



GABINETE DA CONSELHEIRA
CRISTIANA DE CASTRO MORAES
(11) 3292-3267 - gcccm@tce.sp.gov.br

DECISÃO

Processo: TC-023307.989.22-8.

Representante: Hebara Distribuidora de Produtos Lotéricos S/A.

Advogados: Kallil Saleh El Kadri Neves (OAB/SP n.º 321.445) e Maurício Cesar de Campos (OAB/SP n.º 271.808).

Representada: Secretaria de Orçamento e Gestão.

Responsável: Nelson Luiz Baeta Neves Filho - Secretário.

Assunto: Representação formulada contra o edital da Concorrência Internacional n.º 02/2022, que objetiva a concessão dos serviços públicos lotéricos nas modalidades de apostas de quota fixa, loteria de prognóstico específico, loteria de prognóstico esportivo, loteria de prognóstico numérico, loteria instantânea, loteria passiva, além das demais modalidades eventualmente autorizadas por lei federal, neste último caso sujeitas à anuência prévia do Poder Concedente.

Trata-se de representação formulada por **Hebara Distribuidora de Produtos Lotéricos S/A contra o edital da** Concorrência Internacional n.º 02/2022, da Secretaria de Orçamento e Gestão, que objetiva a concessão dos serviços públicos lotéricos nas modalidades de apostas de quota fixa, loteria de prognóstico específico, loteria de prognóstico esportivo, loteria de prognóstico numérico, loteria instantânea, loteria passiva, além das demais modalidades eventualmente autorizadas por lei federal, neste último caso sujeitas à anuência prévia do Poder Concedente.

Segundo documentação que acompanha a inicial, as propostas deveriam ser entregues em 1º/12/2022, das 16h00 às 16h15min.

Em resumo, após considerações introdutórias acerca do histórico da licitação e da falta de acatamento de recomendações expedidas no julgamento anterior, assim como sobre o preenchimento os requisitos para

processamento da matéria como exame prévio de edital, impugna os pontos a seguir sumarizados do procedimento:

1 – Esclarecimentos prestados fora do prazo

Aduz que resposta a pedidos de esclarecimentos no final de 24/11/2022, assinada às 20h37min, após o horário de expediente, deve ser considerada, à luz da legislação, realizada no dia útil seguinte (28/11/2022), de sorte a não observar o termo final previsto no subitem 4.1, inciso II.

Compreende que depois da publicação de elucidações, que passa a integrar o edital e afeta substancialmente o quadro inicial, restaram apenas 3 (três) dias úteis antes da entrega e abertura dos envelopes, impedindo protocolo tempestivo de impugnação em face das informações disponibilizadas.

Acrescenta que *“após 156 esclarecimentos que refletem nas condições de habilitação e proposta, foi acrescido de ‘ERRATA dos próprios Esclarecimentos’ confeccionada em 28/11/2022 às 17:55, conforme anexo, sem republicação ou fixação de novo prazo para a sessão, inviabiliza e macula o certame”*.

Consigna que documento disponibilizado a título de errata foi confeccionado também após o expediente em 28/11/2022, tudo em desrespeito ao mínimo previsto em lei.

2 – Errata e ausência de fixação de novo prazo para recebimento dos envelopes

Salienta que foi redigida errata, com alteração material incluindo condição para qualificação técnica (subitem 12.24), sem a fixação de novo prazo para recebimento dos envelopes e suspensão da sessão pública marcada para 01/12/2012, conforme demanda o subitem 19.4.

Adiciona, em tópico próprio, que tal providência deveria ter sido adotada em razão das alterações ocorridas, sob pena de violação à legislação e entendimentos jurisprudenciais.

3 – Audiência pública

Reclama da falta de realização de audiência pública apesar das alterações em relação ao edital anterior, como aumento expressivo do valor da outorga, conforme determina o artigo 39 da Lei Federal n.º 8.666/93.

Alega que o evento poderia ter contribuído para a redução dos questionamentos efetuados.

Rememora que antecedeu ao certame anterior anulado audiência pública, na qual foram franqueados apenas 3 (três) minutos para cada interessado credenciado, sem possibilidade de debates.

Sublinha que no caso do instrumento em apreço sequer houve tal forma de participação popular, o qual apresenta diferenças materiais em seus elementos em relação ao anterior, com informações muito diversas e não esclarecidas.

Cita que pretensão de contratação semelhante relativa à Loteria do Estado de Minas Gerais já contou com duas reuniões da espécie presenciais e transparentes, com intervenção irrestrita dos participantes, sendo que a repetição do expediente ocorreu em razão de modificações do instrumento após manifestação dos interessados.

4 – Violação aos princípios da publicidade e transparência

Sustenta violação ao princípio da publicação em razão da não exibição dos estudos técnicos para definição do tamanho do mercado lotérico para a mensuração do montante do valor licitado, assim como para alteração de payout, redução da previsão de investimentos e majoração da outorga fixa descompassada com o aumento da previsão de aumento do faturamento global, a impedir exame da higidez do procedimento, em violação a princípios licitatórios.

Afirma faltar transparência na resposta, por exemplo, aos quesitos/esclarecimentos 118 e 156, em afronta à determinação desta Corte no sentido de ser necessária a apresentação aos interessados de levantamentos que balizam a equação econômica do contrato.

Assegura que são constatadas no presente edital, como aconteceu no anterior, inúmeras falhas que denotam a fragilidade do projeto referencial base da concessão.

Ilustra com erros graves na modelagem econômico-financeira, submetida a questionamento, consistentes na consideração equivocada de base de cálculo de tributos federais e falta de previsão de atualização monetária ao longo do prazo contratual para certas despesas.

Ante a resposta apresentada pela Administração, indaga como pode ser plausível cenário eivado de falhas conceituais sobre os aludidos temas.

Sublinha que *“todas as respostas aos questionamentos assertivos da ora impugnante foram evasivas e, inclusive, reconheceram a superficialidade dos estudos apresentados, indicando que eles não são vinculantes e que devem ser desconsiderados e, o mais grave, não devem servir de norte para os licitantes que deverão promover seus próprios estudos”*.

Entende que faltou à comissão responder perguntas objetivas e necessárias para a elaboração das propostas, conforme determinação deste Tribunal.

Compreende ser inaceitável o tratamento como documento acessório da Apresentação Resumo da Modelagem Econômico-Financeira, sem observar a necessidade da devida publicidade para que todos os interessados conheçam os critérios adotados para a definição do modelo, consoante resposta ao quesito 131.

Frisa os equívocos graves, apontados em pedidos de esclarecimentos e desconsiderados.

Passa, então, a destacar questionamentos não respondidos necessários para que a licitante possa fazer sua proposta:

a. O que motivou a redução dos investimentos, excetuando a outorga fixa, de mais de R\$ 700 milhões no edital anterior para R\$ 29 milhões na versão atual do contrato, ou seja, apenas 4% do valor inicialmente previsto?

[...]

b. É crível um modelo que prevê investimentos apenas no primeiro ano contratual, sem considerar os necessários reinvestimentos para atualização tecnológica que, inclusive, é uma obrigação contratual?

c. Como pode ser considerado um investimento médio de pouco mais de R\$ 100 mil por mês ao longo do prazo contratual como plausível para um contrato com a complexidade exigida?

d. Qual a razão da modelagem econômica prever um nível de payout para Apostas de Cota Fixa de 55% (15 pontos percentuais abaixo do estabelecido como

obrigação contratual que prevê o payout mínimo de 70%)? Apesar da resposta aos questionamentos ter informado que tratou-se de erro formal e que o correto seria 55%, faltou a explicação da razão de na versão anterior também constar 70%, conforme o item abaixo, extraído do projeto básico. Além disso, a Comissão de Licitação deveria indicar em qual estudo dos 11 PMIs apresentados está baseada a decisão de adotar o novo percentual de payout ora apresentado como parâmetro mínimo, especialmente por ser tão baixo para esta modalidade. Esse percentual é muito diferente dos padrões internacionais e dos patamares atualmente adotados pelas operadoras de apostas esportivas que têm atividade no Brasil: [...]

Prossegue afirmando, inspirado em resposta ofertada, que a representada afirma que o projeto referencial poderia ser desconsiderado, ao mesmo tempo que serve de base para a participação dos interessados, em contrariedade à decisão desta Corte.

Acredita que a redução do payout para 55%, sem o detalhamento do embasamento do estudo técnico necessário, soa como medida providencial para a constatação de erro gravíssimo nos estudos, que demandaria republicação do instrumento.

Chama a atenção para a pressa na realização do procedimento licitatório, o que fez com que a comissão de licitação deixasse de fazer levantamentos com o rigor necessário para projeto de tamanha magnitude, a permitir, entre outros pontos, a contratação de empresa sem a devida expertise, com risco de prejuízo ao Estado de São Paulo durante 20 (vinte) anos.

Em continuidade, externa preocupação com a exigência contida no item 12.24.1 do edital, que permite demonstração de qualificação técnica através de “Sistemas de Meios de Pagamento” e “sistemas de e-commerce”, sem a necessária vinculação com a atividade lotérica objeto do certame.

Pondera que, além de se estar atestando apenas uma parte das exigências contratuais, reduz-se a zero a exigência de capacitação necessária para participar do certame.

Realça que a ampliação da competição é desejável em processos públicos, mas não pode acarretar insegurança para o Estado e para os

beneficiários dos recursos advindos da arrecadação de impostos da indústria lotérica.

Critica a aceitação de comprovação de aptidão de atividades superficiais para aceitação em atividades complexas, tendo em vista que o objeto da licitação prevê a criação de produtos, distribuição, comercialização por meios físicos e virtuais, execução de ações de comunicação, realização de sorteios e extrações, dentre outras atribuições.

Menciona ser inaceitável a possibilidade de licitante vencer o torneio sem qualificação específica comprovada e, apenas depois, contratar alguém com a experiência requerida, cenário que é agravado pela apresentação de requisitos em errata sem devolução de prazo até a sessão.

Ressalta que *“além de apresentar a qualificação técnica apenas 7 (sete) dias úteis antes da celebração do contrato, a ADJUDICATÁRIA poderá fazê-lo através de OPERADOR SUBCONTRATADO ou profissional vinculado, podendo figurar a ADJUDICATÁRIA apenas como integradora de serviços de terceiros, o que é completamente desproposital”*.

Reforça que licitação do porte da atual não pode ser feita de forma açodada, a menos de 30 (trinta) dias do termo final do mandato do governo.

Ao final, pleiteia o deferimento de cautelar de suspensão da licitação, para que seja oportunamente adequado o edital.

É o relatório.

Decido.

De início, importa anotar que o presente feito abriga representação que combate o mesmo edital objeto de exame no bojo dos processos n.ºs TC-023042.989.22-8 e TC-023199.989.22-9.

Por meio de despacho exarado ontem (30/11/2022), à luz das reclamações formuladas em aludidos autos, determinei a suspensão do procedimento licitatório até apreciação final da matéria, assim como concedi oportunidade para que a Administração interessada oferecesse justificativas e documentos.

Nessa perspectiva, cabe apenas dispensar ao presente feito tratamento similar, de maneira que **assino à autoridade competente o prazo de 48 (quarenta e oito) horas para que apresente esclarecimentos sobre os pontos alvejados na representação em epígrafe.**

Por fim, por se tratar de procedimento eletrônico, na conformidade da Resolução n.º 01/2011, a decisão, representação e demais documentos poderão ser obtidos, mediante regular cadastramento, no Sistema de Processo Eletrônico – e.TCESP, na página www.tce.sp.gov.br.

Publique-se.

Ao Cartório para as providências cabíveis, inclusive alteração da classe do feito no Sistema de Processo Eletrônico.

Apresentados os esclarecimentos ou decorrido o prazo sem ação dos interessados, encaminhem-se os autos para manifestação da Assessoria Técnica e da Procuradoria da Fazenda do Estado. Após, abra-se vista ao Ministério Público de Contas, na forma regimental.

G.C., em 1º de dezembro de 2022.

CRISTIANA DE CASTRO MORAES

Conselheira

CÓPIA DE DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE POR: CRISTIANA DE CASTRO MORAES. Sistema e-TCESP.
Para obter informações sobre assinatura e/ou ver o arquivo original acesse <http://e-processo.tce.sp.gov.br> - link 'Validar documento digital' e informe o código do documento: 4-ABIZ-HIGH-679D-LAK6