



Acórdão 00242/2020-5 - Plenário

Processo: 09663/2018-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Inspeção

UG: CESAN - Companhia Espírito Santense de Saneamento

Relator: Sérgio Manoel Nader Borges

Responsável: CARLOS AURELIO LINHALIS

**REPRESENTAÇÃO – COMPANHIA ESPÍRITO
SANTENSE DE SANEAMENTO (CESAN) –
PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – ANÁLISE PRÉVIA
DO EDITAL – RECOMENDAÇÕES – ARQUIVAR.**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO SERGIO MANOEL NADER BORGES:

RELATÓRIO

Tratam os autos de inspeção para análise prévia da minuta de Edital de Concorrência Pública Internacional, cujo objeto visa contratação da concessão administrativa para a ampliação, manutenção e operação do sistema de esgotamento sanitário do Município

de Cariacica/ES e prestação de serviços de apoio à gestão comercial da Companhia Espírito Santense de Saneamento - Cesan.

A documentação foi autuada após esta Corte receber expediente remetido pela Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN, comunicando sobre providências internas na referida Companhia para abertura de procedimento licitatório para contratação de Parceria Público-Privada de esgotamento sanitário do Município de Cariacica/ES, nos seguintes termos:

Visando cumprir as metas do Governo do Estado quanto à universalização dos serviços de saneamento básico, a CESAN e o Governo do Estado vêm investindo de forma sólida na ampliação e implantação de sistemas de tratamento de água e de coleta e tratamento de esgoto em todos os municípios onde detém a concessão, o que vem requerendo uma constante procura por financiamentos através de entidades no Brasil, como a Caixa Econômica Federal - CEF e Banco de Desenvolvimento do Espírito Santo - BANDES e mesmo organismos internacionais, como BIRD e BID, além de outras fontes como a FUNASA e Ministério das Cidades.

Dentro desta linha de ação e em consonância com a Lei Complementar nº 492, de 10 de agosto de 2009, que Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado do Espírito Santo, **estamos adotando as providências internas para abertura de um procedimento licitatório visando a ampliação, manutenção e operação do Sistema de Esgotamento Sanitário do Município de Cariacica/ES, e prestação de serviços de apoio à Gestão Comercial da CESAN no município, através da implementação de Parceria Público-Privada - PPP, pelo método de concessão administrativa.**

Nosso entendimento é de que sendo este o terceiro procedimento licitatório desta espécie a ser implementado na CESAN e mesmo no Estado do Espírito Santo, **as contribuições advindas desse Tribunal de Contas, quer através de críticas, recomendações e/ou sugestões, em muito contribuirão para o sucesso do procedimento e da contratação.**

Neste sentido é que encaminhamos cópia em meio digital de **toda a documentação relacionada ao procedimento licitatório visando à contratação da concessão administrativa para a ampliação,**

manutenção e operação do SES do Município de Cariacica-ES, e prestação de serviços de apoio à Gestão Comercial da CESAN no município, colocando-nos desde já à disposição dessa Presidência, se assim julgar necessário, para uma apresentação detalhada do empreendimento e de sua forma de contratação.

Juntamente com a petição inicial foram encaminhados documentos relacionados ao procedimento licitatório.

Todo este conjunto foi encaminhado ao gabinete e, prontamente, redirecionado para a Secretaria Geral de Controle Externo - SEGEX, no intuito de que fossem adotadas as providências necessárias à instrução do feito.

No curso da instrução processual foram elaboradas 02 (duas) Manifestações Técnicas - **Manifestação Técnica nº. 1764/2018** e **Manifestação Técnica nº. 1165/2019** - sugerindo a realização de diligências com o fito de complementar as informações necessárias à análise pretendida, bem como a apresentação de justificativas a determinados aspectos suscitados pela área técnica.

Em ambas oportunidades, a Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN compareceu aos autos de forma tempestiva apresentando justificativas e documentações suporte, tendo as peças sido novamente submetidas ao crivo do quadro técnico desta Corte de Contas.

Em seguida ao último apontamento trazido ao conhecimento da Corte, o Núcleo de Regimes Especiais – NRE elaborou a **Manifestação Técnica nº. 10.317/2019**, propondo determinações e recomendações à Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN.

Devidamente notificada, a empresa se manifestou, tempestivamente, apresentando resposta, acompanhada de documentação suporte, dentre estes Relatório Técnico sobre os apontamentos feitos na manifestação técnica.

Oportunamente, tais alegações e documentos foram levados ao conhecimento do Núcleo de Regimes Especiais – NRE para análise. Quando em curso tal análise, a Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN apresentou novos

esclarecimentos, acompanhados de documentação suporte, também submetidos à análise.

Diante disso, foi elaborada a **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 04663/2019**, cuja conclusão e proposta de encaminhamento restou assim ementada:

“(…)

4 CONCLUSÃO

Após as análises realizadas, **conclui-se** que ainda permanecem algumas das irregularidades, bem como possibilidades de melhorias a serem implementadas pela Cesan, apontadas na MT 6814/2019, conforme descrito nos subitens 3.1, b, d, 3.2, I, II, VII, VIII, 3.3, 3.5, b, 3.6, 3.8, 3.9, IX, XXXIII, 3.10, I, III, VI, VII, 3.11 e 3.12 da presente Manifestação Técnica.

Entende-se, portanto, que devam ser expedidas **determinações e recomendações** à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, a fim de corrija as irregularidades apontadas e analise a conveniência e oportunidade de implementar as melhorias sugeridas, conforme fundamentação contida nesta Manifestação Técnica.

Caso sejam mantidos as propostas de encaminhamento feitas no item 5 desta Instrução Técnica Conclusiva, os benefícios potenciais esperados com a presente ação de controle externo são, nos termos da Resolução TC 290, de 22 de setembro de 2015, que aprovou o “Manual de Benefícios do Controle Externo”, a correção de ilegalidades e impropriedades, a economia de até R\$144.752.000,00 (cento e quarenta e quatro milhões, setecentos e cinquenta e dois mil reais) no valor total das contraprestações (fixas e variáveis) a serem desembolsadas pela Cesan ao longo dos 30 anos da Concessão, a expectativa de controle e o fornecimento de subsídios para a atuação de outros órgãos públicos, a melhoria da qualidade do serviço público prestado e o aprimoramento da defesa ambiental.

Por fim, cumpre destacar que a presente análise está adequada à LINDB e ao disposto no artigo 313, inciso V, da Resolução TC 261/2013 (RITCEES).

5 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Por todo o exposto, encaminha-se o expediente à consideração superior, sugerindo-se a adoção da seguinte proposta de encaminhamento:

5.1 expedir, na forma do artigo 1º, incisos XVI e XXXVI, da Lei Complementar Estadual 621/2012 (LOTCEES) :

5.1.1 RECOMENDAÇÃO à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, nos termos constantes nos subitens 3.1, b, d, 3.2, I, II, VII, VIII, 3.3, 3.5, b, 3.6, 3.8, 3.9, IX, XXXII, 3.10, I, III, VI, VII, 3.11 e 3.12, desta Instrução Técnica Conclusiva.”

Tendo em vista o teor da referida peça, os autos foram submetidos ao Ministério Público Especial de Contas que, por meio do **Parecer Ministerial nº. 00572/2020**, da lavra do Dr. Luciano Vieira, “oficia (...) pela expedição das recomendações propostas pela Unidade técnica e consequente prosseguimento do feito na forma regimental”.

Após, vieram os autos ao gabinete para elaboração de voto.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO

Conforme acima exposto, tratam os autos de inspeção para análise prévia da minuta de Edital de Concorrência Pública Internacional, cujo objeto visa contratação da concessão administrativa para a ampliação, manutenção e operação do sistema de esgotamento sanitário do Município de Cariacica/ES e prestação de serviços de apoio à gestão comercial da Companhia Espírito Santense de Saneamento - Cesan.

A referida contratação, conforme se extrai da documentação em análise, e de apontamento realizado pela área técnica, alcança o montante de **R\$ 1.430.948.326,35** (um bilhão quatrocentos e trinta milhões novecentos e quarenta e oito mil trezentos e vinte e seis reais e trinta e cinco centavos), correspondente à soma simples do montante de contraprestação mensal a ser recebida pela Concessionária durante todo o prazo contratual, 30 anos.

Desse valor, **R\$ 597.437.000,00** (quinhentos e noventa e sete milhões, quatrocentos e trinta e sete mil reais) se referem aos investimentos a serem realizados pela Concessionária. Ou seja, pouco mais de um terço do total dos investimentos será custeado pela Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN.

Os valores acima indicados, por si sós, revelam a grandeza e significância do projeto a ser implantado, razão pela qual louva-se a iniciativa da Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN em valer-se do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES para análise prévia do Edital de Concorrência Pública Internacional responsável pela regência da disputa.

Tal prática, diga-se, vai de encontro à propostas e apelos que há muito o Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES vem sustentando, qual seja: a necessidade de mudança na visão e de uma aproximação do órgão de controle com seus jurisdicionados, notadamente quanto à utilização desta Corte de Contas como suporte informativo e educativo para as boas práticas administrativas.

O presente caso é paradigmático, pois envolve a realização de Concorrência Pública Internacional, ou seja um procedimento licitatório de grande porte, além de ter por

objeto área sensível dos serviços públicos a serem prestados à população de um dos maiores Municípios do Estado do Espírito Santo. Logo, sob todos os aspectos, revela-se a importância deste julgamento.

De pronto, adverte-se que a participação do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES na análise prévia deste Edital não lhe retira a competência para, em momento posterior e eventual, vir a novamente debater o tema ou alterar determinado posicionamento diante de argumentos jurídicos trazidos, por exemplo, por interessados em participar do procedimento licitatório.

No que tange especificamente aos pontos controvertidos, verifica-se que a **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 04663/2019**, após considerar as justificativas e documentos apresentados pela Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN, entendeu por bem **expedir recomendação** quanto aos sub-itens 3.1, “b”, “d”, 3.2, I, II, VII, VIII, 3.3, 3.5, “b”, 3.6, 3.8, 3.9, IX, XXXIII, 3.10, I, III, VI, VII, 3.11 e 3.12 de seu texto.

Submetida tal proposta ao Ministério Público Especial de Contas este, na qualidade de fiscal da legalidade, corroborou o entendimento exposto pela área técnica pugnando pela expedição das recomendações em destaque e prosseguimento do feito na forma regimental.

Pois bem!

Cumpra observar que o arremate contido na **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 04663/2019** foi alcançado a partir do atendimento de notificações expedidas pelo Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo – TCEES em desfavor da Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN, a fim de cumprir diligências para complementação de informações/documentos necessárias à análise pretendida, bem como em respeito ao contraditório e à ampla defesa, ainda que não houvesse a instauração de procedimento de fiscalização e controle típico desta Corte de Contas.

Destas diligências, portanto, verificou-se a subsistência da necessidade de aprimoramento do Edital de Concorrência Pública Internacional por meio de recomendações a serem expedidas por esta Corte de Contas. Tal aprimoramento é possível, ainda, por alterações a serem promovidas pela própria Companhia Espírito

Santense de Saneamento – CESAN em seu edital, sem que haja vinculação expressa à manutenção do atual documento ante o simples fato do mesmo ter sido submetido ao crivo desta Corte.

Por óbvio que o decurso do tempo existente entre a submissão do documento ao conhecimento desta Corte de Contas e à conclusão da análise possa ter feito surgir outras adequações ou atualizações diante de quadro fático não previsto. Tal fato, porém, e como dito acima, não impede também uma nova análise por parte do Tribunal em caso de impugnação do novo teor.

É importante destacar, ainda, que as conclusões expostas, bem como a proposta de encaminhamento contida na **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 04663/2019** tratam-se de recomendações, não havendo, portanto, imperatividade suficiente para torná-las compulsórias, estando adstritas ao campo da discricionariedade do gestor cumpri-las ou não.

Da leitura da peça conclusiva que, desde já, adoto *in totum*, verifica-se a manutenção das seguintes recomendações:

- **“Item 3.1 - Inconsistências no plano de negócios de referência.**
 - b) Garantia de proposta e garantia contratual;
 - d) Incongruências na composição do BDI;
- **“Item 3.2 - Inconsistência do anteprojeto de engenharia**
 - I – concepção básica em planta topográfica;
 - II – mapa de zoneamento urbano;
 - VII - Descrição das áreas ocupadas passíveis de desapropriação ou reassentamento;
 - VIII – registro de eventuais problemas relacionados com a configuração topográfica
- **“Item 3.3 - Análise de viabilidade técnica e econômico-financeira para definição da solução de referência”**
- **“Item 3.5 - Inconsistências nos indicadores de desempenho**
 - b) Indicador e meta de remoção de DBO (Indicador IEO1);
- **“Item 3.6- Deficiência de compliance”**
- **“Item 3.8 - Análise da minuta do Edital”**

- **“Item 3.9 - Análise da minuta contratual”**

- **“Item 3.10 - Análise da alocação de riscos contratuais**

I) Incluir no subitem 15.3 a previsão de que a ocorrência dos fatos previstos não ensejará recomposição em favor da Concessionária, podendo ensejar recomposição em favor da Cesan, uma vez que o subitem 15.3.11, por exemplo, pode impactar negativamente a Cesan na geração de receitas, haja vista que se trata de uma concessão administrativa, em que a cobrança e recebimento das tarifas continua sob a responsabilidade da Cesan, e o subitem 15.3.15 pode gerar despesas à Cesan;

III) Alterar a redação do subitem 15.5, para evitar que fatos que não necessariamente afetem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou o desempenho da concessionária provoquem obrigatoriamente o reequilíbrio econômico-financeiro ou a isenção da aplicação do sistema de mensuração de desempenho, uma vez que da forma como está redigido (“ensejará”, “isentarão”), por exemplo, eventuais passivos ambientais, trabalhistas, fiscais e ambientais ocultos provocarão o afastamento do sistema de mensuração de desempenho mesmo que não tenham qualquer impacto no desempenho da concessionária e mudanças de projetos solicitadas pela Cesan ensejarão o reequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária, mesmo que não tenham gerado desequilíbrio econômico-financeiro e até mesmo que se acarretarem diminuição de custos para a concessionária.

VI) alterar a redação do subitem 15.5.8, a fim de que o risco ali previsto seja compartilhado entre a concessionária e a Cesan: poderão ensejar reequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária caso a mudança unilateral de projetos provoque alteração da equação econômico-financeira inicial desfavorável à concessionária e reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Cesan caso a mudança unilateral de projetos provoque alteração da equação econômico-financeira inicial favorável à concessionária.

VII) alterar os subitens 15.3.14 e 15.5.10, compartilhando os riscos nele previstos, de modo que a mudança na qualidade dos serviços que comprovadamente impliquem em redução de custos para a concessionária ensejem o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor da Cesan.

- **“Item 3.11 - Análise das diretrizes ambientais”**

- **“Item 3.12 - Requisitos de responsabilidade fiscal”**

Logo, tem-se que as recomendações propostas visam o aprimoramento do edital sem que, contudo, tratem especificamente de questões relacionadas com a lisura do procedimento ou de uma indesejável presença de cláusulas restritivas ou permissivas

de direcionamento, razão pela qual louva-se, novamente, a execução conjunta e prévia do Edital de Concorrência Pública em questão.

De fato, uma delas relaciona-se efetivamente com implantação, ou melhorias, de políticas internas referentes à Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN (“Item 3.6 – Deficiência de *Compliance*”), enquanto outras, mostram-se mais adstritas ao objeto a ser licitado e, por isso, de maior interesse quanto ao seu cumprimento (“Item 3.1 - Inconsistências no plano de negócios de referência; “Item 3.2 - Inconsistência do anteprojeto de engenharia; “Item 3.3 - Análise de viabilidade técnica e econômico-financeira para definição da solução de referência”; e, “Item 3.5 - Inconsistências nos indicadores de desempenho”).

Diante disso, acolho a proposta de encaminhamento contida na **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 03037/2019-1**, encampada pelo **Parecer Ministerial nº. 04013/2019**, da lavra do Dr. Luciano Vieira, e VOTO para que seja adotada a deliberação que ora submeto à apreciação deste Colegiado.

SÉRGIO MANOEL NADER BORGES
Conselheiro Relator

1. ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos estes autos, **ACORDAM** os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo relator, em:

1.1. EXPEDIR, na forma do artigo 1º, incisos XVI e XXXVI, da Lei Complementar Estadual nº. 621/2012 **RECOMENDAÇÃO** à Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN, na pessoa de seu Diretor-Presidente, nos termos constantes nos subitens 3.1, “b”, “d”, 3.2, “I”, “II”, “VII”, “VIII”, 3.3, 3.5, “b”, 3.6, 3.8, 3.9, “IX”, “XXXIII”, 3.10, “I”, “III”, “VI”, “VII”, 3.11 e 3.12, da **Instrução Técnica Conclusiva (ITC) nº. 03037/2019-1**, encampada pelo **Parecer Ministerial nº. 04013/2019**;

1.2. Cientificar a Interessada a respeito desta decisão;

1.3. Arquivar os autos, após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 10/03/2020 – 6ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

4.1. Conselheiros: Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun (presidente), Sérgio Manoel Nader Borges (relator), Domingos Augusto Taufner, Sérgio Aboudib Ferreira Pinto e Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

Relator

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

LUIZ HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR

Secretário-geral das sessões