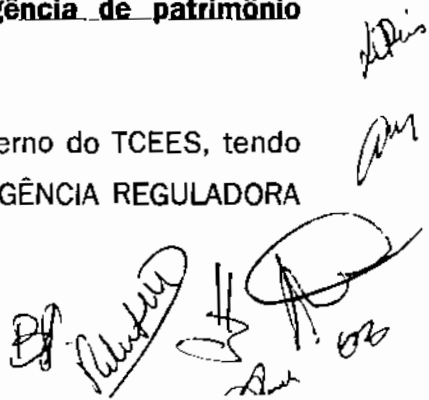
Nesses termos, a conduta do então Diretor-Geral do DER/ES, que acumulava ainda as funções de Presidente da Comissão de Licitação Especial, engenheiro Jorge Hélio Leal, implicou em restrição à competitividade, com desrespeito aos princípios da legalidade e da igualdade que devem informar as licitações, conforme artigo 3º, da Lei nº. 8.666/1993.

Todavia, observe que os atos que geraram a irregularidade apontada ocorreram em 1998, portanto, há mais de 15 (quinze) anos. Logo, considerando o disposto no artigo 71 da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, não tendo ocorrido nenhuma das causas de interrupção ou suspensão da prescrição, previstas nos §§ 3º e 4º do artigo citado, conforme analisado na Seção 2.1 deste Capítulo 2, a partir das fls. 10355 deste Processo TC 5591/2013, a pretensão punitiva do Tribunal de Contas do Estado, quanto a este ato, prescreveu.

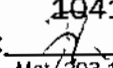
Pelo exposto, com relação ao achado aqui relatado, a Equipe de Auditoria propõe ao Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES os seguintes encaminhamentos:

1. Com fundamento no artigo 71, *caput* e § 1º, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 373, *caput* e § 1º, do Regimento Interno do TCEES, **decretar**, após manifestação escrita do Ministério Público junto ao Tribunal, **a prescrição da pretensão punitiva do TCEES**, em relação ao engenheiro JORGE HÉLIO LEAL, ex-Diretor-Geral do DER/ES, **quanto à restrição ilegal ao caráter competitivo do certame licitatório de concessão do Sistema Rodovia do Sol, especialmente em relação à i) existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas de metodologia de execução; ii) exigência de visita técnica conjunta e obrigatória; iii) inobservância dos prazos legais de publicidade do certame; iv) fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação; v) fixação de garantia de manutenção da proposta abusiva para fins de habilitação; vi) exigência de garantia de manutenção de proposta cumulativamente com a exigência de patrimônio líquido mínimo;**

2. Com fundamento no artigo 207, inciso II, do Regimento Interno do TCEES, tendo em vista o **princípio do contraditório**, determinar a oitiva da AGÊNCIA REGULADORA



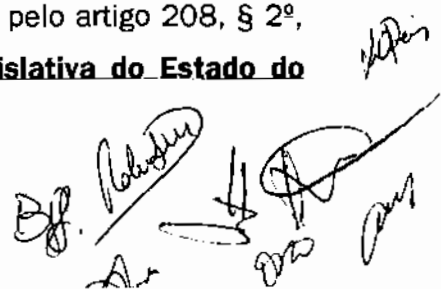
Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10413
Ass: 
Mat/203.161

DE SANEAMENTO BÁSICO E INFRAESTRUTURA VIÁRIA – ARSI e da empresa CONCESSIONÁRIA RODOVIA DO SOL S.A., para que, no prazo de até 30 (*trinta*) dias, **manifestem-se sobre a restrição ilegal ao caráter competitivo do certame licitatório de concessão do Sistema Rodovia do Sol (inclusive sobre a nulidade decorrente e a possibilidade do TCEES acolher as propostas de encaminhamento seguintes), especialmente em relação à i) existência de critérios subjetivos para pontuação das propostas de metodologia de execução; ii) exigência de visita técnica conjunta e obrigatória; iii) inobservância dos prazos legais de publicidade do certame; iv) fixação de patrimônio líquido abusivo para fins de habilitação; v) fixação de garantia de manutenção da proposta abusiva para fins de habilitação; vi) exigência de garantia de manutenção de proposta cumulativamente com a exigência de patrimônio líquido mínimo;** uma vez que pode resultar em decisão do Tribunal no sentido de desconstituir ato ou processo administrativo ou alterar contrato em seu desfavor;

3. Caso os esclarecimentos apresentados não elidam os fundamentos do achado de auditoria narrado nesta Seção 2.5, tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, inciso X, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, *caput* e § 1º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208 do Regimento Interno do TCEES, assinar prazo de até 30 (*trinta*) dias para que **a ARSI tome as medidas necessárias à extinção do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

4. Caso a ARSI não atenda à determinação deste Tribunal no prazo assinado, com fundamento no artigo 135, inciso IV, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e no artigo 208, § 2º c/c § 1º, inciso III, c/c o artigo 389, inciso IV, ambos de seu Regimento Interno, **aplicar ao responsável pela ARSI multa no valor compreendido entre R\$ 3.000,00 (três mil reais) e R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) e, concomitantemente,** tendo em vista o disposto no § 1º do artigo 71, da Constituição Estadual, e no artigo 1º, inciso XVIII, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, § 2º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208, § 2º, do Regimento Interno do TCEES, **requerer à Assembleia Legislativa do Estado do**



Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo
1ª Secretaria de Controle Externo

PROC. TC Nº 5591/2013
Fls. 10414
Ass: 
Mat. 203.161

Espírito Santo – ALES a sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol);

5. Caso a ALES, no prazo de 90 (*noventa*) dias, não suste a execução do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998 (Concessão do Sistema Rodovia do Sol), tendo em vista a competência que lhe foi distribuída pelo artigo 71, § 2º, da Constituição Estadual, e pelo artigo 1º, inciso XIX, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012, e na forma regulada pelo artigo 111, § 3º, de sua Lei Orgânica, e pelo artigo 208, § 3º, do Regimento Interno do TCEES, **decida pela sustação do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998** (Concessão do Sistema Rodovia do Sol). Assim decidindo, com fundamento no § 4º, e seus incisos I e II, do artigo 208, de seu Regimento Interno: **i) determine ao responsável pela ARSI que, no prazo de 15 (quinze) dias, adote as medidas necessárias ao cumprimento da decisão; e ii) comunique o decidido à ALES e ao Governador do Estado do Espírito Santo.**

2.6 Inexistência de critérios objetivos para aferir a adequação do serviço prestado no que tange à fluidez do tráfego na Terceira Ponte [QA06]

Consta do Contrato de Concessão de Serviços Públicos nº. 1/1998, na Cláusula XVI, item 5, o seguinte:

5. Para os fins previstos neste CONTRATO fica desde logo estabelecido que a Rodovia ES-60 que compõem o SISTEMA RODOVIA DO SOL poderá operar no máximo 50 (cinquenta) horas por ano com nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no "*Highway Capacity Manual*"; **esta definição não se aplica ao tráfego na Ponte Castello de Mendonça (Terceira Ponte).** [grifo nosso]

A referida cláusula versa sobre os critérios para considerar o serviço prestado pela concessionária como **adequado**. No seu item 5 verifica-se que **há previsão de nível de serviço para a Rodovia ES-060, mas não há para a Ponte Darcy Castello de Mendonça (Terceira Ponte).** Tal fato exclui este trecho da obrigação de realização de obras de expansão e melhoria do sistema, à custa da contratada, conforme previsão dos itens 6 e 7 da mesma cláusula:

6. Na hipótese de ser atingido o limite estabelecido no item anterior, a concessionária deve submeter ao DER/ES projeto básico para a **execução de obras de expansão de capacidade da Rodovia ES-060;** [grifo nosso]

