



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tce.es.gov.br
Identificador: AD174-287FB-A8494



Decisão 00757/2020-5 - Plenário

Produzido em fase anterior ao julgamento

Processo: 03471/2020-8

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: CESAN - Companhia Espírito Santense de Saneamento

Relator: Rodrigo Coelho do Carmo

Representante: CARRARO ENGENHARIA E MONTAGENS ELETROMECANICAS EIRELI

Responsável: ROBERIO LAMAS DA SILVA

**FISCALIZAÇÃO – REPRESENTAÇÃO –
COMPANHIA ESPÍRITO SANTENSE DE
SANEAMENTO – EDITAL Nº 14/2020 –
SUPOSTAS IRREGULARIDADES –
CONHECER PARCIALMENTE - INDEFERIR
CAUTELAR – RITO ORDINÁRIO – OITIVA DA
PARTE**

O EXMO. SR. CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO:

I - RELATÓRIO

Cuidam os autos de Representação, ajuizada nesta Corte de Contas pela empresa Carraro Engenharia e Montagens Eletromecânicas Eireli, em face da Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN, suscitando supostas irregularidades referentes ao edital de licitação nº 14/2020.

O procedimento licitatório tem como objeto a “contratação de empresa para execução dos serviços relativos à manutenção corretiva, preventiva, preditiva em equipamentos eletromecânicos, de automação e de instrumentação, serviços de soldagem e caldeiraria, serviços de pitometria, serviços de oficina e serviços de engenharia de manutenção em unidades dos sistemas de adução de água bruta, tratamento de água, abastecimento de água tratada e dos sistemas de esgotamento sanitário operados pela Cesan, no estado do Espírito Santo”, com valor global por lote estimado como segue:

- **Lote 1 (Sistema Norte):** R\$ 22.442.493,76 (vinte e dois milhões, quatrocentos e quarenta e dois mil, quatrocentos e noventa e três reais e setenta e seis centavos);
- **Lote 2 (Sistema Sul):** R\$ 30.296.906,28 (trinta milhões, duzentos e noventa e seis mil, novecentos e seis reais e vinte e oito centavos);
- **Lote 3 (Grande Vitória):** R\$ 24.858.379,61 (vinte e quatro milhões, oitocentos e cinquenta e oito mil, trezentos e setenta e nove reais e sessenta e um centavos), sendo estipulado que a vigência do instrumento contratual será de 24 (vinte e quatro) meses para todos os lotes 1, 2 e 3.

A empresa representante alega, em síntese, que *“o instrumento contratual não guarda consonância com a legislação pertinente, nem com a prática de mercado das atividades, muito menos com as regras estabelecidas em seu próprio termo” e “com o objetivo de exortar a Administração a corrigir, a tempo, as falhas apontadas, destina-se a presente REPRESENTAÇÃO a impugnar o edital de regência do certame”.*

Diante disso, requer medida cautelar a fim de suspender o procedimento licitatório, bem como se determine à CESAN que realize a revisão e retificação do Edital da Licitação Eletrônica nº 014/2020, sob a alegação de que o correspondente edital padece de ilegalidades, cuja sessão de disputa estava prevista para ocorrer em 09/07/2020.

Após o pedido cautelar, a empresa representante indica pontos que a licitante necessita esclarecer no edital, *in verbis*:

- a) *Orçamento detalhado da Frente de Serviço BASE OPERACIONAL;*
- b) *A CESAN, deverá rever a modalidade de garantia exigida para execução de obras, pois o que consta no edital é para Construção Civil e não tem nenhuma relação com o objeto do contrato;*
- c) *A CESAN, deverá corrigir a aplicação dos Encargos Sociais corretamente, ou seja, mão de obra remunerada por HORA, deverá receber a incidência de Encargos Sociais Horistas (157,27%) e mão de obra remunerada como MENSAL, deverá receber a incidência de Encargos Sociais Mensalista (114,84%);*
- d) *Fonte de dados da mão de obra que foi utilizada para compor o orçamento básico e o mesmo deverá ser encaminhado para o TCEES, se o valor utilizado está correto para a modalidade;*
- e) *Demonstrar o embasamento legal para usar o BDI de Construção Civil quando o objeto licitado é Prestação de Serviços de Manutenção sem o fornecimento de material dedutível de ISS;*

- f) *Informar quais as unidades que serão executados os serviços de PERFORMANCE, pois sem esta informação não há possibilidade alguma de elaborar um orçamento, exceto pelas empresas que já atuam neste contrato, sendo que elas levam vantagem em relação as demais participantes;*
- g) *Se existe histórico e previsão de horas conforme descrito no Termo de Referência, qual o motivo de não estar devidamente lançada estas horas na planilha (Como exemplo as equipes de Sobreaviso e Plantão Presencial)?*
- h) *Especificar os quantitativos estimados dos Insumos de uso mensal ou estimativa anual;*
- i) *No edital está previsto que a CESAN caso seja comprovado fato relevante, permitirá fazer o reequilíbrio do contrato, a pergunta que fazemos é a seguinte, se o valor estiver na faixa que estamos estimando, será celebrado este reequilíbrio de contrato?*

Encaminhados os autos à área técnica para apreciação dos fundamentos e pressupostos da cautelar, o Núcleo de Controle Externo Meio Ambiente Saneamento e Mobilidade Urbana – NASM por meio da Manifestação Técnica de Cautelar 00039/2020-8 apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

4. CONCLUSÃO / PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, submetemos à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1 *Nos termos do artigo 94, §1º, e art. 99, §2º da LC 621/12, o conhecimento parcial da Representação, deixando de conhecer a matéria relativa ao interesse subjetivo da representante deste processo principal;*

4.2 *Indeferir a medida cautelar pleiteada, em razão da inexistência de fundado receio de grave ofensa ao interesse público e da evidenciação do periculum in mora reverso, no caso concreto;*
Produzido em fase anterior ao julgamento Assinado digitalmente.

4.3 Determinar que os presentes autos caminhem sob o rito ordinário, a fim de que esta Corte possa analisar o mérito das questões travadas nos autos;

4.4 Determinar a oitiva dos responsáveis, para que se manifestem quanto aos indícios de irregularidade dispostos nas representações, no prazo de até 10 (dez) dias, em conformidade com o §4º, do art. 125, da Lei Complementar 621/12 e o §3º, do art. 307, da Resolução 261/2013, encaminhando ainda cópia integral do processo administrativo referente ao Pregão Presencial 263/2019 e dessa Manifestação Técnica de Cautelar;

4.5 Cientificar as Representantes da decisão do tribunal, nos termos do artigo 307, §7º do RITCEES.

Retornaram-me os autos com a análise preliminar em cumprimento ao Despacho 22686/2020-4. É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

II.1- ADMISSIBILIDADE

O artigo 93 da LC 261/2012¹, confere legitimidade a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, podendo denunciar **qualquer irregularidade ou ilegalidade de atos praticados na gestão de recursos públicos** sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas. O art. 186 do RITCEES² prevê que se aplicam às representações em face de licitação, ato e contrato, no que couber, as normas relativas à denúncia.

O Artigo 94 e incisos do mesmo diploma legal c/c o art. 177 do RITCEES estabelecem os requisitos de admissibilidade para o recebimento da denúncia e representação:

I - Ser redigida com clareza;

II - Conter informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção;

III - estar acompanhada de indício de prova;

IV- se pessoa natural, conter o nome completo, qualificação e endereço do denunciante;

¹ Art. 93. Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato poderá denunciar qualquer irregularidade ou ilegalidade de atos praticados na gestão de recursos públicos sujeitos à fiscalização do Tribunal de Contas.

² Art. 186. Aplicam-se às representações previstas nesta subseção, no que couber, as normas relativas à denúncia.

V- se pessoa jurídica, prova de sua existência e comprovação de que os signatários têm habilitação para representá-la.

Da análise dos requisitos, verifica-se que a representação contém informações sobre o fato, a autoria, as circunstâncias e os elementos de convicção, com indícios de provas. A representante acostou também prova de existência da pessoa jurídica, bem como, procuração do signatário com poderes para representá-la.

Todavia, em relação ao requisito intrínseco, previsto no art. 177, sobre a competência desta Casa de Contas para processar e julgar a matéria apresentada, observa-se que há uma informação requerida pela ora representante que se destaca como interesse subjetivo, notadamente a seguinte: *“i) No edital está previsto que a CESAN caso seja comprovado fato relevante, permitirá fazer o reequilíbrio do contrato, a pergunta que fazemos é a seguinte, se o valor estiver na faixa que estamos estimando, será celebrado este reequilíbrio de contrato? ”.*

Como bem delineado pela douta equipe técnica, no que tange ao referido questionamento, vê-se que a representante busca tão somente resguardar seus direitos caso seja contratada e caso sejam necessárias compensações financeiras, em decorrência das supostas inconsistências no orçamento e no termo de referência de suporte à licitação.

Destaca-se ainda, que a Lei Orgânica desta Corte³, em recente alteração, passou a vedar expressamente a interposição de representação em face de licitação para amparo de interesse particular,

Nesse caminhar, **recebo a presente Representação parcialmente**, deixando de conhecer somente o item “i” da parte final do petitório (evento 2) por considerar interesse subjetivo da empresa interessada, sindicável perante o Poder Judiciário.

II.2 MÉRITO:

A análise realizada em sede da Manifestação Técnica de Cautelar nº 00039/2020, pugnou pelo indeferimento da medida cautelar vindicada por não ter verificado o

³ Art. 101. Qualquer licitante, contratado, pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos, visando a resguardar o interesse público, sendo vedada sua interposição para amparar direito subjetivo do representante. (Redação dada pela LC nº 902/2019 – DOE 9.1.2019) (g.n.)

requisito temporal consubstanciado no *periculum in mora* e a presença de fundado receio de grave lesão ao erário ou direito alheio – *fumus boni iuris*.

Conforme destaca o corpo técnico, são pressupostos genéricos e essenciais para a concessão de qualquer espécie de tutela antecipada: *a existência de prova inequívoca que conduza a um juízo de verossimilhança sobre as alegações, aliado ao receio de dano irreparável ou de difícil reparação, o que impõe a necessidade de se realizar uma avaliação preliminar dos indícios de irregularidades narrados na representação.*

Neste prisma, observa-se, portanto, que as três primeiras supostas irregularidades citadas pela representante descrevem situações que poderiam inviabilizar uma maior participação de outras empresas no procedimento licitatório, não obstante, não há uma indicação precisa e evidente relacionadas a tais inconsistências, de acordo com a análise técnica, que ora transcrevo, tornando-a parte integrante deste voto:

“I – DA EXIGÊNCIA IRREGULAR DO TIPO DE SEGURO DOS SERVIÇOS, DEVIDO A MODALIDADE DE CONTRATAÇÃO (Item 11.2 do edital, pág. 28/85 – SEGUROS)

A representante, no cerne dessa questão aponta que:

No edital na página 28 de 85 todas as exigências do Seguro de Responsabilidade referem-se a Obras de construção civil, sendo que a modalidade a ser contratada é de Manutenção Eletromecânica, portanto este tipo de seguro não serve para a modalidade do objeto licitado, sendo necessário que a CESAN determine um Seguro compatível com o Objeto licitado.

Porém, a Representante não indica qual seria o seguro adequado.

II- DA FALTA DE OBRIGATORIEDADE EM COMPROVAÇÃO QUE AS EMPRESAS POSSUAM PROFISSIONAIS NAS ÁREAS DE ENGENHARIA ELÉTRICA E MECÂNICA, COM AS RESPECTIVAS C.A.T s., DEVIDO A COMPLEXIDADE DO

OBJETO (Item 12.2 do Edital – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, pág 30/85)

Nessa questão, a representante alega que:

Devido à complexidade dos serviços e em atendimento as exigências da comprovação dos Atestados Técnicos devidamente reconhecidos pelo CREA (Acervo Técnico), como as atividades correspondem a profissionais da área de Elétrica e Mecânica, faz-se necessidade dos 2 (dois) profissionais de engenharia.

Aqui, verifica-se que a Representante quer que seja especificada as modalidades profissionais que deveriam ser exigidas, o que se revela mais restritivo do que a exigência posta no edital, que permite participação de outros profissionais que detenham os atestados requeridos, conforme segue:

d) Serão permitidas as seguintes formações para fins de responsabilidade e qualificação técnica deste contrato: Engenheiro Eletricista, ou Engenheiro de Automação e Controle com Especialização em Gestão da Manutenção ou Engenheiro Mecânico.

e) A licitante deverá apresentar, ao menos, um (1) responsável técnico pela execução dos serviços. Podendo, a seu critério, apresentar mais que um (1) para fins de responsabilidade e qualificação técnica.

III – DA FALTA DE EXIGÊNCIA MAIS SUSTENTÁVEL PARA A QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA, DEVIDO A COMPLEXIDADE DA CONTRATAÇÃO E DOS SERVIÇOS DE ENGENHARIA (Item 12.3 do Edital, pág. 31 e 32/85);

Já nessa questão, a alegação da representante é que:

Devido à complexidade das atividades, a atestação está muito vaga e simplificada para permitir a segurança na contratação, sem exigir a complexidade que demanda esta modalidade. A CESAN não está requer a comprovação de serviços

dos serviços de maior relevância e complexidade, como é o caso da manutenção contínua por um período de até 70% do prazo do contrato e também deveria solicitar a comprovação de serviços em Captação, ETE, ETA e Captação, Reservatórios Elevados etc.

[...]

Segundo o Edital, as empresas que não apresentarem boa situação financeira, poderão comprovar possuir patrimônio líquido igual ou superior a 10% do valor da proposta. Contudo, as exigências deveriam ser cumulativas, na medida em que não se trata de um contrato de serviços simples, com valores baixos. Trata-se de uma licitação que, se corrigida, ultrapassa a marca de R\$ 6 milhões.

A Lei 13.303/16 também permite que seja exigido dos licitantes a relação de compromissos assumidos pela empresa e que importem em diminuição de capacidade operativa ou disponibilidade financeira, nos termos da Instrução Normativa nº 5/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão:

Mais uma vez, verifica-se que a Representante pretende a restrição do universo competitivo, porém sem apresentar informações objetivas a justificar a forma que indica.”

Quanto às supostas inconsistências relatadas nos itens IV a XXII alega a representante que poderiam levar à recomposição do equilíbrio-financeiro do contrato. Verifica-se, que a maior parte destes itens veio em forma de dúvidas, que poderiam ter sido impugnadas diretamente à CESAN.

Ademais, observa-se que as questões postas não se mostram compatíveis com o rito sumário, vez que exigem análise mais acurada, sendo imprescindível a oitiva da empresa representada, de forma a confrontar as informações, a fim de possibilitar um juízo equânime em relação ao certame.

Diante da análise preliminar, **não se verifica a existência de fundado receio de graveofensa ao interesse público nas questões levantadas (*fumus boni iuris*)**.

No que se refere ao segundo pressuposto, o ***periculum in mora***, vale registrar que a contratação em tela, visa à manutenção em unidades dos sistemas de adução de água bruta, tratamento de água, abastecimento de água tratada e dos sistemas de esgotamento sanitário, não se podendo prescindir da sua realização, nem sendo recomendável que venha a ser executado por contrato emergencial.

Diante da importância do objeto aventado, a suspensão do Edital de Licitação 014/2020 pode representar um prejuízo maior do que as supostas irregularidades apontadas no orçamento, já que poderá representar a interrupção de serviços essenciais ao interesse público.

Pois bem, conforme se denota as supostas irregularidades mencionadas acima são passíveis de impugnação, contudo demanda análise mais aprofundada durante a regular instrução processual a ser instaurada nos autos.

Por fim, informa a equipe técnica, que em consulta ao Portal de Licitações da Cesan, verificou-se que a Licitação 014/2020 foi adiada para o dia 28/07/2020 (cópia em anexo – Documento 9).

Deixo, portanto, de conceder a medida cautelar guerreada, considerando ausentes os requisitos essenciais para a sua concessão – *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, ressalvando, que tal juízo se faz em sede de cognição sumária, próprio dos contornos do mérito cautelar, podendo o exaurimento da instrução probatória possibilitar juízo definitivo de mérito diverso.

Assim, **acompanhando a equipe técnica desta Casa**, VOTO no sentido de que o Plenário aprove a seguinte minuta de DECISÃO que submeto à sua consideração.

RODRIGO COELHO DO CARMO

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC 757/2020-5:

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

1.1. Conhecer parcialmente da Representação, deixando de conhecer a matéria relativa ao interesse subjetivo da representante deste processo principal;

1.2. Indeferir a medida cautelar pleiteada, em razão da inexistência de fundado receio de grave ofensa ao interesse público e da evidenciação *do periculum in mora reverso*, no caso concreto;

1.3. Remeter os autos à unidade técnica para instrução do feito, submetendo-os a sua tramitação pelo rito ordinário, nos termos do art. 295 do RITCEES⁴;

1.4. Determinar a oitiva dos responsáveis, para que se manifestem quanto aos indícios de irregularidade dispostos nas representações, no prazo de até 10 (dez) dias, em conformidade com o §4º, do art. 125, da Lei Complementar 621/12⁵ e o §3º, do art. 307, do RITCEES⁶;

1.5. Cientificar a Representante da decisão do tribunal, nos termos do artigo 307, §7º do RITCEES⁷.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 30/07/2020 - 14ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

⁴ Art. 295. Os processos no Tribunal observarão o rito ordinário, ressalvados aqueles para os quais exista previsão, neste Regimento, de rito sumário ou especial.

⁵ Art. 125. São medidas cautelares, dentre outras previstas nesta Lei Complementar:

4º A decisão que deferir ou indeferir a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até dez dias.

⁶ Art. 307. Autuado e distribuído, o processo será encaminhado diretamente ao Relator, ou ao Presidente, na hipótese do art. 20, inciso XXII, deste Regimento, com absoluta prioridade, para análise.

§ 3º A decisão que deferir ou indeferir a medida cautelar determinará também a oitiva da parte, para que se pronuncie em até dez dias.

⁷ § 7º O representante será cientificado da decisão do Tribunal.

5. Membro do Ministério Público de Contas: Procurador Geral Luis Henrique Anastácio da Silva.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente