



TRIBUNAL DE CONTAS DO
ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

Conferência em www.tcees.tc.br
Identificador: C826D-77E58-61439



Acórdão 01086/2021-2 - Plenário

Processo: 00351/2021-1

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Representação

UG: CESAN - Companhia Espírito Santense de Saneamento

Relator: Márcia Jaccoud Freitas

Representante: LEONARDO DAN SCARDUA

Responsável: COMPANHIA ESPIRITO SANTENSE DE SANEAMENTO CESAN, ROBERIO LAMAS DA SILVA

Procurador: LEONARDO DAN SCARDUA (OAB: 13625-ES)

**CONTROLE EXTERNO FISCALIZAÇÃO
REPRESENTAÇÃO – COMPANHIA ESPÍRITO
SANTENSE DE SANEAMENTO – CONCORRÊNCIA
PÚBLICA Nº 029/2020 – INSUFICIÊNCIA DE
ELEMENTOS DE CONVICÇÃO – EXTINÇÃO –
ARQUIVAMENTO.**

1. A legislação de regência faculta à administração revogar o certame licitatório, com base na oportunidade e conveniência, inexistindo qualquer prejuízo ao erário quando realizada antes da homologação e, por consequência, antes da contratação a que se destinava, evitando qualquer pedido futuro de indenização à administração pelos licitantes, que eventualmente pudessem se entender prejudicados com tal medida.

2. Há ausência de elementos de convicção e, conseqüentemente, a extinção do processo sem julgamento de mérito, quando não demonstrado que o seus materiais, métodos, prazos e preços, não foram realizados nem entregues, bem como do efetivo prejuízo ao erário, resultando em ausências de elementos necessários ao deferimento de uma cautelar.

O RELATOR CONSELHEIRO SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO:

I. RELATÓRIO

Tratam os autos de **Representação com pedido cautelar**, formulada pelo senhor Leonardo Dan Scardua, advogado, narrando supostas irregularidades no Edital de Concorrência 029/2020, tornado público pela **Companhia Espírito Santense de**

Saneamento –Cesan, cujo objeto é a contratação de empresa para licenciamento ambiental, obras e serviços de implantação da ETA Caçaroca II, adutora Araças e reservatório em Vila Velha no Estado do Espírito Santo.

O Representante por meio da **Petição Inicial 99/2021-8** (e respectivas peças complementares) questiona as restrições do certame e requer:

A. O conhecimento, recebimento e processamento desta representação, na forma do art. 99, §1º, X, da LC n.º. 621/2012 c/c artigo 182, parágrafo único e 183, parágrafo único, da Resolução TC n.º. 261/2013.

B. LIMINARMENTE, ante o exposto, requer a concessão em caráter URGÊNCIA, inaudita altera pars, com base no art. 211 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, da IMEDIATA SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO 029/2020 em que é licitante a COMPANHIA ESPIRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN, bem como a aplicação do art. 125, da lei Orgânica 621/2013.

C. Sejam declarados VALIDOS os atestados de qualificação técnica que comprovarem Capacidade Técnica Similar para a execução dos serviços contidos no item 12.2 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, alíneas “f” e “g” do Edital 029/2020;

D. Alternativamente, sejam declarados NULOS os itens atacados, item 12.2 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, alíneas “f” e “g” do Edital 029/2020, para garantir o atendimento aos princípios norteadores dos procedimentos licitatórios, o representante, com o devido respeito, requer que V. Sa. julgue motivadamente a presente Representação, acolhendo-a e determinando/promovendo as alterações necessárias nos termos do Edital e seus anexos, conforme argumentos acima expostos, no que tange ao item 12.2 - QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, alíneas “f” e “g” do Edital 029/2020, quais sejam:

QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - ITEM 12.2, LETRA “F”

“(…) que comprovem a aptidão para:

- Construção de adutora DN maior que 400 mm;
- Construção de reservatório metálico em aço ou aço vitrificado;
- Construção de ETA modular exceto polímeros;
- Operação Assistida;
- Construção de subestação maior que 500 KVA.”

> QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - ITEM 12.2, LETRA “G”:

“(…) comprovando a execução de serviços de características semelhantes, de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superiores a:

- Construção de mais de 2.000 m de adutora DN maior que 400 mm;

- Construção de reservatório metálico em aço ou aço vitrificado maior que 1.500 m³;
- Construção de ETA compacta modular maior ou igual a 150 l/s, exceto polímeros;
- Operação Assistida;
- Construção de subestação maior que 500 KVA.”

E. Requer ainda que determine a suspensão/anulação do Certame 029/2020 promovido pela COMPANHIA ESPIRITO SANTENSE DE SANEAMENTO - CESAN, determinando ao Presidente da Comissão Permanente de Licitação/CESAN que suspenda/anule o presente procedimento licitatório, até que seja possível a superação completa da irregularidade constatada no edital, conforme argumentos acima expedidos.

F. Cumpridos os procedimentos legais e regimentais de fiscalização, seja o responsável, nos termos do art. 56, II, da Lei 621/2012, citado para, querendo, deduzir defesa.

Por meio de **Decisão Monocrática 00106/2021-4** (peça 05), determinei a notificação dos responsáveis, para que, no prazo de 5 (cinco) dias, se manifestassem acerca dos fatos narrados nesta Representação, nos termos do artigo 307, §3º do RITCEES.

Devidamente notificados, os representados conjuntamente apresentaram suas defesas e documentos (peças 13 e 14).

Ato contínuo, o **Núcleo de Controle Externo Meio Ambiente Saneamento e Mobilidade Urbana – NASM**, elaborou a **Manifestação Técnica de Cautelar 00018/2021-4** (peça 18), apresentando a seguinte proposta de encaminhamento, verbis:

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Ante o exposto, em respeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, sugere-se a esta Corte de Contas a:

- **admitir e conhecer** a Representação,
- em razão da ausência dos elementos necessários, **denegar pedido de cautelar quanto a suspensão do certame**,
- Em atendimento ao art. 177, inciso II da Resolução TC 261/2013,

extinguir o processo sem resolução de mérito por insuficientes elementos de convicção,

- **arquivar** os presentes autos, nos termos do artigo 176, § 3º, inciso I da Resolução TC 261/2013,
- **É como nos manifestamos e submetemos à consideração superior. Cientificar** o Representante da decisão do tribunal, nos termos do artigo 307, §7º do RITCEES.

O Ministério Público de Contas, através de Parecer 01936/2021-9 (peça 22), da 1ª Procuradoria de Contas, da lavra do douto procurador Luis Henrique Anastácio da Silva, anuiu aos argumentos fáticos e jurídicos delineados na Manifestação Técnica de Cautelar 00018/2021.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Considerando as questões apuradas, transcrevo excertos da Manifestação Técnica de Cautelar 00018/2021-4 (peça 18), onde destaco os pontos relevantes, em negrito:

Admissibilidade

Considerando os termos do artigo 184 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas - RITCEES (aprovado pela Resolução TC 261/2013), qualquer licitante pode representar ao Tribunal de Contas irregularidades na aplicação da legislação que regule licitações e contratos administrativos.

Ainda, o art. 177 c/c art. 186 do RITCEES aborda os requisitos de admissibilidade de denúncia sobre matéria de competência deste Tribunal, a saber:

...

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;

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

§ 1º A denúncia não será conhecida quando não observados os requisitos de admissibilidade previstos neste artigo.

§ 2º Caberá ao Relator o juízo de admissibilidade da denúncia.

§ 3º Na hipótese de não conhecimento, a decisão deverá ser submetida ao Plenário.

Risco, relevância, materialidade e oportunidade

Considerando o art. 177-A do RITCEES que aborda a avaliação da unidade técnica acerca dos critérios de risco, relevância, materialidade e oportunidade, como condição para o processamento imediato de fiscalização ou, conforme o caso, para composição de matriz de risco, tem-se:

...

§ 1º Para o disposto neste artigo, considera-se:

I - risco: critério pelo qual se avalia a possibilidade de algo acontecer e ter impacto nos objetivos do órgão ou entidade jurisdicionada ou de programas ou atividades governamentais, frustrando as expectativas da sociedade, sendo medido em termos de consequências e probabilidades;

II - relevância: critério pelo qual se avalia se o objeto de controle é atual, importante no âmbito do órgão ou entidade jurisdicionada e se envolve questões de interesse da sociedade, ainda que não seja material ou economicamente significativo;

III - materialidade: critério pelo qual se avalia o valor associado ao objeto de controle de modo, indicando o volume de recursos envolvidos e assegurando que a ação de controle possa proporcionar benefícios significativos em termos financeiros;

IV – oportunidade: critério pelo qual se avalia se a ação de controle está sendo proposta no momento adequado, considerando a disponibilidade de recursos humanos, de dados e de sistemas de informações confiáveis, bem como de auditores com conhecimentos e habilidades específicas e a inexistência de impedimento para sua execução.

§ 2º A análise da materialidade dos fatos que envolvam pagamentos de prestação continuada será efetuada considerando o somatório dos eventuais dispêndios já ocorridos, acrescidos daqueles previstos para os próximos cinco anos ou até a data prevista para a cessação dos pagamentos, o que ocorrer primeiro.

§ 3º A unidade técnica competente se manifestará:

I - pelo prosseguimento da instrução processual, quando a avaliação de que trata este artigo revelar, em alto grau, o risco, a materialidade ou a relevância do objeto e desde que seja constatada a oportunidade

da execução da ação de controle, hipótese em que, desde já, analisará e instruirá o processo, na forma regimental; ou

II – quando a avaliação indicar baixo risco, materialidade e relevância ou, ainda, quando a ação de controle não se mostrar oportuna, pela notificação do órgão ou entidade jurisdicionada e do órgão responsável pelo controle interno, para a adoção de providências que entenderem cabíveis, sugerindo a extinção do feito sem resolução de mérito e seu posterior arquivamento, hipótese em que se dará ciência ao denunciante.

§ 4º Extinto o processo na forma do inciso II, os fatos denunciados serão inseridos em banco de dados gerido pela Secretaria Geral de Controle Externo, subsidiando a elaboração do plano anual de controle externo.

DENÚNCIAS

Exigências no edital

Conforme Petição Inicial 99/2021 e peças relacionadas

Na descrição deste tópico, quanto a análise das irregularidades apresentadas pelo requerente, destacamos o seguinte trecho:

...

O mercado é naturalmente restrito e o objeto da licitação, complexo a ponto de reduzir a participação de empresas, sendo a competitividade reduzida por essas características. Nesse sentido, a imposição de mais restrições apenas põe em risco o princípio da competitividade.

...

Caso ainda assim V.S.a decida por manter a especificidade das comprovações da qualificação técnica, a USIPLAN requer seja apresentado parecer técnico hábil a justificar tal medida, que se configura restritiva e, portanto, não encontra espeque legal.

...

Portanto, ilegais tais critérios de qualificação técnica presentes no Edital, eis que não existe diferença, nem mesmo maior ou menor dificuldade/complexidade a construção de ETA e Reservatório em aço carbono ou aço inox.

...

Tanto assim, que a própria Carta Circular/CPL/070/2020 disponibilizada pela CPL - CESAN, em resposta a pedido de esclarecimentos, assim expressamente confirmou, verbis:

“PERGUNTA 01:

“A licitação em questão, contempla a construção de um reservatório de água tratada de 7.500m³. Apesar da licitação ser do tipo integrada solicita-se confirmação do entendimento de que, para essa estrutura, só será aceito o fornecimento de reservatórios em aço parafusado, com o processo de aplicação do revestimento em fábrica. Ou seja, não serão aceitos reservatórios cujo a junção é feito por soldas, dobras (borda dupla), e outros materiais como concreto armado, PRFV ou outras tecnologias.”

RESPOSTA 01:

Conforme o edital a estrutura deve ter"... capacidades para suportar a agressividade dos íons cloreto...". O uso do concreto e do aço comum não apresentam o resultado esperado sendo vedado seu uso. No anexo IX - FRAÇÕES DO OBJETO COM LIBERDADE PARA INOVAÇÃO ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE ÁGUA DE CAÇAROCA existe a possibilidade de alteração do tipo de material dos tanques da ETA desde que observadas as propriedades antioxidantes, estanqueidade e estruturais. Serão aceitas outras tecnologias desde que atenda a descrição feita no edital.

...

E dentre todas as normas relativas a ETA COMPACTA, NÃO HÁ NENHUMA ESPECIFICAÇÃO OU MESMO VEDAÇÃO RELATIVA A UTILIZAÇÃO DE MATERIAIS PARA FABRICAÇÃO DA ETA, podendo ser, portanto, utilizado aço carbono ou polímeros, em total discrepância com o que vem exigindo a Qualificação Técnica para fins de acervo profissional e operacional.

...

Já o ANEXO IX O DOCUMENTO TÉCNICO, norteia as frações do objeto com liberdade para inovação - Estação de Tratamento de Água de Caçaroca, sendo que quando delimita MATERIAIS, estabelece, verbis:

MATERIAL	<i>Possibilidade de alteração do tipo de material dos tanques da ETA desde que observadas as propriedades antioxidantes, estanqueidade e estruturais</i>	<i>- Os riscos/ônus decorrentes das alterações ficam inteiramente alocados ao Contratado</i>
-----------------	--	--

Conforme Defesa Justificativa 216/2021 e peças relacionadas

Na descrição deste tópico, quanto a análise da documentação apresentada pelo responsável, destacamos o seguinte trecho:

...

Dessa forma, a estação -fabricadas, permite uma instalação e operação num tempo menor em relação a outras tecnologias, considerada então uma condição importante para o escopo dessa contratação.

Ademais, as exigências técnicas foram elaboradas pela área técnica, considerando proximidade com o mar e a possibilidade de avanço da cunha salina, que exige a construção de estruturas com capacidade de suportar melhor a agressividade do meio para garantir uma obra de qualidade e com boa vida útil, pois são ambientes com a presença de íons cloreto.

...

Identificamos na petição todos os elementos para admissibilidade da denúncia e, confrontada com as alegações da defesa, verificou-se o cumprimento dos critérios para recebimento no mérito pela área técnica

Acompanhamos o entendimento que o jurisdicionado tem a obrigação de aceitar itens com qualidade técnica similar, desde que o concorrente apresente laudo técnico que ateste a similaridade para os fins que o item se destina.

Dessa forma, **entendemos que a responsabilidade de se atestar a similaridade de materiais recai a empresa concorrente, sendo, na hipótese da insuficiência de especificação do fornecedor, necessária a apresentação de documento elaborado por certificadora acreditada nos termos da ABNT NBR ISO IEC 17025 (Requisitos gerais para a competência de laboratórios de ensaio e calibração), considerando, inclusive, as condições de operação expressas pelo jurisdicionado (meio agressivo).**

Para tanto, é necessário que o jurisdicionado informe exatamente os limites de operação ao qual será submetido o material por alteração do certame ou por comunicação esclarecedora para viabilização de cláusula de economicidade prevista no Anexo IX do edital, sendo que esse esclarecimento deve ser incorporado em futuros certames que envolvam as condições e equipamentos em tela. A ausência desses procedimentos pode configurar restrição a competitividade.

Nesse sentido, esclarecemos que, frente à decisão do jurisdicionado em suspender o certame, torna-se necessário

reinterpretar a intenção do requerente, uma vez que não cabe mais ao tribunal determinar algo que já foi feito, mas por outro lado, não deve deixar de se considerar que o jurisdicionado ainda detém a capacidade de decisão em dar continuidade do certame dentro do seu escopo de discricionariedade.

Dessa forma, frente a ausência de informações acerca da salinidade e outras condições agressivas de operação dos equipamentos, que poderiam resultar em propostas mais econômicas para o jurisdicionado, deveria ser considerada a possibilidade de paralisar o certame na fase em que se encontrar.

Entretanto, diante da ausência de expectativa embasada por parte do denunciante sobre seus materiais, métodos, prazos e preços, ainda que considerada a condição de contorno precária ofertada pelo jurisdicionado, torna-se inviável sopesar a expectativa de economia frente aos custos ao jurisdicionado e a sociedade de se paralisar o certame, o que resulta em ausências de elementos necessários ao deferimento de uma cautelar nos termos expressos pelo requerente.

Nesse sentido, sequer restou provado a economia que as alterações na solução proposta pela requerente se efetivarão, de modo que nem o critério de relevância econômica não se observa, compulsando-nos pelo arquivamento.

Quanto ao prazo de montagem, essa deve ser uma preocupação exclusiva dos concorrentes, devendo, em razão de materiais ou métodos alternativos, lavrar um termo de compromisso que ratifique o conhecimento das consequências expressas no contrato em razão de eventual descumprimento de cronograma estabelecido e, além disso, a inclusão das alterações no projeto básico/termo de referência, passível de análise por parte do jurisdicionado, esclarecendo, inclusive, as medidas adotadas para cumprimento do cronograma estabelecido em consideração as alterações propostas.

No presente caso, a petição inicial relata possíveis ocorrência de irregularidades de que tenham conhecimento, bem como está redigida com clareza, apresenta informações sobre o fato e indica a provável autoria além de apontar circunstâncias.

Constata-se, ainda, que a representação veio acompanhada de indícios de provas e que versa sobre matéria afeta à competência desta Corte, estando, portanto, atendidos os requisitos de admissibilidade.

Pois bem! Com as informações prestadas o que se verifica é a ausência de elementos para desenvolvimento válido do processo, como trazido pela área técnica há ausência de expectativa embasada por parte do denunciante sobre seus materiais, métodos, prazos e preços, ainda que considerada a condição de contorno precária ofertada pelo jurisdicionado, torna-se inviável sopesar a expectativa de economia frente aos custos ao jurisdicionado e a sociedade de se paralisar o certame, quanto ao prazo da montagem, sequer restou provado a economia que as alterações na solução proposta pela requerente se efetivarão, de modo que nem o critério de relevância econômica não se observa.

Dessa forma, ante a ausência de elementos de convicção aptos a demonstrar que o seus materiais, métodos, prazos e preços, não foram realizados nem entregues, bem como do efetivo prejuízo ao erário, resulta em ausências de elementos necessários ao deferimento de uma cautelar nos termos expressos pelo requerente.

Isto posto, acompanhando o entendimento técnico e ministerial, impõe-se a extinção da presente representação sem resolução de mérito por insuficiência de elementos de convicção, nos termos do art. 177, inciso II da Resolução TC 261/2013.

III. PROPOSTA DE DELIBERAÇÃO

Ante o exposto, acompanhando o entendimento da área técnica e do Ministério Público Especial de Contas, VOTO no sentido que o Colegiado aprove a seguinte minuta de Acórdão que submeto à apreciação.

SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

Conselheiro relator

1. ACÓRDÃO TC-1086/2021-2

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

1.1. ADMITIR E CONHECER a representação;

1.2. EXTINGUIR o feito sem resolução de mérito, por insuficiência de elementos de convicção, nos termos do artigo 177, inciso II da Resolução TC 261/2013, restando prejudicado o pedido para concessão de medida cautelar;

1.3. DAR CIÊNCIA à representante e aos responsáveis do teor dessa decisão, com seu posterior **ARQUIVAMENTO** após o trânsito em julgado.

2. Unânime, nos termos do voto do então relator Sérgio Aboudib Ferreira Pinto.

3. Data da Sessão: 23/09/2021 - 50ª Sessão Ordinária do Plenário

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheira Substituta: Márcia Jaccoud Freitas (relatora nos termos do art. 86, §4º, do Regimento Interno)

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

Presidente

CONSELHEIRA SUBSTITUTA MÁRCIA JACCOUD FREITAS

Relatora nos termos do art. 86, §4º, do Regimento Interno

CONSELHEIRO SEBASTIÃO CARLOS RANNA DE MACEDO

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

CONSELHEIRO SÉRGIO MANOEL NADER BORGES

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUIS HENRIQUE ANASTÁCIO DA SILVA

Procurador-geral

LUCIRLENE SANTOS RIBAS
Secretária Geral das Sessões em substituição