# Acórdão 01346/2024-1 - Plenário

**Processo:** 01143/2024-7
**Classificação:** Controle Externo - Fiscalização - Acompanhamento
**UG:** CESAN - Companhia Espírito Santense de Saneamento
**Relator:** Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha
**Interessado**: MUNIR ABUD DE OLIVEIRA

**ACOMPANHAMENTO – ANÁLISE CONCOMITANTE DE LICITAÇÃO DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA – CONCESSÃO ADMINISTRATIVA - AMPLIAÇÃO, MANUTENÇÃO E OPERAÇÃO DO SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE APOIO À GESTÃO COMERCIAL - MANTER ACHADOS – AFASTAR ACHADOS – RECOMENDAR – DETERMINAR – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR**

**O RELATOR EXMO. SR. CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA:**

## 1. RELATÓRIO

Tratam os autos de processo de acompanhamento para análise concomitante (antes da publicação do edital) do processo administrativo licitatório da Companhia Espírito Santense de Saneamento (Cesan), autuado para promover a licitação da concessão administrativa (Parceria Público-Privada - PPP) para Ampliação, Manutenção e Operação do Sistema de Esgotamento Sanitário e Prestação de Serviços de Apoio à Gestão Comercial, em 43 (quarenta e três) municípios do Estado, divididos em dois lotes.

Assinado por RODRIGO FLAVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN 17/12/2024 17:31
Assinado por RODRIGO COELHO DO CARMO 13/12/2024 17:19
Assinado por ODILSON SOUZA BARBOSA JUNIOR 13/12/2024 16:46
Assinado por DONATO VOLKERS MOUTINHO 13/12/2024 16:18
Assinado por SERGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO 13/12/2024 16:03
Assinado por DAVI DINIZ DE CARVALHO 13/12/2024 16:01
Assinado por LUCIANO VIEIRA 13/12/2024 15:52
Assinado por LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA 13/12/2024 15:45
Assinado por DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER 13/12/2024 15:35

Em 23/2/2024, atendendo à Manifestação Técnica 538/2024-1 (evento 185), foi autuado o Processo de Acompanhamento TC 1143/2024-1, para tramitação e análise da documentação encaminhada pela Cesan com o objetivo de cumprir o disposto no art. 186-B do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Espírito Santo-TCEES (Protocolos TC 2393/2024-7, 2569/2024-9 e 2579/2024-2- eventos 2-182 e documentos complementares).

Em 22/3/2024, foi proferida a Decisão 637/2024-8 (evento 188), acolhendo as propostas de encaminhamento feitas na MT 538/2024-1, para determinar que a Cesan complementasse a documentação encaminhada e providenciasse acesso irrestrito à equipe de fiscalização ao processo eletrônico licitatório.

Em cumprimento ao determinado na Decisão 637/2024-8, a Cesan protocolizou, em 7/5/2024, mais duas remessas de documentos nos eventos 194-217 e 223-324 e documentos complementares.

Após a complementação da documentação pela Cesan, foi aberta, em 7/5/2024, a Fiscalização 22/2024-5 (eventos 218-222), que teve como produto o Relatório de Acompanhamento 11/2024-7.

Em 4/6/2024, foi prolatada a Decisão Segex 452/2024-7, que determinou a notificação da Cesan, para que, no prazo de 30 (trinta) dias improrrogáveis, apresentasse as razões de justificativa, esclarecimentos e/ou documentos que entendesse necessários, em razão do constante no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7.

Foi, portanto, expedido, em 5/6/2024, Termo de Notificação 754/2024 e, em 10/7/2024, a Cesan apresentou documentação em resposta à notificação (eventos de 334 a 349).

Assim, foram os autos encaminhados à Área Técnica para efetuar a análise de sua competência, procedendo-se assim à Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6, cuja proposta de encaminhamento foi a seguinte:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Após análises realizadas nesta Instrução Técnica Conclusiva[1], que trata do Processo TC 1143/2024, de análise concomitante do processo administrativo licitatório da Companhia Espírito Santense de Saneamento (Cesan), autuado para promover a licitação da concessão administrativa (Parceria Público-Privada - PPP) para Ampliação, Manutenção e Operação do Sistema de Esgotamento Sanitário e Prestação de Serviços de Apoio à Gestão Comercial, em 43 (quarenta e três) municípios do Estado, divididos em dois lotes, encaminham-se os autos à consideração superior, propondo-se, com fundamento nos incisos IV e V do art. 207 do RITCEES[2], o seguinte:

**a manutenção dos achados** descritos nos subitens 3.1, 3.7, 3.8, 3.9, 3.11, 3.12, 3.13, 3.14, 3.17, 3.18, 3.19, 3.20, 3.21, 3.22, 3.23, 3.24, 3.25, 3.26, 3.27, 3.30 e 3.31, conforme fundamentação contida nos respectivos subitens desta ITC;

**a expedição de determinações, ciência e recomendações à Cesan**, na pessoa de seu Sr. Diretor-Presidente, **Sr. Munir Abud de Oliveira**, com base na Resolução TC 361/2022[3], a fim de que providencie, antes da publicação do edital, as alterações/adequações, conforme fundamentação contida nos subitens 3.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9, 3.10, 3.11,3.12, 3.13, 3.14, 3.15, 3.16 3.17, 3.18, 3.19, 3.20, 3.21, 3.22, 3.23, 3.24, 3.25, 3.26, 3.27, 3.30 e 3.31 desta ITC;

**a expedição de notificação à Cesan**, na pessoa de seu Sr. Diretor-Presidente, **Sr. Munir Abud de Oliveira**, para conhecimento das deliberações, com a advertência de que a não adoção das determinações desta Corte de Contas poderá implicar na interposição de representação ou ser objeto de achado de fiscalização, com possibilidade de suspensão da licitação, imputação de débito e responsabilização dos agentes envolvidos, caso se comprove nexo causal entre suas condutas e

---

[1] Art. 319. Na fase final da instrução dos processos, constitui formalidade essencial, além do exame da unidade competente, a elaboração da instrução técnica conclusiva.
§ 1º A instrução técnica conclusiva conterá, necessariamente:
I - a narrativa dos fatos;
II - os indícios de irregularidades, se existentes, apontados no relatório e na instrução técnica inicial;
III - a análise devidamente fundamentada, com o exame das questões de fato e de direito;
IV - a conclusão, com a proposta de encaminhamento.

[2] Art. 207. Ao apreciar processo relativo à fiscalização, o Relator ou o Tribunal:
[...]
IV - determinará a adoção de providências corretivas por parte do responsável ou de quem lhe haja sucedido, no prazo de até trinta dias, quando verificadas tão somente falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não ensejem a aplicação de multa ou que não configurem indícios de débito, decidindo pelo arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo das demais providências;
V - recomendará ao responsável, ou a quem lhe haja sucedido, a adoção de providências, quando verificadas oportunidades de melhoria de desempenho, e arquivamento ou apensamento do processo às respectivas contas, sem prejuízo do monitoramento do cumprimento das recomendações;

[3] Resolução TC 361/2022
Art. 1º A elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCEES) observará o disposto nesta Resolução.
Art. 2°. Para efeito desta Resolução, considera-se:
I - determinação: deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir ou corrigir irregularidade ou ilegalidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares ou ilegais;
II - ciência: deliberação de natureza declaratória que cientifica o destinatário sobre:
a) a ocorrência de irregularidade ou ilegalidade, quando as circunstâncias não exigirem providências concretas e imediatas, sendo suficiente, para fins do controle, induzir a prevenção de situações futuras análogas; ou
b) a existência de risco relevante ao cumprimento das finalidades de órgão, entidade, sistema, programa, projeto ou atividade governamental, quando o risco não configure irregularidade ou ilegalidade; e
III - recomendação: deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo.
[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

eventuais prejuízos ao interesse público, à eficiente execução do contrato, ou ao erário;

Por fim, sugere-se que seja dada **ciência** aos interessados da decisão a ser proferida por esta Corte de Contas nos autos.

Encaminhados os autos ao *Parquet* de Contas, esse procedeu ao Parecer do Ministério Público de Contas 06324/2024-3, com a seguinte sugestão:

Ante o exposto, dissentindo em parte do entendimento da área técnica desta Corte de Contas, pugna este Parquet de Contas:

a) Preliminarmente, pela instauração de Incidente de Prejulgado com o objetivo de conferir a melhor interpretação à exceção prevista no art. 2º, inciso III, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), no que tange à aplicação às empresas públicas e sociedades de economia mista que recebem recurso do Tesouro para aumento de capital sem o correspondente aumento da participação acionária, esclarecendo, também, os reflexos do descumprimento, considerando a constatação pela área técnica desta Corte de Contas de que a CESAN tem recebido periódicos aportes de recursos orçamentários destinados ao aumento de capital, os quais são arredados da destinação que permitiria à companhia não se submeter aos rigores da LRF;

b) Preliminarmente, notifique os 43 municípios interessados, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, concedendo-lhes vista do presente processo e oportunizando o direito participar desta ação de controle, seja na condição de legítimos titulares dos serviços públicos prestes a serem concedidos à iniciativa privada, seja como terceiros interessados no bemestar de suas populações, assegurando-lhes o direito de realizar sustentação oral perante o Plenário desta Corte de Contas e de exercer seu direito de recorrer contra eventual decisão que contrarie o interesse público do ente federativo, considerando que os Contratos de Programa não podem ser convolados em instrumentos que os prive da titularidade dos serviços públicos municipais de saneamento básico ou em termos autorizativos para a prática de atos que possam prejudicar as populações dos entes federativos titulares do serviço público;

c) No que tange ao achado de auditoria A1(Q1) – Ausência de deliberação do Colegiado Regional da Microrregião de Água e Esgoto do Espírito Santo, este Parquet Contas anui integralmente ao entendimento da área técnica, no sentido de que seja expedida determinação à CESAN para que, antes da publicação do edital, (I) submeta o projeto de PPP à apreciação da Microrregião de Águas e Esgoto do Estado do Espírito Santo (MRAE), na forma dos artigos 4º, I e II, 7º, I, e 13, II e III, da Lei Complementar Estadual 968/2021, e (II) exclua dos documentos da licitação qualquer menção que afaste ou limite os influxos regulatórios diretos da agência reguladora sobre as futuras concessionárias.

d) No que diz respeito ao achado de auditoria A2(Q1) – Descumprimento de condicionantes para abertura do processo licitatório, superado o Incidente de Prejulgado suscitado, este Órgão Ministerial anui parcialmente ao posicionamento do corpo de auditores, concordando com a necessidade de submissão da CESAN à LRF, porém dissentindo em relação à proposta de encaminhamento, por entender que o caso comporta determinação e não mera, frágil e inócua recomendação;

e) Em relação ao achado de auditoria A3(Q1) – Ausência de processo licitatório, este Parquet de Contas anui parcialmente ao posicionamento conclusivo da área

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

técnica, pugnando pela manutenção do achado e pela consequente e inafastável expedição de determinação à CESAN para que encaminhe ao Tribunal de Contas os documentos não apresentados à área técnica em razão da não autuação do processo administrativo;

f) Concernente ao achado de auditoria A4(Q2) – Falta de clareza na minuta do edital, o Ministério Público de Contas anui parcialmente ao posicionamento da área técnica desta Corte de Contas, no sentido de manter a irregularidade relacionada ao envio do edital com erros de referência interna e expedir determinação à CESAN a fim de que, (I) antes da publicação do edital, providencie a juntada ao processo licitatório da versão atualizada da minuta do edital, de modo a eliminar todos os erros "Erro! Fonte de referência não encontrada" e trazer clareza às cláusulas que apresentam referido problema, e (II) providencie para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório;

g) Com relação ao achado de auditoria A5(Q2) – Restrição ilegal à adjudicação de mais de um lote pelo mesmo licitante, este Parquet de Contas anui parcialmente ao posicionamento da área técnica, manifestando-se pela manutenção do achado, cuja existência no tempo não pode ser negada, e pela expedição de determinação, nos exatos moldes propostos pelo corpo técnico, considerando que o reconhecimento da existência do achado de auditoria constitui fundamento jurídico de validade para expedição de determinação;

h) Relativamente ao achado de auditoria A6(Q2) – Impropriedades nas exigências de qualificação técnico-operacional, o Ministério Público de Contas anui parcialmente ao posicionamento da área técnica, divergindo apenas em relação à exigência de que um dos atestados da qualificação técnico-operacional seja no valor equivalente a, no mínimo, de 50% dos valores exigidos nos respectivos itens, circunstância que permite o direcionamento da licitação para as grandes empresas que dominam o mercado privado de saneamento básico no país, restringindo, assim, a competitividade.

i) Em relação ao achado de auditoria A7(Q2) – Irregularidades nas disposições editalícias sobre qualificação econômico-financeira, este Parquet de Contas anui integralmente ao posicionamento da área técnica do TCE-ES:

*Diante do exposto, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan a fim de, (I) antes da publicação do edital, (a) alterar o subitem 16.13.3 da minuta do edital de modo a excluir ou justificar com base em estudo fundamentado o índice de alavancagem (IA) e seu valor e (b) alterar o subitem 16.13.4 da minuta do edital de modo a excluir ou justificar com base em estudo fundamentado o índice de cobertura de benefícios (ICB) e seu valor, (c) juntar ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do edital e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.*

j) Com base no achado de auditoria A8(Q2) – Irregularidade nas regras editalícias sobre apresentação de propostas e lances, o Ministério Público de Contas anui integralmente à proposta formulada pela área técnica:

*Diante do ora exposto e de tudo exposto no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan a fim de, (I) antes da publicação do edital (a) excluir os subitens 17.9 e 17.9.1, eliminando quaisquer limitações ao número de licitantes que poderão participar da fase de lances, nos termos do art.75, II do RLC, (b) alterar o subitem 17.11, alínea "c" da minuta do edital de modo a definir no edital a diferença mínima entre lances, nos termos do art. 74, §1º, do RLC, (c) alterar o subitem 17.20 da minuta do edital de modo a adotar as regras de desempate previstas no art. 93 do RLC, (d) juntar ao*

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

*processo licitatório a versão atualizada da minuta do edital e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.*

Em relação aos demais achados, este Parquet de Contas anui integralmente ao posicionamento da área técnica.

Por fim, requer este Parquet de Contas que, após o início da fase externa do certame, com a publicação do edital, seja dada ampla publicidade a todos os documentos contidos neste processo, de modo a permitir à população dos 43 municípios conhecer seu inteiro teor.

**É o relatório.**

# V O T O

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

Passamos à análise dos achados, rememorando a observação da Área Técnica, no sentido de haver adotado como premissa a observância dos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade processual pela Cesan, e que não foi escopo da referida instrução técnica conclusiva a análise de todo o conteúdo da remessa de documentos feita pela Companhia (eventos 335-349), tendo sido analisados apenas os itens dos documentos que a Cesan informou ter alterado, considerando-se não alterado o restante do conteúdo desses documentos.

Desde já deve-se informar que o trabalho da Área Técnica pode ser verificado, em sua íntegra, inclusive as tabelas utilizadas, nos autos do processo eletrônico, evento 353.

### 2.1 AUSÊNCIA DE DELIBERAÇÃO DO COLEGIADO REGIONAL DA MICRORREGIÃO DE ÁGUA E ESGOTO DO ESPÍRITO SANTO

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.1 A1(Q1) - Ausência de deliberação do Colegiado Regional da Microrregião de Água e Esgoto do Espírito Santo
> 3.1.1 Critérios: Acórdão - TCEES 274/2024, item 1.3.7, Segunda Câmara; Acórdão - TCEES 504/2021, Plenário; Lei - 11079/2004, art.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

3º, §3º; Lei - 11079/2004, art. 4º, VI; Lei - 11079/2004, art. 5º, II; Lei complementar - 968/2021, art. 4º, I e II; Lei complementar - 968/2021, art. 7º, I

3.1.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

2.1.3 Situação encontrada

Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

Verifica-se, no Caderno de Justificativas (evento 3), que a Cesan não submeteu o projeto da PPP à apreciação e aprovação da Microrregião de Águas e Esgoto do Estado do Espírito Santo (MRAE), na forma dos arts. 4º, I e II, 7º, I, e da Lei Complementar Estadual 968/2021, que assim dispõem:

Art. 4º A Microrregião de Águas e Esgoto tem por finalidade exercer as competências relativas à integração da organização, do planejamento e da execução de funções públicas previstas no art. 3º desta Lei Complementar em relação aos Municípios que as integram, dentre elas:

[...]

II - apreciar planos, programas e projetos, públicos ou privados, relativos à realização de obras, empreendimentos e atividades que tenham impacto regional;

III - aprovar e encaminhar, em tempo útil, propostas regionais, constantes do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual;

[...]

Art. 7º O Comitê Técnico tem por finalidade:

I - apreciar previamente as matérias que integram a pauta das reuniões do Colegiado Regional, providenciando estudos técnicos que as fundamente;

II - assegurar, nos assuntos relevantes, a prévia manifestação do Conselho Participativo;

[...]

Art. 13. São atribuições do Colegiado Regional:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

II - deliberar sobre assuntos de interesse regional, em matérias de maior relevância, nos termos do Regimento Interno;

III - especificar os serviços públicos de interesse comum, bem como, quando for o caso, as correspondentes etapas ou fases e seus respectivos responsáveis, inclusive quanto à unificação de sua prestação;

A Cesan justificou que não há necessidade de submeter o projeto da PPP à apreciação e aprovação da Microrregião de Águas e Esgoto do Estado do Espírito Santo (MRAE) ao argumento de que (I) a PPP não caracteriza uma subconcessão ou subdelegação dos serviços objeto da "concessão imprópria" (contratos de programa), (II) continuará como prestadora dos serviços de água e esgoto em face aos titulares e aos usuários, (III) não haverá sub-rogação de direitos e obrigações, prevista no art. 26, §2º, da Lei Federal 8.987/1995 e no art. 11-A, §2º da Lei Federal 11.445/2007, às concessionárias que vencerem a licitação, uma vez que não serão titulares de direitos e obrigações, em nome próprio perante o poder concedente, (IV) em uma concessão administrativa, cuja remuneração é composta integralmente por contraprestações públicas, não há sub-rogação do parceiro privado em direitos e obrigações perante o Município e os usuários, não restando caracterizada subdelegação, (V) nos ajustes de concessão administrativa que pressupuserem a prestação de um serviço diretamente à Administração (e não ao usuário), não haverá a transferência ao parceiro privado do direito de explorar o serviço em face dos usuários, não cabendo, nestes casos, ao parceiro privado (por exemplo) exercer o direito da cobrança tarifária, mantendo uma relação jurídico-contratual diretamente com o usuário, pois o serviço será prestado à Administração e não ao usuário, (VI) o presente caso se assemelha muito mais a uma contratação típica da Lei federal 8.666/1993 pela CESAN, do que uma hipótese de subdelegação/subconcessão, na medida em que não haverá sub-rogação do parceiro privado com os usuários ou perante o Município, não sendo necessária a prévia manifestação da Microrregião para realização do projeto, pois já houve delegação (prestação indireta do

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

serviço) para a Cesan, permanecendo a Companhia como responsável pelos serviços de água e esgoto perante o titular e os usuários e, no que diz respeito aos serviços de esgoto, sendo tomadora direta dos serviços pelo futuro parceiro privado, e (VII) para fins do presente projeto, é relevante destacar que a atuação da ARSP incidirá prioritariamente sobre a Cesan, na qualidade de delegatária do serviço, e não diretamente sobre a futura Concessionária da Parceria Público-Privada (que atuará à semelhança de uma subcontratada, sem receber a (sub)delegação dos serviços).

A compreensão da Cesan sobre uma concessão administrativa é completamente distorcida e equivocada, não encontrando amparo na doutrina dominante sobre o tema.

A ideia de que uma concessão administrativa é um contrato comum ou uma subcontratação aos moldes da Lei 8.666/93 (já revogada) é a razão do equívoco da Cesan em não submeter o projeto de PPP à obrigatória apreciação e aprovação da MRAE e considerar que os influxos regulatórios do serviço concedido não recairão sobre as futuras concessionárias.

Tal equívoco é resultado da interpretação literal da Lei, sustentada principalmente pelo jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, ao considerar que ao não serem responsáveis pelo recebimento das tarifas as futuras concessionárias não teriam relação direta com os usuários e não estariam executando o contrato por sua conta e risco, uma vez que a remuneração já lhes é garantida pela Administração (Cesan), não se tratando, por isso, de uma concessão de serviço público, nos termos previstos pelo art. 2º, II e III, da Lei 8.987/95 .

Ocorre que é necessário fazer a interpretação sistemática do microssistema jurídico de concessões de serviços públicos para compreender que a expressão por conta e risco não significa assumir todos os riscos, existindo previsão expressa nos arts. 4º, VI, e 5º, III, da Lei 11.079/04 para a repartição objetiva de riscos entre os parceiros público e privado, sendo tal prática estendida às concessões comuns apesar de não existir previsão expressa na Lei 8.987/95.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Assim, a repartição de riscos entre os parceiros é característica do regime jurídico das concessões e não retira a natureza jurídica de concessão o arranjo em que o parceiro privado não receba por tarifa. Dessa forma, a manutenção da cobrança da tarifa pela Cesan nada mais é que um mecanismo contratual destinado a garantir a viabilidade da PPP e a trazer maior segurança jurídica às futuras concessionárias, uma vez que as receitas tarifárias podem não ser suficientes para fazer frente às obrigações contratuais.

Esse foi um dos motivos da criação da Lei de PPP: permitir que contratos não autossustentáveis pudessem ser contratados sob o regime de concessão de serviço público.

Pedro Menezes Niebuhr , em didática explanação, demonstra as razões do equívoco de se equiparar uma concessão administrativa a uma contratação comum, refutando o argumento utilizado pelo Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, conforme se vê a seguir:

Parte da doutrina, da qual se destaca Bandeira de Mello, sustenta que conceber a Administração Pública como usuária, pelo menos indireta, dos serviços prestados na concessão administrativa – para efeito de pagamento da contraprestação ao concessionário – equivale a desenvolver um subterfúgio legal para afastar o agente privado de uma remuneração contratual como qualquer outra. A concessão administrativa não seria uma concessão propriamente dita, mas, sim, um simples contrato de prestação de serviços com um regime diferenciado e muito mais vantajoso para o contratado que o regime geral de contratos (2005, p.721)

A crítica de Bandeira de Mello ampara-se, a todas as luzes, num dado elemento atinente à disciplina de concessão. Para o autor, e isso a presente investigação já teve a oportunidade de constatar, o elemento caracterizador da concessão em sentido amplo refere-se ao fato de que a prestação dá-se por conta e risco do concessionário. Na medida em que na concessão administrativa o parceiro público remunera integralmente o parceiro privado, não haveria que se falar em conta e risco próprios do concessionário: seria uma mera prestação de serviços ordinária, tal qual a Administração rotineiramente faz uso.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Não obstante, nas próprias concessões comuns existem circunstâncias em que a Administração Pública intervém, como na esteira do exemplo aludido na seção anterior, com subvenções para a manutenção da modicidade de tarifas. Nessa hipótese, no que tange ao concessionário, estaria o Poder Público de alguma forma garantindo a viabilidade econômica da atividade, e portanto, reduzindo os riscos de demanda insuficiente do serviço ou da obra.

O que se busca dizer é que a noção de concessão em sentido amplo não deve gravitar, exclusivamente, em torno da assunção integral dos riscos do negócio. [...] É que é mais valioso considerar como elemento caracterizador da disciplina de concessão, a própria noção de delegação de atividade relacionada a direitos fundamentais, orientadas à satisfação de necessidades políticas e coletivas, a serem prestadas sob um regime específico. (g.n.)

Assim, entendendo que o marco efetivo que caracteriza a concessão é o regime jurídico da prestação das atividades que se pretendem delegadas, importa reconhecer que, quando prestadas por particulares, estando submetidas aos princípios inerentes à atividade como a continuidade, atualidade, generalidade, cortesia, dentre outros, está-se, efetivamente, tratando de concessão. (g.n.)

[...]

Poderá o leitor perguntar qual, em termos práticos, a diferença entre um contrato ordinário de prestação de serviços e o contrato que importa delegação de serviço por concessão administrativa? (g.n.)

As diferenças fazem referência aos requisitos das contratações que acabam alterando seus regimes jurídicos. A contratação por parceria público-privada pressupõe o dispêndio de elevada soma de recursos, na ordem de pelo menos vinte milhões de reais. Aliado a isso, requer-se do parceiro privado a continuidade da prestação de determinada atividade, por prazo estendido, de até trinta e cinco anos. Afora tudo, sublinha-se a existência de contraprestação pública continuada ao parceiro privado. Todas essas características, em conjunto, diferenciam, pois, a parceria público-privada das contratações comuns rotineiramente firmadas pela Administração. (g.n.)

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Enquanto na contratação de serviços ordinária, ou terceirização, a Administração contrata simplesmente atividades de apoio à atividade administrativa principal, na delegação por concessão administrativa a prestação da atividade em que a Administração é usuária direta do serviço, deve vir acompanhada, necessariamente, da realização de investimento privado para criar, ampliar ou recuperar infra-estrutura pública (SUNDFELD, 2005, P.31). Ademais, na hipótese em que a Administração é usuária indireta da atividade, está-se contratando a prestação da própria atividade destinada à satisfação do interesse público primário. Em qualquer caso, vale lembrar, os beneficiários finais da atividade são os administrados em geral, a coletividade, o que configura a execução de um serviço público em sentido amplo.

Em termos teóricos, e este é o verdadeiro sentido da concessão administrativa, trata-se de delegar sob o regime de concessão de serviços uti universi, a serem disponibilizados à coletividade em geral, ou, ainda, serviços de natureza social, também prestados à coletividade, mas no caso, usufruídos singularmente. (g.n.)

Parte-se da tentativa de superar as dificuldades impostas pela disciplina de concessão comum que prevê o custeio de atividade, basicamente, por tarifas cobradas de seus usuários. (g.n.)

A pretensão da parceria público-privada em viabilizar a concessão desta espécie de atividades, amparando-se no primado da eficiência, visa prestigiar a promoção do bem-estar coletivo. Superando as dificuldades enfrentadas pela concessão comum para a delegação de atividades incapazes de serem custeadas diretamente por seus usuários ou beneficiários, busca se assegurar a adequada e moderna prestação de determinado serviço, atendendo à exigência do art. 175, parágrafo único da CRFB. (g.n.)

Almejando a prestação ideal de determinada atividade, está-se, ademais, a atender de modo mais efetivo, producente, os fundamentos do Estado brasileiro elencados no art. 3º da CRFB.

[...]

O saneamento ambiental, tal qual destaca Floriano de Azevedo Marques Neto, [...] é o conjunto de atividades administrativas

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

consideradas serviços públicos em sentido amplo77 que, dadas as externalidades78 negativas, tornam dificultoso seu tratamento como atividade meramente econômica, da mesma forma que, por envolver atividades indivisíveis, tem a delegação de sua prestação dificultada por concessão comum (In: SUNDFELD, 2005, p.311). (g.n.)

[...]

Em que pese por longo tempo ditas variantes terem obstado a delegação de atividades de saneamento, a possibilidade, agora, de remuneração do parceiro privado integralmente pelo parceiro público através de contraprestação contínua, recomenda a transferência de sua execução nos molde de parceria público-privada por concessão administrativa. (g.n.)

As concessões comuns, patrocinadas ou administrativas são operadas sob lógica distinta das contratações comuns, antes reguladas pela Lei 8.666/93, agora pela Lei 14.133/21. Dentre as diferenças, uma das principais é o sistema de financiamento, denominado project finance .

Quer-se dizer com isso que a lógica econômica das concessões, inclusive a da concessão administrativa, é a de que o parceiro privado terá que obter financiamentos para fazer frente aos investimentos massivos no início do contrato, sendo, regra geral, remunerado por estes investimentos somente após a entrega do objeto (Art. 7º, caput, da Lei 11.079/04), por meio de contraprestações que perpassam todo o prazo contratual.

Nesse sentido, fica evidenciado que é uma lógica totalmente diferente daquela dos contratos comuns, em que o contratado não precisa se capitalizar para grandes investimentos, uma vez que receberá após a medição de cada etapa realizada da obra/serviço.

Outra diferença fundamental entre contratos comuns e concessões está no regime jurídico. No regime jurídico das concessões, há ampla liberdade de atuação para os concessionários, que são vinculados ao fim (desempenho) e não aos meios. Já nos contratos comuns, os contratados são vinculados ao projeto básico apresentado pelo órgão/ente público.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Além disso, as Leis 8.987/95 e 11.079/04 estabelecem características específicas para as concessões totalmente distintas daquelas previstas para as contratações comuns.

Oportuno colacionar os entendimentos doutrinários dominantes sobre o tema, que destacam com riqueza de argumentos a enorme diferença entre as contratações comuns e as concessões administrativas e demonstram a absoluta falta de acerto dos argumentos utilizados pela Cesan para tentar equiparar os institutos e evitar a submissão do projeto à MRAE e os influxos regulatórios diretos sobre as futuras concessionárias:

MAURÍCIO PORTUGAL RIBEIRO

I.1 – A ambigüidade da expressão “PPP”

Um lanço de olhos sobre os debates nos jornais ou sobre periódicos mais especializados ao longo da tramitação do projeto de lei federal de PPP tornava possível a percepção de que:

(a) Ora a sigla PPP era utilizada com uma conotação genérica, que abrangia todas as formas de relacionamento contratual de longo prazo entre Administração Pública e particulares, remetendo ao que geralmente se apelida, em Português, “parcerias da Administração Pública” ou, em Inglês, public-private partnerships.

(b) Ora a expressão era utilizada para designar um tipo específico de relacionamento entre Poder Público e iniciativa privada, semelhante a contratos de concessão de serviços públicos, que incluíssem o pagamento pela Administração, ao concessionário, de alguma forma de subsídio.

(c) Ora o sintagma “PPP” era utilizado para se referir a contratos firmados nos moldes do programa de Private Finance Initiative – PFI1 da Inglaterra, ou seja, contratos com estrutura econômica semelhante à dos contratos de concessão de serviço público2 e que se destinavam à prestação de serviços pelo parceiro privado à Administração ou ao público3 (por exemplo, a disponibilização e manutenção de prédios escolares4), em que a remuneração do parceiro privado seria realizada, em regra, por meio de pagamento de subsídio integral pelo Poder Público. As atividades realizadas no

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> âmbito desses contratos não necessariamente configuram serviço público (no sentido do art. 175 da CF) e, por isso, muitas vezes estão submetidas ao regime da atividade econômica em sentido estrito5.
> Foi nos sentidos “b” e “c” que a Lei 11.079/2004 utilizou a expressão “PPP”. [...]
> A principal semelhança entre os sentidos da expressão “PPP” mencionados nos itens “b” e “c” está na estrutura econômica dos contratos a que se referem. Em ambos os casos cuida-se de contratos pelos quais se exige do parceiro privado investimento considerável17 na implementação ou melhoria de uma infra-estrutura, cuja amortização e remuneração se obtêm por meio da exploração (operação e manutenção) dessa infra-estrutura pelo mesmo parceiro privado. É esse o traço comum entre os dois sentidos de “PPP” absorvidos pela Lei 11.079/2004. (g.n.)
> E, como demonstraremos com mais vagar nos itens a seguir,18 isso justifica não apenas o uso do rótulo “PPP” para ambos os sentidos, mas, também, sua assemelhação às concessões comuns de serviço público (por meio da atribuição do rótulo de “concessão patrocinada” e “concessão administrativa”) e sua disciplina conjunta no âmbito da Lei 11.079/2004. (g.n.)
> [...]
> I.3 – Definindo as PPPs pela sua estrutura econômica
> Nos itens anteriores aludimos à semelhança entre as estruturas econômicas das PPPs brasileiras, das concessões comuns e dos contratos inseridos no programa britânico de PFI. Cabe, agora, deter-nos sobre os desdobramentos da estrutura econômica das PPPs. Isso nos permitirá, além de precisar melhor os contornos das PPPs, perceber mais claramente a razão da existência de um regime legal específico para elas, assim como para as concessões comuns de serviço público em oposição ao regime geral dos contratos administrativos de prestação de serviços.23-24
> Como já aludido, as PPPs requerem um investimento pesado do parceiro privado em uma infra-estrutura para a prestação do serviço, cuja amortização e remuneração se fazem pela cobrança de tarifa dos

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

usuários, complementada por alguma forma de subsídio público ou pelo pagamento integral por parte da Administração Pública.

A necessidade de amortizar um investimento de montante elevado por meio da exploração do próprio serviço requer prazos mais longos para os contratos de PPP em comparação aos contratos comuns de prestação de serviço.25 (g.n.)

Daí por que a Lei de PPP – assim como a Lei de Concessões – excepciona o princípio, constante da Lei 8.666/1993, da vinculação do prazo de validade dos contratos de prestação de serviços à vigência dos créditos orçamentários (que é de um ano). 26 (g.n.)

Permite a Lei de PPP a fixação de prazo máximo para o contrato, incluindo renovações, de 35 anos. Por sua vez, a Lei Geral de Concessões, a Lei 8.987/1995, não estabelece um prazo máximo para os contratos de concessão comum, tendo, entretanto, algumas leis especiais estabelecido prazo máximo para as concessões nos setores econômicos que disciplinam.27

Observe-se que, ao transferir em conjunto para um mesmo parceiro privado as obrigações de realizar o investimento na infra-estrutura e de explorar o serviço, os contratos de PPP, assim como os de concessão comum, promovem alteração relevante na lógica econômica subjacente aos contratos de prestação de serviço comuns. (g.n.)

[...]

Além disso, a transferência, em conjunto, para o parceiro privado da responsabilidade por fazer os projetos (básico e executivo),32 financiar, construir, operar e manter o serviço permite que o Poder Público foque o processo de fiscalização apenas nos resultados finais, nos níveis de serviço disponibilizados ou prestados, deixando ao parceiro privado a escolha sobre o melhor modo, a melhor tecnologia, os melhores meios de prestar o serviço. Isso é uma mudança fundamental em relação à nossa tradição de fiscalização de obras públicas ou dos contratos de compra ou fornecimento de materiais. (g.n.)

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Nos contratos de obra há um procedimento para fiscalização dos meios utilizados para a construção. Há também um procedimento para recebimento da obra. Pronta a obra, o Poder Público fica responsável por sua operação e manutenção. Daí a necessidade de uma fiscalização muito próxima, para garantir que os custos de manutenção e operação da obra não estejam acima dos esperados por conseqüência de inadequações ou deficiências ocultas. (g.n.)

[...]

Esse deslocamento do foco do Poder Público para os resultados do serviço assegura também ao parceiro privado maior espaço para a geração de ganhos de eficiência na prestação do serviço.33

[...] Assim, por exemplo, o art. 18, XV, da Lei 8.987/1995, ao exigir que constem do edital de licitação de concessão “elementos do projeto básico” da obra, flexibilizou a regra constante do art. 7o, § 2o, I, da Lei 8.666/1993, que requer projeto básico das obras como condição da abertura do processo de licitação. Essa flexibilização permitiu que diversas licitações de concessões comuns de serviço público fossem modeladas com respaldo em estudos cujo objetivo era antes a definição dos indicadores de resultado a serem obtidos pelo concessionário que os meios (soluções técnicas, ou de engenharia) para a execução do serviço. (g.n.)

[...]

II.2 – A concessão administrativa

[...]

Aqui, o objetivo do legislador é um pouco diverso daquele que norteou a criação das concessões patrocinadas. As concessões administrativas destinam-se a tornar viável a aplicação da estrutura econômica das concessões de serviço público a contratos de prestação de serviços que já podiam ser celebrados sob a égide da Lei 8.666/1993. (g.n.)

[...]

Duas dúvidas, entretanto, emergem sobre os bordos que conformam a noção de concessão administrativa. A primeira é sobre a possibilidade de empregar as concessões administrativas para a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

prestação de serviços públicos. O dispositivo legal fala em “prestação de serviços de que a Administração seja a usuária direta ou indireta” – o que não exclui serviços públicos. A nossa opinião é que sim, que é possível usar a concessão administrativa para exploração de serviços públicos, pois a estrutura legal que incide sobre a concessão administrativa não é essencialmente diferente da aplicável às concessões comuns de serviço público.78 Perfeitamente viável nos parece, por exemplo, a contratação, sob a forma de concessão administrativa, do provimento de infra-estrutura rodoviária cujos pagamentos ao parceiro privado sejam baseados, por exemplo, em pedágio-sombra (shadow toll), nos moldes do utilizado nas SCUT (Sem Cobrança ao Utilizador) portuguesas – ou seja, a Administração Pública obriga-se a pagar contraprestação em valor variável de acordo com a quantidade e tipo dos veículos que efetivamente utilizarem a rodovia. 79 (g.n.)

A segunda dúvida é sobre os limites entre os contratos de prestação de serviços previstos na Lei 8.666/1993 e as concessões administrativas. Apesar do esforço legislativo em separar o regime desses contratos, o conceito legal de concessão administrativa deixou, ainda, algum espaço para controvérsia sobre o assunto. A questão merecerá desdobramento específico nos comentários ao art. 3o, a seguir.

[...]

II.5 – Em que situações é vedada a celebração de PPP?

O § 4o estabelece as vedações à realização de PPP. O ponto requer atenção especial, porque deságua na questão sensível do estabelecimento de fronteiras especialmente entre os contratos de prestação de serviço comuns previstos na Lei 8.666/1993 e as concessões administrativas. (g.n.)

A questão tem importância fundamental, porque a criação das concessões administrativas pela lei se, por um lado, torna viável uma série de projetos que antes não era possível implementar nos estritos limites da Lei 8.666/1993, pode, por outro lado, dar margem à fraude

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

com objetivo de conceder injustificadamente a prestador de serviço as garantias que a Lei de PPP permite dar ao parceiro privado. (g.n.)

[...]

Perceba-se que, ao exigir um valor mínimo para o contrato de PPP, a lei estabeleceu uma fronteira entre os contratos de prestação de serviço sujeitos exclusivamente à Lei 8.666/1993 e os contratos de concessão administrativa, sujeitos ao regime previsto na Lei de PPP. (g.n.)

A concessão administrativa deve ser utilizada apenas quando presentes as razões econômicas – quais sejam, a nosso ver, especialmente (i) a necessidade de contratos de longo prazo para permitir a amortização e a remuneração do investimento, (ii) a possibilidade e conveniência no caso concreto de se adotar especificações de resultado objetivas e estáveis com o fim de aferir o cumprimento das obrigações contratuais e (iii) a probabilidade de se obter ganhos de eficiência na atribuição da responsabilidade de diversas atividades a uma mesma pessoa, por exemplo, o detalhamento do projeto de engenharia, o financiamento da obra de infra-estrutura, sua construção, operação e manutenção ao longo de um considerável período de tempo. (g.n.)

O limite mínimo de R$ 20 milhões do valor do contrato toca justamente duas dessas razões, a primeira e a terceira, pois, (i) se não há investimento relevante, também não é necessário prazo longo para sua amortização e remuneração, e (ii) a possibilidade de ganhos de eficiência fica tanto mais reduzida quando menor for o valor do investimento.

[...]

A ratio por trás das concessões patrocinadas e administrativas é de contratos que demandam investimentos relevantes dos particulares em infra-estrutura para prestação do serviço, cuja amortização e remuneração se dão pela exploração dessa infra-estrutura ao longo da execução dos contratos. Ora, obedecida essa lógica, as PPPs serão, em regra, contratos de médio ou longo prazos.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Só isso, entretanto, não justifica a vedação. A intenção, novamente, é criar linha divisória entre as concessões administrativas e os demais contratos de serviços submetidos à Lei 8.666/1993. O meio, contudo, não alcança o desiderato. Mantidas as outras condições, bastaria aumentar o prazo do contrato para submetê-lo à Lei de PPP. Aliás, como já notamos no item II.5.1, acima, a dilação do prazo do contrato pode ser utilizada de maneira fraudulenta para aumento do valor do contrato de maneira a atingir o valor mínimo que permita sua submissão à Lei de PPP. Tudo para obter sorrateiramente a concessão ao parceiro privado de garantias que a Lei 11.079/2004 permite à Administração conferir em contratos de PPP (por exemplo, as garantias de pagamento da contraprestação do ente público). (g.n.)

Esse tipo de fraude só pode ser evitado pela verificação, caso a caso, da existência das razões econômicas e jurídicas para a utilização da forma de PPP, para a dilação do prazo do contrato e para outorga de garantias de pagamento. (g.n.)

[...]

Quanto mais o contrato é de capital intensivo, mais conveniente tende a ser a adoção da estrutura econômica de concessão. Quanto mais se aproxima de um contrato de mão-de-obra intensiva, mais conveniente será caracterizá-lo como mera prestação de serviços. (g.n.)

Além disso, como balizador para decisão do gestor público, deve-se considerar que são sempre preferíveis contratos de duração mais curta aos de duração mais longa. A principal justificativa dessa assertiva está no fato de os contratos de curto prazo exigirem realização freqüente de licitação, que é, por excelência, um procedimento competitivo e, como tal, meio para a transmissão ao Poder Público de ganhos de eficiência eventualmente obtidos ao longo dos anos pelos potenciais parceiros privados. Utiliza-se, assim, da concorrência e do livre mercado como instrumento para garantir à Administração a melhor relação qualidade/custo na prestação dos serviços. (g.n.)

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Portanto, a escolha do prazo do contrato não é arbitrária. Trata-se de uma decisão técnica, com vistas à correta alocação de incentivos econômicos. No mais, é necessária análise do projeto, da sua modelagem econômica, financeira e jurídica, para verificar em que medida se justifica sua submissão à Lei de PPP.

_____

33. Isso implica uma série de diferenças entre o regime legal das concessões e dos demais contratos administrativos. Por exemplo, enquanto nos contratos de obra é necessário cuidado extremo com o cumprimento de especificações detalhadas estabelecidas pelo Poder Público, nos contratos de concessão, como é o concessionário quem vai operar o serviço por diversos anos, pode o Poder Público, no processo de fiscalização, enfatizar o cumprimento dos níveis de serviço pactuados, estimulando, assim, a eficiência do concessionário e deixando em segundo plano o cumprimento detalhado de especificações do bem. Aliás, a tendência em concessões de serviço é o que se tem chamado de definição qualitativa dos níveis de serviço. Por exemplo, em relação à exploração de rodovias, ao invés de o Poder Público especificar exatamente as obras a serem realizadas pelo concessionário, estabelece os níveis de serviço, de tráfego etc., que permitem exigir do concessionário a realização de novas obras sempre que os níveis de serviço caírem aquém do padrão qualitativo estipulado no contrato. Assim, se o aumento do tráfego ocorre de tal modo que a rodovia passa a apresentar congestionamentos inesperados, o Poder Público pode, então, exigir a execução de novas obras, com vistas a manter os níveis qualitativos de prestação de serviço pactuados no contrato. Nas concessões de rodovias federais esta tendência se manifesta na adoção dos assim chamados PERs (Planos de Exploração de Rodovias) qualitativos, em lugar dos antigos planos quantitativos, que previam no momento da celebração do contrato todas as obras e investimentos a serem realizados pelo concessionário. (g.n.)

FLORIANO DE AZEVEDO MARQUES NETO

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Por isso afirmar, no conceito acima, que compete à iniciativa privada a estruturação e o financiamento1 do negócio público, indicando a efetiva participação do privado nas principais decisões contratuais. Não apenas na fase de modelagem do projeto a posição do privado se mostra mais decisiva, mas assim também se verifica em todas as fases de execução do objeto contratual (execução, conservação e operação). Assim, a designação parceria não se limita ao associativismo típico dos contatos públicos, mas vai além para designar um modo de relacionamento público-privado em torno de um projeto de alta complexidade e de vultos (sic) valores (...). (g.n.)

1.2. Elementos conceituais das PPPs em sentido estrito

1.2.1. Natureza contratual

Primeiramente, as PPPs têm natureza contratual. Isso significa que, para todos os fins de regime jurídico, as PPPs devem ser compreendidas como contratos públicos, mais especificamente, contratos de concessão. A referência à natureza contratual é dada pela própria redação do art. 2º, caput, da Lei 11.079/2004, segundo a qual "[p]arceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa" (destaquei). Trata-se, portanto, de um contrato de concessão, de modo que a edição da Lei 11.079/2004 determinou a criação de duas novas modalidades de concessão – a concessão patrocinada e a concessão comum – e renomeou as concessões regidas pela Lei 8.987/95, as quais passam a ser conhecidas como concessões comuns. A Lei 11.079/2004 pressupõe uma concepção de concessão entendida como instrumento de delegação da prestação de serviços públicos ao particular. (g.n.)

LEANDRO MARINS DE SOUZA

Nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei n. 11.079/2004, "concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens", donde se extrai a existência de dois tipos de concessão administrativa: i) a concessão administrativa de serviço público, em

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

que o concessionário prestará serviço público aos usuários sem a cobrança de tarifa, sendo remunerado exclusivamente pela Administração Pública, usuária indireta dos serviços; e ii) a concessão administrativa de serviços ao Estado, em que o concessionário prestará serviços diretamente à Administração Pública.348 (g.n.)

Observa-se que, fundamentalmente, as concessões administrativas de serviços públicos diferem das concessões patrocinadas pelo fato de nestas haver parcela de remuneração por tarifa necessariamente; as concessões administrativas de serviços ao Estado, por sua vez, diferem das concessões patrocinadas quanto ao objeto e quanto à remuneração tarifária nestas existente.

[...]

Destina-se exatamente aos casos em que não seja possível ou conveniente a cobrança de tarifas, o que ocorre em diversas situações. (g.n.)

Nos serviços prestados pelo Estado não é possível, frequentemente, reclamar contrapartidas dos usuários. Em algumas hipóteses, há previsão constitucional de gratuidade na prestação dos serviços, como ocorre na prestação de serviços de saúde (art. 198, § 1º, CF) e de ensino (art. 206, IV, CF). Em outras situações, há decisão política de não onerar os usuários do seviço (sic) ou da obra pública (por exemplo, as concessões de rodovias com 'pedágio-sombra', mecanismo pelo qual o Poder Público remunera o concessionário segundo uma estimativa de utilização, não havendo pagamento de pedágio pelo usuário direto do serviço).350 (g.n.)

Materialmente, a lei impede a formatação de concessão administrativa que tenha "como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública" (artigo 2º, § 4º, III), hipóteses que estariam sujeitas ao regime da Lei n. 8.666/93. Seu objeto, em verdade, "é a terceirização da gestão do serviço, podendo ou não envolver obra, fornecimento e instalação de bens".351

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Pressuposto necessário à concessão administrativa, portanto, é a autonomia empresarial352, uma das características que a afasta do regime de mera empreitada de obra ou serviço. (g.n.)

[...]

_____

352 “A concessão administrativa, enquanto delegação da gestão de determinada infra-estrutura administrativa deve, em primeiro lugar, assegurar ao concessionário autonomia empresarial no desenvolvimento da atividade, podendo definir a maior parte dos meios que julga aptos a alcançar os objetivos estabelecidos contratualmente. Essa autonomia de gestão decorre inclusive da vedação de as parcerias público-privadas se dirigirem unicamente ao fornecimento de mão-de-obra, ao fornecimento e instalação de equipamentos ou à execução de obra pública (art. 2º, § 4º, III, Lei n. 11.079/2004)” (ARAGÃO, Alexandre. Op. cit., p. 16). (g.n.)

MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO

8.8.1 Concessão

8.8.1.1 Conceito e modalidades

[...]

Sob o aspecto material, de seu conteúdo, assim se distinguem: na concessão de serviços públicos e de obra pública, na concessão patrocinada e na concessão administrativa, o Estado delega ao concessionário a execução de um serviço público ou de uma obra que seriam de sua atribuição; é uma parcela de poderes, direitos, vantagens ou utilidades que se destacam da Administração e se transferem ao concessionário. (g.n.)

Pela análise dos documentos licitatórios trazidos aos presentes autos, não resta dúvida alguma de que a contratação segue a lógica das concessões e não a das contratações comuns (não se constatando fraude por parte da Cesan para se beneficiar das vantagens oferecidas pela Lei 11.079/2004), sendo evidente (I) a estruturação de um project finance (uma vez que a contraprestação pública mensal não é capaz de pagar a totalidade dos investimentos a serem feitos no início do contrato, gerando um pay back de longo prazo para

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

recuperação do capital investido), (II) a autonomia da futura concessionária na escolha dos meios que usará na prestação do serviço para atingir as metas estabelecidas, (III) o caráter não vinculante do projeto público de referência, (IV) a obrigatoriedade de constituição de sociedade de propósito específico (SPE), (V) a vinculação da remuneração do parceiro privado a seu desempenho e (VI) a alocação de riscos ao parceiro privado.

Diversamente do que argumenta a Cesan, (I) a concessionária prestará os serviços em nome próprio (sub-rogando-se automaticamente , na forma da lei, nos direitos e obrigações do contrato de programa, naquilo que for objeto da PPP, assumindo e respondendo diretamente pelos riscos do negócio) e (II) a concessão administrativa é uma forma de delegação de serviço público, nos termos dos artigos 2º, caput, e 4º, III, da Lei 11.079/2004 e do art. 2º, II e II, da Lei 8.987/95 , que preconizam que as PPP são contratos de concessão, que por sua vez são delegações da prestação dos serviços públicos a pessoa jurídica, que os prestará por sua conta e risco e terá seus investimentos remunerados e amortizados pela exploração do serviço ou da obra.

Contrariamente, também, ao que afirma a Cesan, o fato de a Companhia manter a cobrança das tarifas não significa que as futuras concessionárias não prestarão o serviço em nome próprio e serão apenas prestadoras de serviços à Cesan e não aos usuários, pois, como visto no parágrafo anterior, a sub-rogação ao concessionário se dá nos limites do objeto da PPP, que, por opção negocial, a Cesan escolheu não subdelegar a cobrança de tarifas.

Oportuno frisar que a questão dos influxos regulatórios recaírem diretamente sobre as concessionárias das PPP, quanto ao objeto contratual dessas parcerias, já foi pacificada pelo TCEES no Acórdão TC-Plenário 504/2021-6 (Processo TC1720/2017-1), de 4/5/2021, esperando-se que a Cesan já tivesse internalizado tal entendimento a seus novos projetos de PPP, conforme se vê a seguir:

2.2.4 DAS DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

No bojo da Instrução Técnica Conclusiva 2480/2019, a Área Técnica propôs o seguinte:

6.4.1. expedir DETERMINAÇÃO à ARSP, na pessoa de seu Diretor-Geral, a fim de que fiscalize diretamente a Cesan e a CSSA na prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário no município da Serra, aplicando-lhes, quando cabíveis, as penalidades de advertência e multa previstas em lei e no Contrato de Programa firmado entre o município da Serra, o estado do Espírito Santo e a Cesan, nos termos da fundamentação contida no subitem 4.3 desta ITC;

6.4.2. expedir DETERMINAÇÃO à Concessionária de Saneamento Serra Ambiental (CSSA), na pessoa de seu Presidente, a fim de que (a) realize, no prazo de 90 dias, caso ainda não tenha feito, os estudos de diluição e autodepuração de todos os corpos hídricos receptores de efluentes provenientes das ETEs por ela operadas no SES da Serra, apresentando-os a esta Corte de Contas, para o fim de serem juntados ao presente processo, no prazo de 90 dias, (b) apresente, também no prazo de 90 dias, todas as outorgas de lançamento de efluentes em corpos hídricos já obtidas perante as autoridades, referentes à ETEs por ela operadas no SES da Serra, tudo conforme fundamentação contida no subitem 4.1 desta ITC;

6.4.3. expedir RECOMENDAÇÃO à Agência Estadual de Recursos Hídricos (AGERH), a fim de que inclua no escopo de suas fiscalizações a verificação do cumprimento, pela Cesan e pela CSSA, das condicionantes ambientais (normativas e também as constantes nas respectivas Portarias de Outorga) relativas ao lançamento de efluentes provenientes das ETEs por elas operadas
nos corpos hídricos receptores.

Em relação à primeira sugestão de determinação, item 6.4.1, penso que essa se coaduna mais com a qualidade de recomendação, por se tratar da execução de uma competência a ser exercitável pela agência regularidade, não se tratando de um ato único e específico a ser praticado e, portanto, monitorável por esta Corte. (g.n.)

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Quanto às demais, penso que ambas devem ser agregadas, devido ao fato de a determinação constante do item 6.4.2, por uma questão de pertinência temática, ser primariamente fiscalizável pela agência reguladora pertinente, que deverá verificar a existência e a higidez dos estudos de diluição e autodepuração de todos os corpos hídricos receptores de efluentes provenientes das ETEs por ela operadas no SES da Serra. Assim, eventuais desconformidades, por um dever de ofício, certamente deverão ser comunicadas a esta Corte, sem prejuízo de a Área Técnica, na forma regimental, também o requisitar para o exercício das suas fiscalizações.

[...]

1. ACÓRDÃO TC-504/2021 – PLENÁRIO

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

[...]

1.3. EXPEDIR, nos termos do artigo 329, § 7º da Resolução TC 261/2013

(RITCEES), as seguintes RECOMENDAÇÕES:

1.3.1. RECOMENDAR à Agência Reguladora de Serviços Públicos (ARSP), na pessoa de seu Diretor-Geral, a fim de que fiscalize diretamente a Cesan e a CSSA (ou eventual substituta) na prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário no município da Serra, aplicando-lhes, quando cabíveis, as penalidades de advertência e multa previstas em lei e no Contrato de Programa firmado entre o município da Serra, o estado do Espírito Santo e a Cesan, nos termos da fundamentação contida no presente Acórdão.

Assim, não pode a Cesan usar o termo concessão administrativa para aplicar os dispositivos da Lei 11.079/2004 no que lhe for conveniente (prazo do contrato muito maior que nas contratações comuns, regime econômico do negócio [project finance], garantia do parceiro público, remuneração vinculada ao desempenho) e querer retirar sua natureza jurídica de concessão para evitar a aplicação dos termos da

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

referida Lei que não lhe sejam convenientes (delegação do serviço, sub-rogação legal de direitos e obrigações à concessionária, influxos regulatórios diretamente nas concessionárias), nos precisos termos do § 3º do art. 3º da Lei 11.079/2004 , que dispõe que os contratos que não forem de concessão continuam disciplinados pela legislação que regula as contratações comuns, sendo as PPP regidas pela Lei 11.079/04 e, no que couber, pela Lei 8.987/95.

Finalmente, cabe destacar que a primeira recomendação feita Parecer PGE/PPE 319/2023 (evento 201, fls. 146-174) foi justamente no sentido de que o projeto deveria passar pela aprovação da MRAE, conforme se vê a seguir:

13. Recomenda-se, com efeito, que a CESAN inste a Secretaria Estadual de Saneamento, Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado do Espírito Santo (SEDURB) a se manifestar quanto à previsão de instalação do Colegiado Regional para que, em momento oportuno, a MRAE manifeste a autorização de que cuida o art. 13, VII acima transcrito (RECOMENDAÇÃO Nº 01).

Esta Corte de contas já decidiu, recentemente, no sentido da necessidade da aprovação de projeto de concessão se serviço público de saneamento básico pela MRAE, no Acórdão TCEES 274/2024-8 – Segunda Câmara, item 1.3.7, que tratou do processo de acompanhamento de análise concomitante do processo licitatório para concessão dos serviços de água e esgotamento sanitário no Município de Sooretama.

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação para que comprove nos presentes autos, antes da publicação do edital, (I) a aprovação do projeto de PPP pela Microrregião de Águas e Esgoto do Estado do Espírito Santo (MRAE), na forma dos arts. 4º, I e II, 7º, I, e da Lei Complementar Estadual 968/2021 e (II) e a exclusão dos documentos da licitação de qualquer menção que afaste ou limite os influxos regulatórios diretos das agências reguladoras sobre as futuras concessionárias.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

3.1.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou em suas justificativas (evento 335) que:

A1 – Ausência de deliberação do Colegiado Regional da Microrregião

O d. NDR fixou entendimento no sentido que (i) seria necessária aprovação do Projeto pela Microrregião de Águas e Esgoto do Estado do Espírito Santo (“MRAE”) e (ii) seria necessário excluir dos documentos de licitação qualquer previsão que pudesse afastar ou limitar os influxos regulatórios diretos das agências reguladoras sobre as futuras concessionárias.

Com a devida vênia, a CESAN mantém o entendimento de que não é necessária aprovação do Colegiado Microrregional (“CM”) da MRAE e entende que não há necessidade de reparos aos documentos do Projeto no que diz respeito a um suposto afastamento dos influxos regulatórios da Agência de Regulação de Serviços Públicos do Espírito Santo (“ARSP”).

Passa-se a expor as razões que sustentam tais entendimentos.

Desnecessidade de deliberação do Colegiado Microrregional

Preliminarmente, cabe esclarecer o sentido da comparação que foi realizada entre a contratação da PPP do Projeto e a Lei Federal 8.666/1993 (antiga Lei Geral de Licitações – “ALGL”).

Em nenhum momento a CESAN tomou o Projeto como uma contratação que se submeteria ao regime jurídico (simplificado) de obras e serviços da ALGL.

Esse ponto fica evidente com base na modelagem empreendida e o resultado traduzido nos documentos estruturados, os quais refletem propriamente o caráter especial dos contratos concessórios, em linha com o art. 175, parágrafo único, da Constituição Federal2: (i) longo prazo da avença; (ii) complexidade do objeto com a contratação de substanciais investimentos pela concessionária voltados à adequação e manutenção do nível de serviço (construção, prestação e gestão de serviços ou infraestruturas públicas dentro dos parâmetros e indicadores delineados na legislação ou no contrato; ou seja, manutenção do serviço adequado); (iii) “deslocamento" de obrigação de financiamento à concessionária pelo concedente, cuja

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

remuneração advirá de usuários do serviço de acordo com a política tarifária aplicável (ou por meio de contraprestações, no caso do Projeto); e (iv) lógica de resultados, com a devida liberdade de meios para a concessionária alcançar os resultados.

A alusão às contratações típicas da ALGL serve apenas para especificamente ilustrar a ausência de sub-rogação da futura concessionária na posição jurídica que a CESAN ocupa, – e continuará ocupando –, perante os Municípios no âmbito dos Contratos de Programa.

E a principal consequência dessa constatação, que se refere a tema que não foi colocado em xeque pelo NDR, seria a inaplicabilidade do limite de 25% referente à subdelegação dos serviços,

_____

2 Art. 175, Constituição Federal: “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado

prevista pelo art. 11-A da Lei Federal 11.445/2007 (Lei de Saneamento Básico – “LSB”)3, já que a interpretação sistemática das regras desse dispositivo impelem ao entendimento de que essa subdelegação pressupõe a sub-rogação de direitos e deveres. Nessa linha, transcreva-se lição de Fernando Vernalha:

“Mais do que isso, a interpretação sistemática das regras do art. 11-A conduz ao entendimento de que a sujeição de um arranjo de parcerias público-privadas à incidência daquele limite dependeria não apenas da existência de subdelegação (típica), mas de subdelegação com a sub-rogação de direitos e deveres. A definição de sub-delegação trazida pela norma regulamentar pressupõe a sub-rogação ao parceiro privado dos direitos e obrigações contraídos pelo parceiro

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

público. Mesmo quando houver a transferência de atribuições inerentes à prestação do serviço ao parceiro privado, e ainda que este mantenha relação jurídica diretamente com os usuários, apenas poderá haver subdelegação, na acepção da norma regulamentar, caso tenha havido a sub-rogação de direitos e obrigações recebidos do concedente.

[...]

Assim caracterizada, a subdelegação referida na norma do caput do art. 11-A se equipara à subconcessão tratada pelo § 2º do art. 26 da Lei nº 8.987/1995”4.(destacou-se)

Nada obstante, para o caso em tela, importa o fato de que o Projeto não implica referida sub-rogação e, por consectário lógico, não implica subdelegação5 nos termos do art. 26, § 2º, da Lei Federal 8.987/1995 (“Lei de Concessões”) nem do art. 11-A da LSB.

Nesse sentido, não há nova delegação de serviços: os vínculos originais de delegação, formalizados via os Contratos de Programa, continuarão vigentes e eficazes. E a CESAN permanecerá responsável pelos serviços de água e esgoto perante os titulares e os usuários e, no que diz respeito aos serviços de esgoto, sendo tomadora direta dos serviços pelo futuro parceiro privado.

_____

3 Frise-se que esse entendimento foi referendado, em boa medida, pelo Decreto Federal 11.598/2023, o qual prescreveu que o limite de 25% não se aplica a parcerias público privadas (art. 5º, § 3º).

4 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Apontamentos sobre o Decreto nº 10.710/2021 e a comprovação da capacidade econômico-financeira dos prestadores de serviço de saneamento básico para viabilizar sua universalização. In. Revista de Direito Público da Economia – RDPE. Belo Horizonte, ano 19, n. 75, 2021, p. 185-186.

5 “[...] o subconcessionária será titular de direitos em nome próprio e em face do poder concedente, podendo atuar como se fosse o concessionário. Isto significa que o concessionário deixará de ser titular dos direitos e dos deveres inerentes ao âmbito de atuação em que se promova a sub-rogação do subconcessionário” (JUSTEN

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviços públicos. São Paulo: Dialética, 2003, p. 527).

Outro fator relevante diz respeito ao fato de que as leis dos Municípios, com os quais a CESAN possui Contrato de Programa, e cujos territórios serão abarcados pelo Projeto, autorizam expressamente a realização de PPP pela CESAN, salvo pelos Municípios de Anchieta, Castelo, Dores do Rio Preto, Ecoporanga, Nova Venécia, Pedro Canário, Vila Valério e Vitória, cujas leis não têm disposição sobre o assunto.

Todavia, dentre os 43 (quarenta e três) contratos de programa, 19 (dezenove) possuem cláusulas padronizadas que permitem expressamente que a CESAN celebre parcerias público- privadas para a prestação do serviço, enquanto os outros 24 (vinte e quatro) contratos apresentam cláusula que permite expressamente à CESAN celebrar instrumentos contratuais com terceiros para a prestação dos serviços6.

Dessa forma, não paira dúvida sobre a existência de autorização ampla (e prévia) para a celebração da PPP.

A conjugação do fato de o Projeto não implicar nova delegação, nos termos acima expostos, com a existência da(s) referida(s) autorização(ões), ampara o entendimento de que não é necessária deliberação/aprovação do CM, nos termos do art. 13, VII, da Lei Complementar Estadual 968/20217.

Esse entendimento deve ser aplicado ao Projeto, pois (mais uma vez) não haverá alteração na posição jurídica da CESAN perante o(s) titular(es) – ou mesmo perante os usuários, – de modo que não surge nova prestação delegada; e já foi veiculada autorização por todos os 43 (quarenta e três) Municípios (seja na legislação ou nos Contratos de Programa ou em ambos) para a PPP.

Assim, não só é desnecessária a deliberação do CM da MRAE, como seria redundante, implicando na realização de uma etapa que tende a tomar tempo considerável e sensível para a CESAN levar a cabo sua missão de universalização da cobertura de esgotamento sanitário; sem

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

---

6 “1.1 O objeto do presente contrato é a prestação de serviços públicos municipais de abastecimento de água e esgotamento sanitário, com exclusividade pela CESAN, em todo o território do município, (...)

1.5 A exclusividade referida no item 1.1 não impedirá que a CESAN celebre outros instrumentos jurídicos com terceiros,

para prestação dos serviços abrangidos por este CONTRATO (...).

5.2 São direitos da CESAN: (...) k) celebrar instrumentos contratuais com terceiros para a prestação dos serviços abrangidos neste objeto contratual(...)”.

7 Art. 13 da Lei Complementar Estadual 968/2021: “São atribuições do Colegiado Regional: [...] VII - autorizar a prestação direta ou indireta/delegada de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, ou atividades deles integrantes, desde que comprovada a viabilidade técnica e econômico-financeira dos serviços para o próprio município, sem eliminar a viabilidade do restante da Microrregião, nem prejudicar a modicidade tarifária e a universalização dos serviços públicos”.

mencionar o possível risco de contaminação política das discussões técnico-jurídicas atinentes ao Projeto.

Ausência de limitação dos influxos regulatórios da ARSP

Sobre o tema da atuação da ARSP, primeiramente cabe contextualizar o precedente

mencionado pelo NDR, referente ao Acórdão 504/2021-8 – Plenário do TCE/ES (TC 1720/2017-1).

Na seção do relatório (p. 64-65 da Decisão), a unidade técnica transcreveu o Item 2.2.4 ligado à Instrução Conclusiva 2480/2019, na qual a área técnica havia proposto a expedição de determinações à ARSP para fiscalizar diretamente a CESAN e a concessionária da PPP de esgotamento sanitário do Município de Serra (Item 6.4.1).

Ocorre que o d. TCE/ES concluiu que a fiscalização direta pela ARSP não era tema de determinação, mas, sim, de recomendação:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

“Em relação à primeira sugestão de determinação, item 6.4.1, penso que essa se coaduna mais com a qualidade de recomendação, por se tratar da execução de uma competência a ser exercitável pela agência regularidade (sic), não se tratando de um ato único e específico a ser praticado e, portanto, monitorável por esta Corte”8. (destacou-se)

Esclarecida a questão do precedente aduzido pelo NDR, cabe tratar da dinâmica fiscalizatória contemplada para o Projeto: a fiscalização contratual com a possibilidade de manejo da competência sancionatória incumbirá à CESAN, o que não exclui a fiscalização dos serviços pelos órgãos reguladores (e.g. ARSP) e outros fiscalizadores.

Essa é a regra da Cl. 26.1 da minuta do “Contrato” do Projeto:

26.1. A fiscalização da CONCESSÃO, abrangendo todas as atividades da CONCESSIONÁRIA durante todo o PRAZO DA CONCESSÃO, será executada pela CESAN, por meio da Unidade Gestora de PPP (O-UGP), ou unidade que a substitua, sem prejuízo da fiscalização dos serviços realizada por órgãos reguladores e fiscalizadores. (destacou-se)

_____

8 Acórdão 504/2021-6. Cons. Rel. Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha. Julgado em: 29.abr.2021, p. 104.

Ou seja, não há afastamento de qualquer influxo de regulação da ARSP. O ente regulador continuará exercendo ordinariamente suas atribuições e poderá fiscalizar as atividades da futura concessionária. Porém, considerando que a CESAN mantém sua posição jurídico-contratual nos Contratos de Programa, e que ela continuará responsável perante os Municípios e usuários pela prestação dos serviços, a fiscalização da ARSP tende a recair, primariamente, sobre a própria CESAN.

Como as principais obrigações do Contrato foram estruturadas em uma lógica back-to-back em relação aos Contratos de Programa, a CESAN possui todos os incentivos para fiscalizar e buscar sancionar a futura concessionária em casos de descumprimento de suas obrigações.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Ainda, a repercussão negativa de descumprimentos pela concessionária que impacte a CESAN (além do próprio descumprimento per se), a partir de, exemplificativamente, aplicação de multa pela ARSP (após processo sancionatório), irá gerar, reflexamente, obrigação de ressarcimento pela concessionária pelos danos causados, em linha com a Cl. 39.119 e a Cl. 32.1.7 do Contrato, com a possibilidade de retenção desse valor da contraprestação devida (Cl. 32.1.7.1)10.

Nesse sentido, realizamos pequeno ajuste na Cl. 32.1.7 do Contrato para deixar ainda mais clara essa possibilidade.

No mais, cabe destacar que essa dinâmica de fiscalização possui precedente no Contrato Nº 277/2020, referente à PPP de Cariacica ("PPP Cariacica"), conforme se depreende das Cls. 21.1.6 e 24.111.

_____

9 Cl. 39.11 do Contrato: "Caso venham a ser imputadas penalidades à CESAN por parte de agências reguladoras ou por quaisquer órgãos ambientais ou de controle, em decorrência da prestação inadequada dos serviços imputável à CONCESSIONÁRIA, tais penalidades serão objeto de ação de regresso, sujeitando-se a CONCESSIONÁRIA à aplicação de multa prevista neste CONTRATO, bem como ao ressarcimento dos valores imputados à CESAN".

10 Cl. 32.1.7 do Contrato: "Ressarcir a CESAN de todos os desembolsos decorrentes de determinações judiciais de qualquer espécie para satisfação de obrigações originalmente imputáveis à CONCESSIONÁRIA, inclusive reclamações trabalhistas
propostas por empregados ou terceiros vinculados à CONCESSIONÁRIA, bem como por danos a clientes e órgãos de controle e fiscalização; 32.1.7.1. O ressarcimento previsto na subcláusula 32.1.7 poderá ser realizado por meio de retenção, pela CESAN, na CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL devida à CONCESSIONÁRIA, assegurado o devido processo legal".

11 PPP Cariacica: "21.1.6. Ressarcir a CESAN de todos os desembolsos decorrentes de determinações judiciais de qualquer espécie para satisfação de obrigações originalmente imputáveis à

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Concessionária, inclusive reclamações trabalhistas propostas por empregados ou terceiros vinculados à Concessionária, bem como por danos a clientes e órgãos de controle e fiscalização. [...] 24.1. Sem prejuízo da fiscalização dos serviços realizada pelos órgãos reguladores e fiscalizadores, a CESAN exercerá fiscalização sobre as atividades realizadas na execução do Contrato de Concessão Administrativa, determinando a execução de atos ou a suspensão daqueles que, comprovadamente, estejam sendo realizados em desconformidade com os termos do Sistema de Mensuração de Desempenho, com o previsto no Contrato de Concessão Administrativa ou com a legislação e regulamentação do setor".

Ainda, a ausência de previsão de fiscalização "direta" do ente regulador também é verificada em precedentes relevantes de PPPs do setor de saneamento, tais como a "PPP SANEPAR" (oriunda da Concorrência Internacional N.º 100/2023) e a PPP SANESUL (oriunda da Concorrência nº 01/2020).

Enfim, fora o ajuste acima mencionado em relação à Cl. 32.1.7 do Contrato, não se vislumbra a necessidade de outros ajustes acerca da dinâmica fiscalizatória prevista para o Projeto.

3.1.4 Análise Técnica

Inicialmente, cabe destacar que a sub-rogação de direitos nos regimes de PPP e concessões de serviços públicos é inerente ao modelo, não havendo que se falar em conceder os serviços à iniciativa privada sem delegação e sub-rogação dos direitos de prestação do serviço, conforme frisado no subitem 2.1.3 do Relatório de Acompanhamento 11/2024 (evento 325).

Os argumentos utilizados pela Cesan são os mesmos usados no Caderno de Justificativas (evento 3) e já refutados com extenso arrazoado amparado na doutrina dominante sobre o tema.

De nada adianta a Cesan alegar que a Concessionária prestará serviços a ela e não aos usuários se é inerente à PPP, pelo tipo de serviço em questão (saneamento básico-esgotamento sanitário), que os serviços serão prestados aos usuários.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Essa prática da Companhia configura tentativa de simulação nos termos do art. 167 do Código Civil , a seguir transcrito:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§ 1 o Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. (g.n.)

O STJ dedica grande importância ao tema da simulação, conforme se vê na notícia a seguir:

Simulação do negócio jurídico: a evolução do tema na jurisprudência do STJ

[...]

Simular significa enganar, representar, aparentar, iludir. A simulação do negócio jurídico (artigo 167 do CC/2002) ocorre quando há uma declaração enganosa de vontade de quem praticou o negócio, de forma a fazer parecer real o acordo que tem por origem uma ilicitude, visando, no geral, fugir de obrigações ou prejudicar terceiros.

Tamanha é a gravidade da simulação que, a partir da alteração feita pelo novo código, o interesse em sua nulidade passou a transcender a vontade das partes envolvidas, de modo que o próprio juiz pode suscitá-la.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), responsável por uniformizar a aplicação das leis federais, já se debruçou diversas vezes sobre questões relativas à simulação do negócio jurídico.

Como já frisado no Relatório de Acompanhamento, as concessões administrativas (PPP) vieram para tornar possível a adoção do regime de concessões de serviços públicos aos serviços que já eram contratados através de contratações comuns.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

E, adotando o regime de concessão de serviços públicos, temos obrigatoriamente uma delegação da prestação do serviço (arts. 2º e 3º da Lei 8987/95), no caso pela Cesan, detentora do direito de prestação do serviço (através de concessão imprópria/contrato de programa), que vai delegar parte desse serviço à(s) futura(s) concessionária(s), não tendo como fugir da delegação e da consequente sub-rogação de direitos à concessionária, para tentar furtar-se ao cumprimento dos artigos 4º, I e II, 7º, I, e 13, II e III, da Lei Complementar Estadual 968/2021, visando, como alegado nas justificativas, (I) antecipar a licitação e (II) evitar o debate político e social sobre o tema, em claro exemplo de postura não democrática, além de ilícita.

Se tratarmos a PPP como uma subconcessão, ainda, assim, a sub-rogação de direitos é imperativa, na forma do art. 26, §2º, da Lei 8.987/95.

Quanto ao artigo 11-A da Lei Federal 11.445/2007, usado pela Cesan para tentar justificar que a PPP em análise não envolve subdelegação ou sub-rogação, cabe registrar que esse artigo é especificamente endereçado ao modelo de PPP criado pelas estatais de saneamento, que usam as PPP como uma subdelegação, nos moldes do art. 26 da Lei 8.987/95, uma vez que a Lei de PPP foi idealizada pensando na contratação do parceiro privado pelo titular do serviço e não por concessionário ou delegatário (concessão imprópria) contratado pelo titular do serviço.

Apesar da semelhança entre as PPP citadas no parágrafo antecedente e a subdelegação prevista no art. 26 da Lei 8987/95, o legislador que alterou a Lei 11.445/2007 privilegiou as PPP, as isentando do limite de 25%. Contudo, isso não significa que nessas PPP não há delegação dos serviços ou sub-rogação de direitos, pois isso é inerente ao regime jurídico das concessões de serviço público.

Da leitura da referida norma em questão não se pode, nem com grande esforço, entender de onde a Cesan retirou o entendimento de que nessas PPP não há delegação dos serviços ou sub-rogação de direitos.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Somado a isto, o § 4º do Decreto 15.999/2023 reforça a distinção feita pelo art. 11-A da Lei 11.445/2007, estabelecendo que as PPP somente ficarão submetidas ao limite de 25% se os ganhos de eficiência decorrentes da contratação não forem compartilhados com o usuário dos serviços.

Assim, por não existirem evidências de que os ganhos de eficiência decorrentes da contratação não serão compartilhados com os usuários dos serviços, não foi apontado achado no Relatório de Acompanhamento sobre a falta de demonstração de que a PPP não ultrapassa o percentual de 25% do valor dos contratos, previsto no artigo 11-A da Lei Federal 11.445/2007.

Portanto, conforme ressaltado no Relatório de Acompanhamento, a construção jurídica que a Cesan pretende ver reconhecida para não submeter o projeto à análise da MRAE (artigos 4º, I e II, 7º, I, e 13, II e III da Lei Complementar Estadual 968/2021) é isolada no meio jurídico, completamente infundada e contrária à doutrina dominante.

Importante frisar, ainda, que as obrigações da concessionária no Caderno de Encargos não respaldam a alegação da Cesan no sentido de que permanecerá responsável pelos serviços de esgotamento sanitário perante os usuários e que será a tomadora direta dos serviços prestados pelo futuro parceiro privado quanto ao esgotamento sanitário.

Isto porque, os subitens 6.1, 6.2 e 9, v, do Anexo 2- Caderno de Encargos (evento 16), deixam bem claro que a concessionária prestará serviços aos usuários e com eles manterá relações, diversamente do alegado pela Cesan, pois: (I) deverá ter estrutura própria para manter relações com a comunidade e comunicação social para a adequada execução do objeto contratual; (II) deverá estruturar e manter equipes para execução dos serviços de manutenção, comerciais, operação e melhorias, de modo a garantir que os serviços sejam executados no menor tempo possível e com menor impacto ambiental, todos os dias da semana, inclusive durante o período noturno, feriados e fins de semana, mantendo equipe de plantão para realizar os serviços de modo a regularizar o fluxo de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

esgoto no sistema de esgotamento sanitário, desde manutenção, melhorias, limpeza e regularização do local onde ocorreu o incidente, inclusive com atendimento a clientes atingidos por sinistros; (III) gerenciará as atividades comerciais, de operação e manutenção, conforme normas e procedimentos da Cesan e do caderno de encargos, permitindo o cadastro das unidades, de ordens de serviços, a priorização das atividades, os prazos estimados e realizados, recebimento e baixa de serviços, bem como relatórios gerenciais que permitam avaliar a qualidade das intervenções, sejam elétricas, mecânicas ou civis, incluindo os serviços prestados diretamente aos usuários (exemplo: desobstrução de ramal), devendo garantir acesso à Cesan aos sistemas de apoio à execução dos serviços em modo de visualização irrestrita e com geração de relatórios; e (IV) controlará e deterá todo o conhecimento na operação do serviço.

6.1 SERVIÇOS A SEREM PRESTADOS PELA CONCESSIONÁRIA

[...]

A CONCESSIONÁRIA deverá estruturar as devidas áreas para permitir a execução dos serviços de gestão, operação, manutenção e expansão dos sistemas, serviços comerciais o controle de qualidade e gestão ambiental, a gestão administrativa, financeira e contábil, além do suporte aos recursos humanos, contratos e suprimentos, assessoria jurídica, relações com a comunidade e comunicação social, entre outras que se fizerem necessárias para a adequada execução do objeto contratual.

A CONCESSIONÁRIA deverá estruturar e manter equipes para execução dos serviços de manutenção, comerciais, operação e melhorias, de modo a garantir que os serviços sejam executados no menor tempo possível e com menor impacto ambiental, todos os dias da semana, inclusive durante o período noturno, feriados e fins de semana. A CONCESSIONÁRIA deve manter equipe de plantão para realizar os serviços de modo a regularizar o fluxo de esgoto no SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, desde manutenção, melhorias, limpeza e regularização do local onde ocorreu o incidente.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

[...]

A CONCESSIONÁRIA deve manter equipe de plantão para realizar os serviços de modo a manter regular o funcionamento de todo SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, desde manutenção, melhorias, limpeza e regularização do local onde ocorreu o incidente, inclusive com atendimento a clientes atingidos por sinistros. O plantão da CONCESSIONÁRIA deve manter integração com o plantão operacional da CESAN.

6.2 SISTEMAS DE GERENCIAMENTO DE SERVIÇOS

[...]

As atividades comerciais, de operação e manutenção deverão ser gerenciadas pela CONCESSIONÁRIA conforme normas e procedimentos da CESAN, e este CADERNO DE ENCARGOS, permitindo o cadastro das unidades, de ordens de serviços, a priorização das atividades, os prazos estimados e realizados, recebimento e baixa de serviços, bem como relatórios gerenciais que permitam avaliar a qualidade das intervenções, sejam elétricas, mecânicas ou civis, incluindo os serviços prestados diretamente aos usuários (exemplo: desobstrução de ramal). A CONCESSIONÁRIA deverá garantir acesso à CESAN aos sistemas de apoio à execução dos serviços em modo de visualização irrestrita e com geração de relatórios.

[...]

9. OUTRAS OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA

Além das obrigações definidas no contrato, a CONCESSIONÁRIA deverá observar e se adequar as seguintes determinações:

[...]

v. É obrigatório a CONCESSIONÁRIA 12 (doze) meses antes do encerramento do CONTRATO realizar transferência de conhecimento de toda operação, sistemas, softwares, processos, automação e informação necessária a equipe da CESAN.

E, em se tratando de uma PPP, não seria diferente, pois estamos diante da delegação da prestação de um serviço, com maior liberdade de atuação pelo parceiro privado para escolher os meios, com

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

obrigação ao cumprimento de objetivos e metas pré-estabelecidos no contrato, necessidade de financiamento para realização de investimentos e amortização desses investimentos em longo prazo, lógica totalmente distinta das contratações comuns.

Por outro lado, o objeto da futura PPP não é a prestação de serviços diretamente à Cesan e indiretamente aos usuários, mas o contrário. A quase totalidade dos serviços objeto da PPP é prestada aos usuários, existindo apenas uma pequena gama de serviços de apoio à gestão comercial da Cesan que podem ser entendidos como prestação direta à Cesan, tal como serviços de lançamento em cadastros informatizados, a exemplo do subitem 7.1 ATIVAÇÃO DA TARIFA DE ESGOTO do Anexo 2- Caderno de Encargos (evento 16).

De outro norte, a maioria dos chamados serviços de apoio à gestão comercial da Cesan previstos no Anexo 2- Caderno de Encargos (evento 16) são na verdade serviços prestados diretamente aos usuários, como “7.2 SUBSTITUIÇÃO PREVENTIVA E REDIMENSIONAMENTO DE HIDRÔMETROS”; “7.3 LACRAÇÃO DOS PADRÕES DE HIDRÔMETROS”; “7.4 TRATAMENTO DE OCORRÊNCIA GRAVE DE LEITURA E NÃO MEDIDOS”; “7.5 TRATAMENTO DE LIGAÇÕES INATIVAS OU COM SUSPEITA DE IRREGULARIDADES”; “7.6 AGENDAMENTO, RETIRADA E ENTREGA DE HIDRÔMETRO PARA AFERIÇÃO”; “7.7 VISTORIA CADASTRAL PARA CLIENTES COM FONTE ALTERNATIVA PARA FATURAMENTO DE ESGOTO”; “7.8 VERIFICAÇÃO INTERNA ORIENTATIVA”; “7.9 VISTORIA PARA MEDIÇÃO ALTERNATIVA PARA FATURAMENTO DE ESGOTO”; “7.10 INSTALAÇÃO DE MEDIDOR EM FONTE ALTERNATIVA PARA FATURAMENTO DE ESGOTO”; e “7.11 CONDIÇÕES GERAIS DE MATERIAIS E EQUIPAMENTOS”

Importante ressaltar que serviços relativos a hidrômetros são afetos tanto ao serviço de abastecimento de água quanto ao serviço de esgotamento sanitário, pois a tarifa de esgoto é cobrada em função do consumo de água.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Assim é bastante claro que a concessionária, além de prestar os serviços diretamente aos usuários, gerenciará tais serviços e manterá relações diretas com os usuários, não descaracterizando esse fato a manutenção da cobrança das tarifas pela Cesan ou a manutenção de central de atendimento aos usuários pela Cesan (como medida de economia de custos, uma vez que a Cesan continuará prestando serviços de abastecimento de água na área de concessão do serviço de esgotamento sanitário e pode continuar a receber os chamados relacionados ao esgotamento sanitário), conforme já exaustivamente explicado no Relatório de Acompanhamento, uma vez que a PPP tem escopo e área de abrangência próprios em relação ao objeto dos contratos de programa.

Importante esclarecer, ainda, que não é critério do achado o artigo 13, VII, da Lei Complementar Estadual 968/2021, citado pela Cesan em suas justificativas, pois se está tratando nos autos do presente processo de um projeto que envolve serviço de interesse comum enquanto a norma em comento é dedicada a serviços que não são de interesse comum, mas de apenas um município.

Assim, não é objeto do achado a submissão do projeto à MRAE para autorização da prestação direta ou indireta/delegada de serviços públicos de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, nos termos do artigo 13, VII, da LCE 968/2021, mas a análise do projeto pela MRAE, nos termos dos artigos 4º, I e II, 7º, I, e 13, II e III, da referida Lei.

Portanto, não há redundância na submissão do projeto de PPP à apreciação da MRAE, nos termos dos artigos 4º, I e II, 7º, I, e 13, II e III, da LCE 968/2021, uma vez que os contratos de programa apenas autorizam a celebração de PPP ou de contratos com terceiros, não excluindo ou podendo excluir a imperativa análise dos órgãos competentes da MRAE sobre as características e condições do projeto de PPP.

Com relação à tentativa de evitar os influxos regulatórios da ARSP diretamente sobre a futura concessionária, apesar de negar, as justificativas da Cesan (evento 325, fl. 12) reforçam seu argumento de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

que a Agência Reguladora deve primeiramente fiscalizar a Companhia, no âmbito da PPP, e não a concessionária diretamente, como se a PPP fosse uma mera subcontratação, conforme se vê a seguir:

Ou seja, não há afastamento de qualquer influxo de regulação da ARSP. O ente regulador continuará exercendo ordinariamente suas atribuições e poderá fiscalizar as atividades da futura concessionária. Porém, considerando que a CESAN mantém sua posição jurídico-contratual nos Contratos de Programa, e que ela continuará responsável perante os Municípios e usuários pela prestação dos serviços, a fiscalização da ARSP tende a recair, primariamente, sobre a própria CESAN. (g.n.)

Nesse ponto, equivocada a interpretação feita pela Cesan em relação à Recomendação feita pelo Tribunal no Acórdão TC 504/2021-8 – Plenário do TCE/ES (Processo TC 1720/2017-1), uma vez que a opção da Corte pela expedição de recomendação em vez de determinação não ocorreu em razão de ter entendido que a ARSP não deveria obrigatoriamente fiscalizar de forma direta a concessionária, mas em razão de ter entendido que não seria adequado determinar que a Agência realizasse fiscalizações, pois a ARSP é livre na elaboração de seu plano de fiscalizações, entendendo o Tribunal que não seria adequado impor fiscalizações à Agência.

Contudo, o Acórdão deixou claro na fundamentação que se a ARSP for realizar a fiscalização do contrato, deve fiscalizar a concessionária na parte do serviço que tiver sido objeto de concessão através da PPP, conforme se vê a seguir:

2.2.3 FISCALIZAÇÃO DEFICIENTE DOS SERVIÇOS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO NO MUNICÍPIO DA SERRA (SUBITENS 5.5 DA MT 119/2018 E DA ITI 92-52018 - EVENTOS 246 E 259, RESPECTIVAMENTE)

[...]

O presente achado se refere à fiscalização deficiente dos serviços de esgotamento sanitário no município da Serra. Assim, a Área Técnica teria constatado, no exame do conjunto probatório dos autos que tanto

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

a ARSI quanto a sua sucessora ARSP não viriam fiscalizando adequadamente a execução dos serviços de esgotamento sanitário da Serra, sob o argumento de não ter competência para fiscalizar o Contrato de PPP 34/2014, que segundo a Agência Reguladora, seria um contrato de direito privado mantido entre a Cesan e a CSSA, cujas relações, por serem de direito privado, não seriam alcançadas por essa agência.

No final da Instrução Técnica Conclusiva 2480/2019, a Área Técnica opina pela manutenção do achado, deixando-se de sugerir a imposição de penalidades aos responsáveis, por entender que a irregularidade não decorreu de falta de diligência dos agentes públicos, mas sim em razão de falha na interpretação jurídica e da cultura institucional até então dominante na ARSP. Também sugeriu fosse desconsiderada proposta de determinação contida nas alíneas b2 e b3 do subitem 8.1 da MT 119/2018, em razão da edição da Resolução ARSP 18/2018, que trata do regulamento das penalidades aplicáveis aos prestadores dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Acompanho o posicionamento técnico e o adoto como razões de decidir, no sentido de manter o achado, sem aplicação de penalidade.

[...]

2.2.4 DAS DETERMINAÇÕES E RECOMENDAÇÕES

No bojo da Instrução Técnica Conclusiva 2480/2019, a Área Técnica propôs o seguinte:

6.4.1. expedir DETERMINAÇÃO à ARSP, na pessoa de seu Diretor-Geral, a fim de que fiscalize diretamente a Cesan e a CSSA na prestação dos serviços públicos de esgotamento sanitário no município da Serra, aplicando-lhes, quando cabíveis, as penalidades de advertência e multa previstas em lei e no Contrato de Programa firmado entre o município da Serra, o estado do Espírito Santo e a Cesan, nos termos da fundamentação contida no subitem 4.3 desta ITC;

[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Em relação à primeira sugestão de determinação, item 6.4.1, penso que essa se coaduna mais com a qualidade de recomendação, por se tratar da execução de uma competência a ser exercitável pela agência regularidade, não se tratando de um ato único e específico a ser praticado e, portanto, monitorável por esta Corte. (g.n.)

Nota-se, pelo trecho transcrito, que o Acórdão adotou como razão de decidir a fundamentação da área técnica na Instrução Técnica Conclusiva, o que inclui o entendimento de que (I) a ARSP estava atuando equivocadamente ao não fiscalizar a concessionária por entender que o contrato de concessão administrativa mantido entre ela e a Cesan no âmbito da PPP era de direito privado e não de direito público, (II) quanto aos serviços concedidos, nos limites do objeto da PPP, ocorre a sub-rogação da concessionária nos direitos anteriormente exercidos pela Cesan através do contrato de programa e (III) a Cesan passa a atuar no contrato de PPP como Poder Concedente, por expressa autorização dos contratos de programa.

Ainda, quanto aos influxos regulatórios diretos sobre a concessionária em relação ao objeto da PPP, cabe esclarecer que o achado não trata da ausência de previsão expressa de fiscalização direta pelo ente regulador, pois essa prerrogativa decorre de lei, mas da intenção contratual de impedir essa atuação, o que em um ambiente de limitada autonomia do ente regulador pode significar a blindagem da concessionária aos influxos regulatórios da ARSP.

Diante do ora arrazoado e do exposto no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan para, antes da publicação do edital, (I) submeter o projeto de PPP à apreciação da Microrregião de Águas e Esgoto do Estado do Espírito Santo (MRAE), na forma dos arts. 4º, I e II, 7º, I, e 13, II e III, da Lei Complementar Estadual 968/2021 e (II) excluir dos documentos da licitação qualquer menção que afaste ou limite os influxos regulatórios diretos da agência reguladora sobre as futuras concessionárias.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O Ministério Público de Contas, por meio do Parecer do Ministério Público de Contas 06324/2024-3, anuiu ao posicionamento técnico. Acrescentou, ainda, que se notificasse os 43 municípios interessados, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de lhes conceder vista do presente processo e oportunizar o direito de participar dessa ação de controle. Abaixo, transcrevemos o trecho do parecer que pugna pela notificação em questão:

> b) Preliminarmente, notifique os 43 municípios interessados, por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, concedendo-lhes vista do presente processo e oportunizando o direito participar desta ação de controle, seja na condição de legítimos titulares dos serviços públicos prestes a serem concedidos à iniciativa privada, seja como terceiros interessados no bemestar de suas populações, assegurando-lhes o direito de realizar sustentação oral perante o Plenário desta Corte de Contas e de exercer seu direito de recorrer contra eventual decisão que contrarie o interesse público do ente federativo, considerando que os Contratos de Programa não podem ser convolados em instrumentos que os prive da titularidade dos serviços públicos municipais de saneamento básico ou em termos autorizativos para a prática de atos que possam prejudicar as populações dos entes federativos titulares do serviço público;

Pois bem. Não se trata de nos posicionarmos contrariamente a uma maior dialeticidade na formulação e execução das políticas públicas, mas penso que o ingresso aos autos de 43 municípios para que assumam faculdades processuais, inclusive realizando sustentação oral, seria medida inconveniente do ponto de vista da eficiência e celeridade na tramitação do feito, o que comprometeria a racionalidade do processo.

Deve-se observar a existência de diversos mecanismos presentes em nosso ordenamento jurídico capazes de proporcionar que os interesses dos municípios sejam respeitados. Em uma perspectiva mais formalista, as portas do Poder Judiciário estão abertas para eventuais ações contra o certame, ações essas que podem ser manejadas pelos entes municipais, na defesa de seus interesses, e mesmo por

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

qualquer cidadão, por meio de ação popular, na defesa de interesse público difuso, sem se falar no papel do Ministério Público na propositura das ações devidas. Também esta Corte de Contas encontra-se com suas portas abertas para receber qualquer pleito contrário ao prosseguimento do certame, desde que o interesse público esteja envolvido.

Em uma perspectiva mais negocial, os próprios municípios podem fazer valer seus direitos diante da Cesan, por meio de diálogo institucional. Em meu entender não se pode considerar a totalidade dos 43 municípios envolvidos como sujeitos quase hipossuficientes diante da Cesan.

Dessa forma, divergindo nesse ponto do *Parquet* de Contas, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.2 DESCUMPRIMENTO DE CONDICIONANTES PARA ABERTURA DO PROCESSO LICITATÓRIO

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.2 A2(Q1) - Descumprimento de condicionantes para abertura do processo licitatório
> 3.2.1 Critérios: Acórdão - TCEES 242/2020, Plenário; Acórdão - TCU 15653/2018, Primeira Câmara; Acórdão - TCU 937/2019, Plenário; Lei - 11079/2004, art. 10, §1º, II e IV; Lei - 11079/2004, art. 10, I, "a" e "b"; Lei complementar - 101/2000, art. 2º, III.
> 3.2.2 O Relatório de Acompanhamento 12/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> 2.2.3 Situação encontrada
> Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.
> Não se encontrou nos documentos acostados aos autos estudo técnico com os dados e documentos previstos nas alíneas “b” e “c” do inciso I, e incisos II e IV, do artigo 10 da Lei 11.079/2004 .

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Apesar de formalmente a Cesan estar enquadrada como estatal não dependente, não figurando no orçamento fiscal do Estado do Espírito Santo, mas apenas no orçamento de investimentos, na prática não é possível afastar a aplicação da LRF, especialmente dos requisitos de responsabilidade fiscal previstos nas alíneas “b” e “c” do inciso I, e incisos II e IV do artigo 10 da Lei 11.079/2004, uma vez que os recursos financeiros a ela repassados pelo Estado para pagamento de despesas de capital não se destinam ao aumento de sua participação acionária na Companhia .

O TCU já teve a oportunidade de se pronunciar sobre o assunto no Acórdão Plenário 937/2019 e no Acórdão 15.653/2018, da Primeira Câmara, entendendo que aumentos de capital social não se enquadram na exceção de aumento de participação acionária prevista no inciso III do artigo 2º da LRF.

Tal questão já foi discutida no âmbito do Processo TC 9663/2018-8 – que tratou da análise concomitante do processo licitatório da PPP de esgotamento sanitário de Cariacica – tendo o Acórdão TC-Plenário 242/2020-5 mantido o achado de mesmo teor.

Assim, não é possível verificar na documentação trazida pela Cesan se as despesas da PPP afetarão ou não as metas de receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes, em valores correntes e constantes e se o fluxo de recursos públicos estimado é suficiente para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública.

Importante destacar que segundo informação do Caderno de Justificativas - Premissas dos estudos jurídicos-institucionais para a parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, dos serviços de esgotamento sanitário em 43 municípios capixabas (evento 3, fl. 74) a Cesan tem 55% de suas receitas comprometidas com serviço da dívida e garantias nos outros três contratos de PPP já firmados, o que representa um alto risco de necessitar de aportes de recursos do Estado para cumprir suas despesas de capital e talvez

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

até para as despesas de pessoal e custeio em geral, conforme se vê a seguir:

Conforme informado pela CESAN, atualmente 55% dos recebíveis referentes às tarifas de água e esgoto estão comprometidos com o serviço de dívida dos financiamentos contraídos e com as garantias públicas.

De outro norte, o Parecer 4/2023/SUAPI/GEPOF (evento 201, fls. 410-414) – apesar de ter considerado que a operação da PPP ora em análise, isoladamente, não representa risco relevante para o erário do Estado – salienta que a Cesan possui em curso, com execução continuada que ultrapassa a data de assinatura do contrato, obras de implantação e/ou ampliação dos sistemas de esgotamento sanitário em diversos municípios, contempladas no Plano Plurianual de Investimentos (PPI), seja por custeio próprio ou por recursos consignados no Plano Plurianual (PPA), Lei Orçamentária Anual (LOA 2023) e PLOA 2024.

Destaca-se que o Parecer 4/2023/SUAPI/GEPOF não se balizou em um fluxo estimado de recursos/despesas da Cesan para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações por ela contraídas, o que torna a conclusão do Parecer questionável, haja vista que 55% das receitas da Companhia já estão comprometidas com serviço da dívida e garantias contratuais, restando apenas 45% para custeio de despesas gerais e com pessoal, o que traz preocupação quanto à capacidade da Cesan de honrar seus compromissos de longo prazo sem a ajuda financeira do Estado.

Portanto, (I) a compatibilidade das despesas da PPP com as metas estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais da LDO carece ser demonstrada, conforme ditames do Manual de Demonstrativos Fiscais (MDF), antes do prosseguimento da licitação, sendo ela, inclusive, uma condição para a autorização de abertura do processo licitatório, conforme dispõe o art. 10 da Lei 11.079/2004 e/ou a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

(LRF), pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato, (II) deve ser apresentada a estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada, em cumprimento ao inciso II do art. 10 da Lei 11.079/2004 e (III) deve ser comprovado que o fluxo de recursos públicos estimado é suficiente para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública, em cumprimento ao inciso IV do art. 10 da Lei 11.079/2004.

Diante do exposto, sugere-se notificar Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação a fim de que comprove nos autos, antes da publicação do edital (I) fundamentadamente, com base em dados e premissas, que as despesas da PPP não afetarão as metas Anexo de Metas Fiscais da LDO, em valores correntes e constantes, em relação a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes e/ou a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato, em cumprimento às alíneas “b” e “c” do inciso I do caput c/c o § 1º do art. 10 da Lei 11.079/2004; (II) a apresentação de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada, em cumprimento ao inciso II do art. 10 da Lei 11.079/2004; e (III) a apresentação de estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública, em cumprimento ao inciso IV do art. 10 da Lei 11.079/2004.

3.2.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) o Acórdão 242/2020-5 apenas expediu recomendação à Cesan para avaliar, dentre outras questões, o ponto da natureza de não

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

dependência da estatal com base no Item 3.12 da Instrução Técnica Conclusiva 04663/2019-1 (“ITC”); II) a Decisão 1372/2021-9, última deliberação de cunho decisório no âmbito do TC 9663/2018-8, considerou que a recomendação correspondente ao item 3.12 da ITC não possuía qualquer aptidão para invalidar o processo de licitação da PPP Cariacica; III) o precedente do TCE/ES suscitado pelo NDR revela, na realidade, que a questão do Achado 2 deve ser tratada como mera recomendação sem implicar imposição, em respeito à discricionariedade dos gestores da Cesan; IV) a natureza de estatal não dependente da Cesan a desenquadra das obrigações da Lei Complementar 101/2000 e afasta a necessidade de cumprimento do art. 10, I, alíneas ‘b’ e ‘c’, da Lei de PPPs, o que é reconhecido no Parecer 1/2019/GPPP, da Gerência do Programa de Concessões e Parcerias do Estado, órgão integrante da Secretaria de Estado da Fazenda do Espirito Santo, cujo objeto era a análise sobre garantia pública e cumprimento do limite do art. 28 da Lei de PPP; V) a própria assessoria jurídica da Cesan também é pacífica quanto ao ponto da natureza da Cesan, conforme Parecer 6/2023, que analisou dispensa de licitação sobre operações de títulos de crédito à luz do art. 29, XVIII, da Lei Federal 13.303/2016 (“Lei das Estatais”) e do Regulamento de Licitações e Contratos (“RLC”), então vigente; VI) em relação aos incisos II e IV do art. 10 da Lei de PPPs, é importante destacar que em nenhum momento o montante dado em garantia é superior às receitas da Cesan, o que poderia indicar a inviabilidade do modelo proposto de garantias; VII) o percentual de comprometimento das receitas com garantias não significa que a solvência ou a capacidade de honrar os compromissos da Companhia estaria comprometida, haja vista que restaria apenas cerca de 15% das receitas não comprometidas com garantias (em janeiro de 2025), pois esse percentual indica apenas que esse modelo de oferecer as receitas emergentes da concessão como garantias pode estar atingindo seu limite; VIII) a capacidade da Cesan de honrar seus compromissos deve ser avaliada a partir do fluxo de receitas e despesas da Companhia, avaliando inclusive itens de solvência

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

financeira (índice de cobertura do serviço da dívida, endividamento total, etc.); IX) em geral, o balanço orçamentário entre as origens e aplicações dos recursos, indica um saldo de R$ 16,7 milhões em 2024, conforme apresentado no Quadro 1, sendo que para os anos seguintes, com a consideração inclusive de desembolsos para fazer frente aos compromissos da nova PPP, a projeção do saldo entre as origens e aplicações de recursos aumenta substancialmente, atingindo mais de R$ 170 milhões em 2027; X) o Quadro 2 detalha as fontes de recursos de financiamentos que a Cesan pretende utilizar no período 2024-2028.

3.2.4 Análise Técnica

Na esteira do entendimento desta Corte de Contas na Decisão TC-Plenário 1372/2021-9 e no Acórdão TC-Plenário 786/2024-7 (itens II.8, 1.2.1 e 1.2.2), sugere-o afastamento do achado, porém, com expedição de recomendação à Cesan a fim de (I) demonstrar, fundamentadamente, no processo licitatório, com base em dados e premissas, que as despesas da PPP não afetarão as metas do Anexo de Metas Fiscais da LDO, em valores correntes e constantes, em relação a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes e/ou a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato, em cumprimento às alíneas “b” e “c” do inciso I do caput c/c o § 1º do art. 10 da Lei 11.079/2004; (II) apresentar no processo licitatório a estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada, em cumprimento ao inciso II do art. 10 da Lei 11.079/2004; e (III) apresentar no processo licitatório a estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública, em cumprimento ao inciso IV do art. 10 da Lei 11.079/2004.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O *Parquet* de Contas, em relação ao presente achado, por entender que a Cesan submete-se às regras da Lei de Responsabilidade Fiscal, sugere a instauração de incidente de prejulgado, nos termos dos artigos 348 a 355 do Regimento Interno do TCEES, a fim de, em linhas gerais e basicamente, dirimir a questão em relação ao fato de se os repasses do ente  para a cobertura de despesas de capital, se não se referirem a aumento de participação acionária, desvirtuaria a classificação da estatal como não dependente.

Em relação a esse ponto, sempre penso que o estudo detido em relação à correta interpretação da lei é medida salutar, capaz de garantir maior segurança jurídica aos atos de gestão. Entretanto, no presente caso, tanto a Área Técnica quanto o Ministério Público de Contas entendem pela submissão da Cesan à Lei de Responsabilidade Fiscal, tendo a Área Técnica, inclusive, sugerido a emissão de recomendações à Cesan no sentido de comprovar a sua aderência à Lei de Responsabilidade Fiscal, posicionamento esse ao qual expresso anuência.

Assim, considerando ainda que os presentes autos se referem a uma análise concomitante de edital, e que a abertura de incidente poderia deixá-lo em suspenso por tempo indeterminado, prejudicando a política pública intentada, divirjo da proposta de se instaurar incidente de prejulgado e acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adotom como razões de decidir.

Na oportunidade, ressalte-se também que, por se tratar de cumprimento de lei, a expedição de recomendação atende ao interesse público, não sendo uma facultatividade o seu cumprimento ou não. Assim, deve a Cesan providenciar as medidas sugeridas pela Área Técnica no presente item, no sentido de se demonstrar a aderência do certame à Lei de Responsabilidade Fiscal.

**2.3 AUSÊNCIA DE PROCESSO LICITATÓRIO**

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.3 A3(Q1) - Ausência de processo licitatório

3.3.1 Critérios: Regulamento - Regulamento de Licitações da Cesan 015.02/2023, art.19.

3.3.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

2.3.3 Situação encontrada

Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

Após o exame das três remessas de documentos trazidos aos autos pela Cesan, foi possível constatar que não há um processo licitatório autuado para a licitação da PPP em análise, estando os documentos em protocolos digitais distintos da Companhia.

Tal conclusão foi confirmada na reunião realizada via teams, em 15/5/2024, com a participação de membros da equipe da presente fiscalização e membros da equipe de projeto da Cesan e da FGV, em que, diante do questionamento sobre o número do processo licitatório, foi informado pelos representantes da Cesan que o processo ainda não havia sido autuado, por compreenderem que deveria ser autuado apenas após o pronunciamento definitivo do TCEES.

Independentemente do entendimento da equipe de projeto da Cesan, fato é que, nos termos do art. 19 do Regulamento de Licitações da Cesan - RLC, após concluídos os estudos preliminares, o primeiro passo é autuar o processo licitatório, juntando toda a documentação que embasará a licitação e a futura contratação com a solicitação expressa, formal e por escrito da unidade requisitante interessada, com indicação de sua necessidade, contendo os requisitos técnicos mínimos e o orçamento estimado para a futura contratação, para que o processo prossiga em seus ulteriores termos sequenciados no referido art. 19, como se vê a seguir:

Seção III

Da Fase Preparatória

Art. 18. As contratações de que trata este RLC deverão ser precedidas de planejamento, em harmonia com o planejamento estratégico da CESAN, elaborado pela unidade solicitante da contratação, o qual estabeleça os produtos ou resultados a serem obtidos, quantidades e prazos para entrega das parcelas, quando couber.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Art. 19. A fase preparatória da contratação atenderá a seguinte sequência de atos:

a) autuação do processo correspondente, que deverá ser protocolizado e numerado;

b) especificação do objeto, de forma precisa, clara e sucinta;

c) juntada ao procedimento do projeto básico nas licitações para contratação de obras e serviços de engenharia, ou a juntada de termo de referência, quando for o caso, que deverá contar com a realização dos levantamentos, estudos, pesquisas e exames necessários visando a identificação do objeto, prazos, termos e condições mais adequados para sua execução em face da necessidade a ser atendida;

d) estimativa do valor da contratação, na forma prevista neste RLC e Resoluções da Diretoria;

e) indicação dos recursos orçamentários;

f) juntada do projeto executivo (se for o caso), caso já tenha sido elaborado, ficando dispensado quando ele for objeto da contratação que se pretende;

g) definição do critério de julgamento e do regime de execução a serem adotados;

h) definição de direitos e obrigações das partes contratantes;

i) solicitação expressa, formal e por escrito da unidade requisitante interessada, com indicação de sua necessidade, contendo os requisitos técnicos mínimos e o orçamento estimado para a futura contratação;

j) aprovação da autoridade competente conforme alçada definida no Estatuto Social e Resoluções de Diretoria, para início do processo;

k) elaboração da minuta do instrumento convocatório e do contrato, quando for o caso da não utilização dos editais e minutas padrão, aprovado em anexo ao presente ou posteriormente através de expediente próprio;

l) parecer jurídico sobre a minuta do instrumento convocatório e de seus anexos emitido pela Coordenadoria de Assuntos Jurídicos da CESAN, quando não for utilizada minuta-padrão de edital;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

§ 1º. Serão juntados ao processo:

a) Solicitação expressa, formal e por escrito com a indicação de sua necessidade e requisição de compras;

b) autorização para instauração do processo;

c) termo de referência e, caso necessário, projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto;

d) indicação do recurso orçamentário;

e) instrumento convocatório e respectivos anexos, quando for o caso;

f) comprovante de publicidade da licitação;

g) ato de designação da comissão de licitação ou do pregoeiro, conforme o caso;

h) original das propostas e dos documentos que as instruírem;

i) atas, relatórios e deliberações da comissão de licitação ou do pregoeiro e da autoridade competente;

j) pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;

k) atos de adjudicação e homologação do objeto da licitação;

l) recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;

m) despacho de anulação, revogação, deserção ou fracasso da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;

n) termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;

o) outros comprovantes de publicações;

p) demais documentos relativos à licitação.

§ 2º. O termo de referência será precedido de estudo técnico preliminar, especialmente nos casos de objetos complexos e não usuais, com os seguintes elementos:

a) descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

b) demonstração da previsão da contratação, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da CESAN;

c) requisitos da contratação;

d) estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

e) levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

f) estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a CESAN optar por preservar o seu sigilo;

g) descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

h) justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

i) demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

j) providências a serem adotadas pela CESAN previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de empregados para fiscalização e gestão contratual;

k) contratações correlatas e/ou interdependentes;

l) descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

m) posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

§ 3º. O estudo técnico preliminar deve conter ao menos os elementos previstos nos incisos “a”, “d”, “f”, “i” e “m” do § anterior e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

§ 4º. Nos casos de contratações padronizadas de bens e remanescente de obras, o estudo técnico preliminar poderá ser simplificado ou dispensado.

Oportuno frisar, ainda, que (I) o processo licitatório deve conter toda a documentação necessária à definição do objeto, à estimativa do

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

valor da contratação e à formulação de propostas pelos licitantes, (II) todos os documentos disponibilizados com a publicação do edital estejam colacionados no processo licitatório em ordem lógica e cronológica dos fatos.

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, (I) a autuação de regular processo licitatório, contendo toda a documentação necessária à definição do objeto, à estimativa do valor da contratação e à formulação de propostas pelos licitantes, e (II) a inclusão no processo licitatório de todos os documentos disponibilizados com a publicação do edital, em ordem lógica e cronológica dos fatos.

3.3.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) seguiu com a abertura do processo (Protocolo 2024.010070) e com a juntada dos documentos que são pertinentes para o Projeto, considerando a dinâmica da modelagem de um projeto complexo como o presente; II) é necessário registrar que todos os documentos relevantes para instruir um processo licitatório da complexidade e envergadura do Projeto, com base na Lei Federal 11.079/2004 e Lei Federal 8.987/1995, já foram apresentados ao TCE/ES por meio dos protocolos eletrônicos já realizados; III) assim a questão suscitada no presente Achado é de natureza formal, já que todas as informações relevantes e necessárias indicadas no art. 19 do RLC já foram disponibilizadas à Corte de Contas (no máximo haveria pendências de providências internas da própria Cesan, as quais dificilmente implicarão impactos relevantes ao conteúdo dos documentos do Projeto).

3.3.4 Análise Técnica

Observa-se que a Cesan trouxe aos autos do presente processo, nos eventos 346-349, a cópia do processo licitatório instaurado para a licitação da PPP dos 43 municípios ora em análise, contendo os documentos essenciais ao futuro certame.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> Apesar de estar incompleta a cópia do processo licitatório, como se verifica no evento 349 (que termina com a folha 727 de 852 - Plano de Negócios Cesan 2024-2028), entende-se sanada a irregularidade, uma vez que está comprovada a instauração do processo e sua instrução com documentos essenciais ao certame.
>
> Diante do exposto, sugere-se o afastamento do achado, porém, com expedição de determinação à Cesan a fim de que inclua no processo licitatório todos os documentos disponibilizados com a publicação do edital, em ordem lógica e cronológica dos fatos.

Em relação ao presente item, o *Parquet* de Contas pugna pela manutenção do achado, devido à ausência de documentação fundamental ao certame. Entretanto, verifica-se que Área Técnica, apesar de sugerir o afastamento do achado, expediu determinação a fim de que a Cesan inclua no processo licitatório todos os documentos disponibilizados com a publicação do edital, em ordem lógica e cronológica dos fatos. Assim, essa determinação, por ser de cumprimento obrigatório, e não uma faculdade do ente, supre a deficiência apontada. Eventual descumprimento da determinação poderá ensejar medida corretiva por parte desta Corte de Contas. Assim, considerando que os presentes autos se tratam de acompanhamento para análise concomitante de edital, a perspectiva é a de aperfeiçoamento do processo licitatório, entendendo a Área Técnica que os elementos já constantes dos autos foram suficientes para a análise de sua competência.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

**2.4 FALTA DE CLAREZA NA MINUTA DO EDITAL**

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.4 A4(Q2) - Falta de clareza na minuta do edital
>
> 3.4.1 Critérios: Lei - 12527/2011, art. 5º.
>
> 3.4.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

2.4.3 Situação encontrada

Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

Verifica-se na análise da minuta do edital a existência de sete ocorrências do seguinte erro: “Erro! Fonte de referência não encontrada”.

Em todas as sete ocorrências, foi prejudicada a compreensão das cláusulas e condições editalícias, trazendo insegurança jurídica ao futuro certame e contrariando o art. 5º da Lei 12.527/2011, Lei de Acesso à Informação (LAI).

A título de exemplo, o subitem 16.42 da minuta do edital (evento 13, fl. 52) apresenta o problema citado e sua redação não é clara, não se sabendo qual subitem deveria ter sido referido no lugar do texto “Erro! Fonte de referência não encontrada”, conforme se vê a seguir:

16.42. Ressalvada as exigências de capacidade técnico-operacional do subitem Erro! Fonte de referência não encontrada., para as quais deve ser observada a disciplina do subitem 16.32, serão utilizados os seguintes critérios para a consideração de atestados emitidos em nome de consórcios dos quais PROPONENTES tenham integrado: (g. n.)

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação a fim de comprovar nos autos, antes da publicação do edital, a alteração da minuta do edital de modo a eliminar todos os erros “Fonte de referência não encontrada” e trazer clareza às cláusulas que apresentam referido problema.

3.4.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) todas as 7 (sete) referências cruzadas que foram identificadas com erro ao longo do Edital referem-se ao item 16.28, sendo que a minuta do Edital foi devidamente corrigida, a fim de constar a menção ao item 16.28 em todos os dispositivos que apresentaram erro em sua referência.

3.4.4 Análise Técnica

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> Fazendo uma busca pelo termo “Erro!”, foram encontradas seis (6) ocorrências na minuta do edital juntada ao processo licitatório (evento 346).
>
> Já na minuta do edital juntada no evento 336, fazendo-se a mesma busca, não foi encontrada nenhuma ocorrência.
>
> Isso demonstra que a versão do edital juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.
>
> Diante do exposto, sugere-se o afastamento do achado, porém, com a expedição de determinação a Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital, providenciar a juntada ao processo licitatório da versão atualizada da minuta do edital, de modo a eliminar todos os erros “Erro! Fonte de referência não encontrada” e trazer clareza às cláusulas que apresentam referido problema, e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Em relação ao presente item, o *Parquet* de Contas pugna pela manutenção do achado, devido ao reconhecimento da irregularidade. Entretanto, considerando o reconhecimento da Cesan em relação ao achado, o envio da versão corrigida do edital e a expedição de determinação, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.5 RESTRIÇÃO ILEGAL À ADJUDICAÇÃO DE MAIS DE UM LOTE PELO MESMO LICITANTE

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.5 A5(Q2) - Restrição ilegal à adjudicação de mais de um lote pelo mesmo licitante

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

3.5.1 Critérios: Constituição Federal - art. 170, §1º, Princípio Constitucional da Livre Iniciativa; Constituição Federal - art. 170, IV, Princípio Constitucional da Livre Concorrência; Constituição Federal - art. 37, Princípio Constitucional da Eficiência; Constituição Federal - art. 37, Princípio Constitucional da Legalidade; Constituição Federal - art. 37, XXI, Princípio Constitucional da Isonomia na Licitação; Constituição Federal - Princípio Constitucional da Proporcionalidade; Constituição Federal - Princípio Constitucional da Razoabilidade; Decisão - STF Reclamação (RCL) 68345/PR /2024; Lei - 14133/2021, art. 15, §IV.

3.5.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

2.5.3 Situação encontrada

Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

Os subitens 9.9, 9.10.1, 9.10.2 e 17.19 da minuta do edital (evento 13, fl. 19) dispõem que um mesmo proponente, isoladamente ou em consórcio, não poderá adjudicar mais de um lote, conforme se vê a seguir:

9.9. Não poderá ser adjudicado mais de um LOTE por PROPONENTE, direta ou indiretamente, isoladamente ou em CONSÓRCIO.

9.10. A vedação referida no subitem 9.9 se aplica igualmente à:

9.10.1 Empresa CONTROLADA, CONTROLADORA, coligada, sob controle comum ou pertencente ao mesmo grupo societário da PROPONENTE;

9.10.2 LICITANTE, isoladamente ou em CONSÓRCIO, em LOTE que integre CONSÓRCIO declarado vencedor da disputa realizada em outro LOTE.

[...]1

7.19. Após classificação definitiva de todas as PROPOSTAS COMERCIAIS, com encerramento do procedimento em relação a todos os LOTES na ordem estabelecida pelo subitem 17.11, caso uma mesma PROPONENTE seja classificada em primeiro lugar em mais de um LOTE, esta PROPONETE deverá selecionar o LOTE de sua

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

preferência e desistir de sua PROPOSTA COMERCIAL para o outro LOTE.

Essas previsões editalícias foram justificadas no Caderno de Justificativas (evento, fls. 77-79) ao argumento de que serviriam de instrumento para comparar a eficiência de concessionárias diferentes e mitigar eventual risco de inexecução sistemática dos contratos, citando em seu amparo os Acórdãos TCU- Plenário 2666/2013 e 2287/2020 e os Acórdãos nos processos TCE-SP 13219.989.20-9 e 879/007/07.

Apesar das justificativas apresentadas, entende-se que tais regras editalícias contrariam o Princípio Constitucional da Legalidade (art. 37 da CRFB), uma vez que à Administração Pública só é permitido fazer o que a lei dispõe, não existindo norma legal que impeça que um mesmo licitante adjudique mais de um lote em uma mesma licitação, se demonstrar capacidade para tal.

De outro norte, contrariam também os Princípios Constitucionais da Livre Iniciativa e da Livre Concorrência (art. 170, caput, IV, e § 1º, da CRFB), da Razoabilidade e da Proporcionalidade, uma vez que limitam sem permissão legal e sem motivo razoável o livre e pleno exercício da atividade econômica e da concorrência, conforme se vê a seguir:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

IV - livre concorrência;

[...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

Além das violações citadas, as regras editalícias em comento também ferem o Princípio Constitucional da Eficiência (art. 37 da CRFB), uma

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

vez que o edital não prevê que, em caso de um mesmo licitante apresentar a melhor proposta para os dois lotes e tiver que desistir de um deles, o segundo colocado apenas possa adjudicar o lote de que o primeiro colocado desistiu se oferecer ao menos o mesmo valor ofertado pelo licitante desistente.

A ausência dessa regra permite que a Cesan não obtenha a proposta mais vantajosa, o que contraria o Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública.

Oportuno salientar, ainda, que a licitação da PPP da Companhia de Saneamento do Paraná (Sanepar) foi suspensa por decisão liminar do TCE-PR , atendendo pedido da Empresa Aegea, com entendimento de que idênticas cláusulas previstas no edital daquele certame restringiriam indevidamente a competitividade. A liminar foi cassada pelo Poder Judiciário do Estado do Paraná, mas a suspensão da licitação foi concedida por decisão monocrática do Ministro do STF Flávio Dino em sede Reclamação Constitucional proposta pela Aegea.

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação a fim de comprove nos autos, antes da publicação do edital (I) a exclusão de qualquer cláusula que impeça que um licitante adjudique mais de um lote; e, (II) caso o TCE-ES entenda pela legalidade das cláusulas que impedem a adjudicação de mais de um lote pelo mesmo licitante, a alteração das regras editalícias, de modo a condicionar a adjudicação do lote em que o licitante que ofereceu a melhor proposta tiver desistido por não poder adjudicar os dois lotes ao oferecimento, pelo menos, do mesmo valor ofertado pelo licitante desistente.

3.5.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) Apesar de existir precedentes de projetos de infraestrutura que veicularam restrições de natureza similar, a CESAN opta por acatar o posicionamento do NDR, tendo promovido ajustes para excluir a restrição em tela, com a manutenção da licitação em dois lotes.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> 3.5.4 Análise Técnica
>
> Observa-se que a minuta do edital juntada no processo licitatório (evento 346) não foi alterada, continuando a vedar a adjudicação de mais de um lote pelo mesmo licitante.
>
> De outro norte, a minuta do edital juntada no evento 336 foi alterada, tendo sido excluídos os subitens 9.9, 9.10 e 17.19 e alterado o subitem 9.8, de modo a permitir a adjudicação de mais de um lote pelo mesmo licitante.
>
> Isso demonstra que a versão do edital juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.
>
> Diante do exposto, sugere-se o afastamento do achado, porém, com a expedição de determinação a Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital, providenciar a juntada ao processo licitatório da versão atualizada da minuta do edital, de modo a deixar induvidoso que será permitida a adjudicação de mais de um lote pelo mesmo licitante, e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Em relação ao presente item, divirjo do posicionamento técnico, conforme passo a explicar.

O presente achado refere-se à restrição ilegal à adjudicação de mais de um lote pelo mesmo licitante, e o que o gerou foi o fato de que incialmente subitens da minuta do edital (9.9, 9.10.1, 9.10.2 e 17.19) vedavam que um mesmo proponente, isoladamente ou em consórcio adjudicasse mais de um lote. Abaixo, transcrevemos os itens:

> 9.9. Não poderá ser adjudicado mais de um LOTE por PROPONENTE, direta ou indiretamente, isoladamente ou em CONSÓRCIO.
>
> 9.10. A vedação referida no subitem 9.9 se aplica igualmente à:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> 9.10.1 Empresa CONTROLADA, CONTROLADORA, coligada, sob controle comum ou pertencente ao mesmo grupo societário da PROPONENTE;
> 9.10.2 LICITANTE, isoladamente ou em CONSÓRCIO, em LOTE que integre CONSÓRCIO declarado vencedor da disputa realizada em outro LOTE.
> [...]1
> 7.19. Após classificação definitiva de todas as PROPOSTAS COMERCIAIS, com encerramento do procedimento em relação a todos os LOTES na ordem estabelecida pelo subitem 17.11, caso uma mesma PROPONENTE seja classificada em primeiro lugar em mais de um LOTE, esta PROPONETE deverá selecionar o LOTE de sua preferência e desistir de sua PROPOSTA COMERCIAL para o outro LOTE.

A justificativa inicialmente apresentada pela Cesan baseou-se no argumento de que a medida serviria de instrumento para proporcionar comparabilidade da eficiência de concessionárias diferentes e mitigar eventual risco de inexecução sistemática dos contratos. Entretanto, nesse primeiro momento, a Área Técnica, por meio do Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325), entendeu por essa impossibilidade, diante do princípio da legalidade, da livre concorrência, da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência.

A Área Técnica ainda narrou que a licitação da PPP da Companhia de Saneamento do Paraná (Sanepar) teria sido suspensa por decisão liminar do TCE-PR, atendendo pedido da Empresa Aegea, com entendimento de que idênticas cláusulas previstas no edital daquele certame restringiriam indevidamente a competitividade. A liminar teria sido cassada pelo Poder Judiciário do Estado do Paraná, mas a suspensão da licitação teria sido concedida por decisão monocrática do Ministro do STF, em sede Reclamação Constitucional proposta pela Aegea.

Dessa forma, sugeriu notificar a Cesan para que prestasse esclarecimentos, observando que, ao final, mantendo-se o achado, se expedisse determinação a fim de se comprovar nos autos, antes da publicação do edital, a exclusão de qualquer

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

cláusula impeditiva no sentido de que um licitante adjudicasse mais de um lote; e, caso o Tribunal de Contas entendesse pela legalidade das cláusulas que impediriam a adjudicação de mais de um lote pelo mesmo licitante, que se alterassem as regras editalícias, de modo a condicionar a adjudicação do lote em que o licitante que ofereceu a melhor proposta tivesse desistido (por não poder adjudicar os dois lotes) ao oferecimento, pelo menos, do mesmo valor ofertado pelo licitante desistente.

Em resposta a Cesan alegou que apesar de existir precedentes de projetos de infraestrutura que veiculariam restrições de natureza similar, optaria por acatar o posicionamento da Área Técnica, promovendo então ajustes para excluir a limitação.

Essa alteração fez com que a Área Técnica, agora por meio da Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6, se manifestasse nos seguintes termos:

> Observa-se que a minuta do edital juntada no processo licitatório (evento 346) não foi alterada, continuando a vedar a adjudicação de mais de um lote pelo mesmo licitante.
> De outro norte, a minuta do edital juntada no evento 336 foi alterada, tendo sido excluídos os subitens 9.9, 9.10 e 17.19 e alterado o subitem 9.8, de modo a permitir a adjudicação de mais de um lote pelo mesmo licitante.
> Isso demonstra que a versão do edital juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.
> Diante do exposto, sugere-se o afastamento do achado, porém, com a expedição de determinação a Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital, providenciar a juntada ao processo licitatório da versão atualizada da minuta do edital, de modo a deixar induvidoso que será permitida a adjudicação de mais de um lote pelo mesmo licitante, e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Pois bem.

Inicialmente, cabe observar que a decisão liminar concedida no bojo da Reclamação 68.345/PR, concedida monocraticamente, foi revogada pelo Relator, que também, monocraticamente, negou seguimento à reclamação, com fulcro no art. 21, § 1º do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Destarte, a liminar outrora concedida, e agora cassada, não pode servir de argumento para que se considere indevida cláusula que limite que mesmo licitante adjudique mais de um lote.

Dito isso, devo explicar que minha divergência com o posicionamento da Área Técnica expresso no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 e na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6 se dá pelo fato de que, indubitavelmente, a regra que impede a adjudicação de mais de um lote para a mesma licitante constitui-se, em tese, medida que pode proporcionar comparação entre diferentes prestadores, bem como mitigar risco de inexecução do contrato, ao evitar que determinado licitante assuma, no afã de aumentar suas receitas, obrigações que não poderia cumprir. Isso ainda na perspectiva de que o valor do objeto do certame é estimado em R$ 6,7 bilhões; ou seja, não se trata de objeto simples, que, caso frustrada a sua correta execução por parte do parceiro/contratado, poderá ensejar de forma trivial novo certame para a escolha de novo parceiro. Não se trata disso.

Assim, penso que o desenho inicial do edital por parte da Cesan, em impossibilitar a adjudicação da mesma licitante em mais de um lote, pode ampliar a participação na execução das políticas públicas, já que haverá mais contratados, o que reduz riscos de execução insatisfatória do objeto. Tal medida militaria no sentido de se evitar que um mesmo licitante se comprometesse além de suas capacidades, o que, se fosse o caso, colocaria em risco a execução da parceria.

Devo observar, entretanto, que a escolha em relação a limitar ou não é discricionária do jurisdicionado, que deverá, de forma fundamentada, decidir se impõe a cláusula limitadora ou não.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Nessa discricionariedade, entretanto, é fundamental que duas observações sejam feitas, caso a Cesan opte pela limitação:

a) A primeira, é no sentido de que não se vede a participação de mesmo licitante em mais de um lote. O que se vislumbra possível é que se vede a adjudicação de mais de um lote à mesma licitante. Nesse caso, se o mesmo licitante vencer os dois lotes, deverá ser convocado para escolher qual deles deseja adjudicar e firmar a parceria.

b) A segunda observação é no sentido de que deverá o edital prever cláusula que condicione a adjudicação do lote desistido (devido ao impedimento de se adjudicar mais de um lote) ao oferecimento, pelo menos, do mesmo valor ofertado pelo licitante desistente. Assim, o segundo colocado deverá ser convocado para informar se aceita a adjudicação do lote pelo mesmo valor do primeiro colocado desistente, devendo haver convocações subsequentes até que o valor inicial seja aceito. Não havendo essa aceitação por nenhum licitante, o lote deverá ser relicitado, vedando-se a participação daquela licitante que tiver adjudicado o lote diverso.

Em suma, a escolha em se limitar a adjudicação de licitante a um único lote é discricionária da Cesan, mas não sendo possível que se vede a participação em mais de um lote, que deverá ser ampla e irrestrita. Deve-se ainda estipular a convocação dos outros licitantes para que declarem se aceitam ou não adjudicarem o objeto pelo valor do licitante vencedor impedido.

Diante do exposto, afasto o achado, divergindo do entendimento técnico e ministerial.

## 2.6 IMPROPRIEDADES NAS EXIGÊNCIAS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.6 A6(Q2) - Impropriedades nas exigências de qualificação técnico-operacional
> 3.6.1 Critérios: Acórdão - TCU 2291/2021, Plenário; Acórdão - TCU 849/2014, Segunda Câmara; Constituição Federal - art. 37,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Princípio Constitucional da Eficiência; Constituição Federal - Princípio Constitucional da Proporcionalidade; Constituição Federal - Princípio Constitucional da Razoabilidade; Lei - 14133/2021, art. 5º.

3.6.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

2.6.3 Situação encontrada

Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

As alíneas “a” e “b” do subitem 16.42 da minuta do edital (evento 13) estabelecem regras distintas para a comprovação dos requisitos de qualificação técnico-operacional previstos nos subitens 16.27 e 16.33.

A alínea “a” traz regras distintas para consórcios homogêneos e heterogêneos, enquanto a alínea “b” traz regra para somatório do valor do atestado conforme o percentual de participação da consorciada no negócio para o qual o atestado foi emitido.

No entanto, tais regras não são adequadas ao fim pretendido pela Cesan, uma vez que os subitens 16.27 e 16.33 tratam de requisitos técnico-operacionais relativos exclusivamente a valores monetários (valor de empreendimento de infraestrutura realizado e valor captado em operação de crédito de longo prazo).

Isto porque, no caso da alínea “a”, é indiferente para a comprovação da experiência de realização de infraestrutura de determinado valor saber se o consórcio era homogêneo ou heterogêneo, pois o que se quer comprovar é a capacidade operacional financeira para realizar a infraestrutura no valor exigido, não importando o segmento de negócio da concessionária no consórcio.

Já no caso da alínea “b” como o objetivo é comprovar a capacidade operacional de obter empréstimo de longo prazo em determinado valor, não se mostra adequado que uma empresa – cuja participação no consórcio do negócio para o qual o atestado foi emitido foi de 51%, contribuindo, por exemplo, com R$ 51 milhões em um empréstimo de R$ 100 milhões – tenha seu atestado contado na licitação como R$ 100 milhões, pois isso fragilizaria a comprovação que se exigiu no edital, colocando em risco a execução do futuro contrato.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Observa-se, também, que os subitens 16.31 e 16.31.1 da minuta do edital limitam o somatório de atestados a apenas dois atestados, sem qualquer justificativa, conforme se vê a seguir:

16.31. Para atendimento das exigências previstas nos subitens 16.27 e Erro! Fonte de referência não encontrada., as PROPONENTES poderão somar seus atestados, desde que um dos atestados apresentados seja igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) dos valores exigidos nos respectivos itens.

16.31.1. Em se tratando de participação em CONSÓRCIO, as empresas CONSORCIADAS poderão somar seus atestados para atendimento da exigência dos subitens 16.27 e Erro! Fonte de referência não encontrada., desde que observada a regra disposta no subitem 16.31. Os atestados poderão ser apresentados em nome de qualquer CONSORCIADA, independentemente de seu percentual de participação no CONSÓRCIO. (g. n.)

Oportuno destacar que o Parecer PGE/PPE 319/2023 (evento 201, fls. 152-174) fez recomendação para justificativa dessa limitação, conforme se vê a seguir:

E) deve ser apresentada justificativa objetiva para a limitação ao somatório de atestados constantes nos Itens 17.31 e 17.33.1 (RECOMENDAÇÃO Nº 18);

As regras editalícias em comento contrariam os Princípios Constitucionais da Eficiência, da Razoabilidade e da Proporcionalidade, bem como o art. 5º, caput, da Lei 14.133/2021 - Princípio da Motivação dos Atos Administrativos e Princípio da Competitividade , e o disposto no Acórdão TCU849/2014-Segunda Câmara e no Acórdão TCU 2291/2021-Plenário .

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação a fim de comprovar nos autos, antes da publicação do edital, (I) a exclusão do subitem 16.42, alíneas “a” e “b”, da minuta do edital, ou sua alteração para que se aplique apenas aos atestados exigidos no subitem 16.28 da minuta

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

do edital, (II) a justificativa expressa e fundamentada caso vede/limite o somatório de atestados.

3.6.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (evento 335) em síntese que:

I) considerando que o item 16.28 do edital possui regras específicas para a aceitação dos atestados, delineadas pelo item 16.32, a Cesan entende que não cabe vincular a regra do Item 16.42, alínea ‘a’, para comprovação da experiência do item 16.28; II) paralelamente, considerando que o item 16.27 do edital versa na realidade sobre uma experiência primordialmente de obra (com o qualificador da magnitude de investimentos subjacentes), entende-se viável e prudente a consideração da natureza do consórcio, para hipóteses nas quais licitantes apresentem atestados em nome de consórcios que integraram; III) a Cesan também reputa que a alínea ‘b’ do item 16.42 deve ser mantida, pois trata-se de regra flexível que visa à ampliação da competitividade do certame e possui precedente nos projetos da PPP SANEPAR Centro Litoral (Item 22.13.1.417) e PPP SANEPAR Centro-Leste Oeste (Item 22.12.1.718), sendo relevante a analogia sobre a consideração de atestados de empresas controladas da licitante em que basta que a empresa licitante detenha o controle acionário superior a 50% da empresa detentora do atestado, para que esta documentação seja integralmente aproveitada pela licitante, não se vislumbrando qualquer irregularidade em regra similar aplicada à participação superior a 50% no consórcio responsável por determinado empreendimento e detentor do correspondente atestado.

3.6.4 Análise Técnica

Quanto à alínea “a” do subitem 16.42 da minuta do edital, entende-se que não faz sentido algum diferenciar o tipo de consórcio em relação a uma obrigação de valor de uma obra e não em relação às características técnicas de sua execução (atividade desempenhada), pois o que diferencia consórcios homogêneos de heterogêneos é o tipo de atividade empresarial de cada consorciado.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> Contudo, modifica-se a proposta de encaminhamento quanto a este item para expedição de recomendação em vez de determinação, por se entender que, nesse caso específico, a opção da Cesan está dentro de sua esfera discricionária de estabelecer a exigência de qualificação técnico-operacional do modo que, em sua concepção, melhor atenda à necessidade da contratação.
>
> Em relação à alínea "b" do subitem 16.42, acolhe-se o argumento da Cesan, uma vez que realmente a exigência amplia a competitividade, estando, igualmente, nesse caso específico, dentro de sua esfera de discricionariedade estabelecer a exigência de qualificação técnico-operacional do modo que, em sua concepção, melhor atenda à necessidade da contratação.
>
> Quanto aos subitens 16.31 e 16.31.1 da minuta do edital, entende-se que assiste razão à Cesan, uma vez que realmente a exigência não limita o número de atestados, apenas exigindo que um dos atestados apresentados seja igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) dos valores exigidos nos respectivos itens.
>
> Diante do exposto, sugere-se o afastamento do achado, porém, com expedição de recomendação à Cesan a fim de excluir a alínea "a" do subitem 16.42 da minuta do edital, de modo a não estabelecer regras diferentes para consórcios homogêneos e heterogêneos relativamente à aceitação dos atestados destinados à comprovação da exigência constante no subitem 16.27 da minuta do edital.

Em relação ao presente item, o *Parquet* de Contas insurge-se quanto à cláusula editalícia que exige que um dos atestados apresentados seja igual ou inferior a 50% dos valores exigidos nos respectivos itens, considerando configurar essa exigência em restrição à competitividade e direcionamento do certame.

Como se verifica da transcrição acima, a Área Técnica esposou o entendimento de que a exigência constante dos subitens 16.31 e 16.31.1 da minuta do edital, não limitaria o número de atestados, pois apenas exigiria que um deles fosse igual ou

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

superior a 50% (cinquenta por cento) dos valores exigidos nos respectivos itens, sejam, portanto, medida razoável, em meu entender, por buscar garantir a capacidade do futuro parceiro no empreendimento. Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.7 IRREGULARIDADES NAS DISPOSIÇÕES EDITALÍCIAS SOBRE QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.7 A7(Q2) - Irregularidades nas disposições editalícias sobre qualificação econômico-financeira
> 3.7.1 Critérios: Acórdão - TCE-RJ Processo 233.650-3/2018; Regulamento - Regulamento de Licitações da Cesan INS.015.02/2023, art.49, §1º, 2º e 6º, III, IV, V, VI e VII, "a"; Súmula - TCU 289/2012.
> 3.7.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> 2.7.3 Situação encontrada
> Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.
> As alíneas “a” e “b” do subitem 16.11 da minuta do edital (evento 13, fl. 42) exigem de Sociedades Empresárias e administradoras e/ou gestoras de fundos certidão negativa de pedido de falência e das sociedades simples certidão relativa à execução patrimonial.
> Ocorre que tais exigências não têm previsão legal, sendo, portanto, ilícitas.
> O inciso III do art. 49 do Regulamento de Licitações da Cesan (RLC) permite a exigência de certidão negativa de falência, o que é diferente de certidão negativa de pedido de falência. A certidão negativa de pedido de falência pode restringir indevidamente a competitividade do certame, pois estão impedidas de participar quaisquer empresas que tiverem um pedido de falência em seu desfavor, independentemente de ter sido declarada ou não a falência.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Art. 49. Para a documentação relativa à qualificação econômico-financeira poderão ser exigidos documentos aptos a demonstrar a boa situação financeira do licitante, observado o objeto contratado, tais como:

[...]

III - Certidão negativa de falência ou recuperação judicial ou extrajudicial expedida pelo distribuidor ou pelos cartórios de registro de falências da sede da pessoa jurídica ou, quando for o caso, de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;

De outro norte, é igualmente ilícita e indevidamente restritiva à competitividade a apresentação de certidão de execução patrimonial, mesmo que não prevista no inciso III do art. 49 do RLC, uma vez que a simples existência de ações de execução contra uma empresa nada diz sobre sua capacidade econômico-financeira, pois, por exemplo, todas as ações podem ser julgadas improcedentes.

Poder-se-ia exigir das sociedades simples a certidão negativa de insolvência civil, que equivaleria à certidão negativa de falência para as sociedades empresárias.

O valor do índice de endividamento total (IET), menor ou igual a 0,7, previsto no subitem 16.13.2 da minuta do edital (evento 13, fl. 43), não é usual e não está justificado em estudo específico, conforme da Súmula 289 do TCU e art. 49, §§ 1º, 2º e 6º, alínea “a” do RLC. O valor usualmente exigido para o IET é menor ou igual a 1,0.

SÚMULA TCU 289: A exigência de índices contábeis de capacidade financeira, a exemplo dos de liquidez, deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender às características do objeto licitado, sendo vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade.

REGULAMENTO DE LICITAÇÕES DA CESAN

Art. 49. Para a documentação relativa à qualificação econômico-financeira poderão ser exigidos documentos aptos a demonstrar a boa situação financeira do licitante, observado o objeto contratado, tais como:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

[...]

§ 1º. A comprovação da boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, por meio de cálculo de índices contábeis previstos no instrumento convocatório e devidamente justificados no processo administrativo da licitação, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados.

§ 2º. A exigência constante no § 1° limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir, vedada a fixação de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 6º. Nas licitações, inclusive para obras e serviços de engenharia, poderão ser exigidos:

[...]

a) Em casos excepcionais, nos processos de licitação cujo objeto seja de grande vulto e alta complexidade, poderão ser utilizados índices distintos dos constantes dos incisos deste artigo, desde que devidamente justificado e aprovado pela Autoridade Competente;

Igualmente, o índice de alavancagem (IA) e seu valor, menor ou igual a 14, previstos no subitem 16.13.3 da minuta do edital (evento 13, fl. 43), e o índice de cobertura de benefícios (ICB) e seu valor, maior ou igual a 0,7, previstos no subitem 16.13.4 da minuta do edital (evento 13, fl. 43), não são usuais e não estão justificados em estudo específico, conforme da Súmula 289 do TCU, art. 49, §§ 1º, 2º e 6º, alínea “a” do RLC e Processo TCE-RJ 233.650-3/18 - Acórdão de 13/11/2018 .

Oportuno destacar que o Parecer PGE/PPE 319/2023 (evento 201, fls. 152-174) recomendou justificar os índices contábeis não usuais, conforme se vê a seguir:

A) no item 17.13, deverá ser justificada de forma objetiva os índices estabelecidos para fins de qualificação econômico-financeira, demonstrando serem adequados ao objeto da contratação, considerando que “é vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

da licitação" (art. 69, §5º, da Lei Federal nº 14.133/2021) (RECOMENDAÇÃO Nº 14);

O subitem 16.16 da minuta do edital (evento 13, fls. 44-45) trata da documentação exigida das empresas em recuperação judicial em desacordo com o art.49, caput, IV, V, VI e VII do RLC.

REGULAMENTO DE LICITAÇÕES DA CESAN

Art. 49. Para a documentação relativa à qualificação econômico-financeira poderão ser exigidos documentos aptos a demonstrar a boa situação financeira do licitante, observado o objeto contratado, tais como:

[...]

IV - Será permitida a participação de empresas em recuperação judicial ou extrajudicial, desde que apresentado o devido Plano de Recuperação, já homologado pelo juízo competente e em pleno vigor, apto a comprovar sua viabilidade econômico-financeira, inclusive, pelo atendimento a todos os requisitos de habilitação econômico-financeiras estabelecidos no edital;

V - A licitante deve apresentar certidão emitida pela instância judicial competente que certifique que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar do procedimento licitatório;

VI - No caso de empresas em situação de recuperação judicial, apresentação de cópia do ato de nomeação do administrador judicial ou se o administrador for pessoa jurídica, o nome do profissional responsável pela condução do processo e, ainda, declaração, relatório ou documento equivalente do juízo ou do administrador, de que o plano de recuperação judicial está sendo cumprido;

VII - No caso de empresas em situação de recuperação extrajudicial deve ser apresentada documentação de comprovação documental de que as obrigações do plano de recuperação extrajudicial estão sendo cumpridas.

Diante do exposto, sugere-se notificar Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a alteração (I) das alíneas a e b

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

do subitem 16.11 da minuta do edital de modo a excluir as exigências de certidão negativa de pedido de falência e de certidão relativa à execução patrimonial, (II) do subitem 16.13.2 da minuta do edital de modo a justificar com base em estudo fundamentado o valor do índice de endividamento total (IET) ou adotar o valor usual, (III) do subitem 16.13.3 da minuta do edital de modo a excluir ou justificar com base em estudo fundamentado o índice de alavancagem (IA) e seu valor (IV) do subitem 16.13.4 da minuta do edital de modo a excluir ou justificar com base em estudo fundamentado o índice de cobertura de benefícios (ICB) e seu valor, e (V) do subitem 16.16 da minuta do edital de modo a adequá-lo ao disposto no art.49, caput, IV, V e VI do RLC.

3.7.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) em relação ao apontamento da certidão negativa de falência e certidão de execução patrimonial, a CESAN informa que irá promover as alterações necessárias às alíneas “a” e “b” do item 16.11 do Edital, para fazer constar o requerimento de Certidão Negativa de Falência, bem como para excluir o pedido referente à Certidão de Execução Patrimonial; II) em relação ao valor do IET, as alegações do NDR não se coadunam com o nível de investimento contemplado pelo projeto, que implicará necessidade de substancial financiamento via dívida pela concessionária; III) na licitação da PPP Cariacica, o valor utilizado para fins de IET foi de índice menor ou igual a 0,8 (oito décimos), sendo que o valor estimado do contrato perfazia a quantia de R$ 829.550.422,57; IV) no bojo do projeto, o valor estimado das receitas estimadas (soma simples), para fazer frente aos investimentos, é de R$ 4.394.424.000,00 (quatro bilhões, trezentos e noventa e quatro milhões, quatrocentos e vinte e quatro mil reais) para o Lote A, e de R$1.733.075.000,00 (um bilhão, setecentos e trinta e três milhões, setenta e cinco mil reais) para o Lote B; V) a diferença da exigência a título de IET entre os projetos é de apenas 0,1 (um décimo) e considerando a magnitude dos valores estimados do projeto, muito superior àquela da PPP Cariacica, não é só razoável,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

mas, necessário um IET mais rigoroso, enquanto exigência econômico-financeira indispensável a garantir o cumprimento do(s) futuro(s) contrato(s), em linha com o art. 37, XXI, da Constituição Federal; VI) realizou-se um levantamento de dados de mercado relativos ao IET de empresas privadas e públicas, cujos resultados são apresentados nas Tabelas 1 e 2, onde se verifica que parâmetro do índice IET (menor ou igual a 0,7) foi estabelecido de acordo com a realidade do setor, como apresentado nas referidas tabelas; VII) a Tabela 1 apresenta os dados de balanço para cálculo desse indicador, considerando apenas dados de operadores privados, no ano de 2022, apresentando a última coluna o resultado do IET para cada empresa nesse ano e ao final, bem como a mediana do indicador; VIII) destaca-se que a mediana observada está em linha com a exigência do Edital de Licitação - ou seja, menor do que 0,7 para IET; IX) a Tabela 2 apresenta as mesmas informações da Tabela 1, no entanto, considerando empresas públicas e de economia mista; X) a mediana observada para empresas estatais é similar àquela observada em empresas privadas, em alinhamento às exigências de qualificação econômico-financeira do Edital de Licitação, entendendo a Cesan que o IET exigido no Projeto é adequado; XI) outros grandes e similares projetos do setor também consideram o valor de IA como igual ou inferior a 14,0 (quatorze) e o valor de ICB igual ou superior a 0,7 (sete décimos), estando claro que a adoção do IA inferior ou igual a 14 (quatorze) e do ICB igual ou superior a 0,7 (sete décimos) é lugar-comum em projetos similares do setor de saneamento, de modo que não há que se falar que os índices adotados no presente caso sejam não usuais ou não justificados; XII) quanto ao Item 16.16 do edital, que traz regras para licitantes em Recuperação Judicial ou Extrajudicial, a Cesan acata o entendimento do d. NDR, de modo que o Item 16.16 do Edital foi ajustado para contemplar os incisos IV, V, VI e VII do art. 49 do RLC.

3.7.4 Análise Técnica

Verifica-se que o subitem 16.11 da minuta do edital juntada no evento 336 foi alterado, não mais constando as exigências de certidão

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

negativa de pedido de falência e de certidão relativa à execução patrimonial para sociedades simples, tendo sido incluídas exigências de Certidão Negativa de Falência, Concordata e Recuperação Judicial ou Extrajudicial para Sociedade Empresária e para administradora(s) e/ou gestora(s) de fundo(s) e de certidão negativa de insolvência civil para sociedades simples.

No entanto observa-se que a minuta do edital juntada no processo licitatório (evento 346) não foi alterada, continuando a exigir certidão negativa de pedido de falência e de certidão relativa à execução patrimonial para sociedades simples.

Dessa forma entende-se sanada essa parte do achado, mas necessária a expedição de determinação à Cesan a fim de que junte ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do edital.

Em relação ao valor do IET, verifica-se que a Cesan apresentou estudo baseado nas informações do SNIS que demonstra que as empresas de saneamento apresentam IET na mediana do valor exigido no edital (0,7), atendendo assim ao disposto na Súmula 289/TCU.

Frisa-se que por limitação de escopo não foram conferidos os dados do estudo em questão, aceitando-os como verdadeiros em razão dos princípios da boa-fé objetiva e da lealdade processual, bem como da fé-pública do atos praticados por agentes públicos.

Já em relação ao IA e ao ICT, entende-se que a prática reiterada da exigência dos referidos índices e valores em outras licitações não pode ser considerado estudo técnico nos moldes preconizados na Súmula 289/TCU.

Portanto, tais índices não estão entre os previstos no art. 49, §6º, do RLC, e tampouco estão justificados em estudo específico, conforme da Súmula 289 do TCU, art. 49, §§ 1º, 2º e 6º, alínea “a” do RLC e Processo TCE-RJ 233.650-3/18 - Acórdão de 13/11/2018.

Dessa forma, sugere-se a manutenção dessa parte do achado.

Quanto ao subitem 16.16 da minuta do edital juntada no evento 336, verifica-se que foi alterado de modo a exigir o cumprimento dos incisos IV, V, VI e VII do art. 49 do RLC.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> No entanto observa-se que a minuta do edital juntada no processo licitatório (evento 346) não foi alterada, continuando a não exigir o cumprimento dos incisos IV, V, VI e VII do art. 49 do RLC.
>
> Dessa forma entende-se sanada essa parte do achado, mas necessária a expedição de determinação à Cesan a fim de que junte ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do edital.
>
> Diante do exposto, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan a fim de, (I) antes da publicação do edital, (a) alterar o subitem 16.13.3 da minuta do edital de modo a excluir ou justificar com base em estudo fundamentado o índice de alavancagem (IA) e seu valor e (b) alterar o subitem 16.13.4 da minuta do edital de modo a excluir ou justificar com base em estudo fundamentado o índice de cobertura de benefícios (ICB) e seu valor, (c) juntar ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do edital e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.8 IRREGULARIDADE NAS REGRAS EDITALÍCIAS SOBRE APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS E LANCES

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.8 A8(Q2) - Irregularidade nas regras editalícias sobre apresentação de propostas e lances
>
> 3.8.1 Critérios: Acórdão - TCU 306/2013, Plenário; Lei - 13303/2016, art. 40, IV; Lei - 14133/2021, art. 5º; Regulamento de Licitações da Cesan INS.015.02/2023, art.71; Regulamento de Licitações da Cesan INS.015.02/2023, art.74, §1º; Regulamento de Licitações da Cesan INS.015.02/2023, art.75, II; Regulamento de Licitações da Cesan INS.015.02/2023, art.93.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

3.8.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

2.8.3 Situação encontrada

Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

O subitem 17.2.1 da minuta do edital (evento 13, fl. 55) dispõe que após o recebimento dos envelopes – depois, portanto, da publicação do edital – será publicado comunicado relevante, em até 1 (um) dia útil antes da sessão pública, para estipular a ordem sequencial de abertura dos envelopes e de eventual fase de lances à viva-voz dos lotes.

Ocorre que tal regra afronta o art. 71 que estabelece que a fase de apresentação de lances ou propostas e a sequência das fases do procedimento licitatório serão detalhadas no instrumento convocatório do certame, observando-se o modo de disputa adotado.

Além disso, o subitem 17.2.1 da minuta do edital conflita com os subitens que tratam da sessão pública e dos lances, uma vez que tais subitens já estabelecem (I) a ordem de abertura dos envelopes, iniciando-se pelo envelope 1 (garantia de proposta), depois pelo envelope 2 (proposta), abrindo-se o envelope 3 (documentos de habilitação) apenas do licitante classificado provisoriamente em primeiro lugar, e (II) o detalhamento da fase de lances.

Os subitens 17.9 e 17.9.1 da minuta do edital limitam o número de licitantes que poderão oferecer lances, afrontando o art.75, II do RLC, que não traz nenhuma limitação à oferta de lances, conforme se vê a seguir:

MINUTA DO EDITAL DE LICITAÇÃO

17.9. Serão elegíveis para a fase de lances todas as PROPONENTES cujas PROPOSTAS COMERCIAIS possuam valor de PREÇO UNITÁRIO até 25% (vinte cinco por cento) superior ao ofertado na PROPOSTA COMERCIAL classificada em primeiro lugar.

17.9.1. Caso não haja PROPOSTAS COMERCIAIS cujos valores se situem no intervalo de variação acima indicado, serão classificadas as 3 (três) melhores PROPOSTAS COMERCIAIS para a etapa de lances.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

REGULAMENTO DE LICITAÇÕES DA CESAN

Art. 75. Caso a licitação pelo modo de disputa aberto seja realizada sob a forma presencial, serão adotados, adicionalmente, os seguintes procedimentos:

I - as propostas iniciais serão classificadas de acordo com a ordem de vantajosidade;

II - a comissão de licitação ou o pregoeiro convidará individual e sucessivamente os licitantes, de forma sequencial, a apresentar lances verbais, a partir do autor da proposta menos vantajosa, seguido dos demais; e, de forma sucessiva, desde que pratique o preço do primeiro colocado. [g. n.]

O subitem 17.11, alínea “c” da minuta do edital estabelece que a diferença mínima entre lances será definida pelo diretor da sessão, conforme decisão da comissão de licitação, afrontando o art. 74, §1º, do RLC, que dispõe que se for estabelecida diferença mínima entre os lances o instrumento convocatório a definirá, conforme se vê a seguir:

MINUTA DO EDITAL DE LICITAÇÃO

17.11. Em havendo etapa de lances viva-voz, a princípio será realizada a disputa para o LOTE A e depois para o LOTE B, observada a possibilidade de alterar-se tal ordem, conforme o subitem 17.2.1. As ofertas deverão atender aos seguintes requisitos:

[..]

c) cada lance deverá respeitar o valor mínimo de variação a ser definido pelo DIRETOR DA SESSÃO, conforme decisão da COMISSÃO DE LICITAÇÃO, variação esta que terá como referência o menor lance dado até o momento;

REGULAMENTO DE LICITAÇÕES DA CESAN

Art. 74. No modo de disputa aberto, os licitantes apresentarão suas propostas escritas ou eletrônicas em sessão pública e, na sequência, ofertarão lances sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

§ 1º. O instrumento convocatório poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores ou de percentuais entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta. [g. n.]

Além disso, o subitem 17.11, alínea “c” da minuta do edital fere os princípios do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório ao deixar de definir no edital a variação entre os lances, uma vez que permite decisões subjetivas sem vinculação a qualquer critério preestabelecido, causando insegurança jurídica ao certame.

Salienta-se que a variação entre lances deve evitar a apresentação de lances com diferenças irrisórias, nos termos do Acórdão 306/2013-TCU-Plenário .

O subitem 17.20 da minuta do edital estabelece que serão adotados os critérios de desempate previstos no art. 15, § 4º da Lei 8.987/95 e no art. 55 da Lei 13.303/2016, afrontando o art. 93 do RLC, que traz regras próprias e mais completas que as previstas nos diplomas legais citados, conforme se vê a seguir:

MINUTA DO EDITAL DE LICITAÇÃO

17.20. Em caso de empate relativamente aos valores apresentados pelas PROPONENTES, sem que seja resolvido em etapa de lances, a COMISSÃO DE LICITAÇÃO observará as regras de preferência aplicáveis, em conformidade com o disposto no artigo 15, § 4º, da Lei Federal nº 8.987/1995 e com base no art. 55 da Lei Federal nº 13.303/2016.

REGULAMENTO DE LICITAÇÕES DA CESAN

Art. 93. Em caso de empate entre 2 (duas) propostas, serão utilizados, na ordem em que se encontram enumerados, os seguintes critérios de desempate:

I - disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo ao encerramento da etapa de julgamento;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

II - exame do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que previamente instituído sistema objetivo de avaliação;

III - os critérios estabelecidos no artigo 3° da Lei n° 8.248, de 23 de outubro de 1991;

IV - Será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

a) produzidos no País;

b) produzidos ou prestados por empresas brasileiras;

c) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

d) produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação;

V - sorteio.

§ 1º. Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas, atendidas todas as condições estipuladas no edital, contenham valores exatamente iguais.

§ 2º. Nas licitações com critério de julgamento de melhor combinação de técnica e preço, o empate será aferido levando em consideração o resultado da ponderação entre a técnica e o preço na proposta apresentada pelos licitantes, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior, nos termos do RLC.

§ 3º. A disputa final citada no inciso I, do caput, será realizada em ato contínuo ao encerramento da sessão de disputa de lances entre os licitantes empatados em primeiro lugar.

§ 4º. No caso de licitações na forma eletrônica, os licitantes que se encontrarem na situação de empate poderão, na forma e no prazo decadencial previsto no edital, apresentar um novo lance fechado.

§ 5º. Para fins de classificação final, será sempre considerado o melhor lance dentre os apresentados pelo licitante, incluindo eventual lance de desempate.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

§ 6º. Persistindo a situação de empate, passará a ser adotado o próximo critério de desempate, afastada a possibilidade de uma nova rodada de apresentação de propostas fechadas.

§ 7º. Caso persista o empate após a aplicação de todos os critérios anteriores ao sorteio, este último será realizado em ato público, mediante comunicação formal do dia, hora e local, feita com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, diretamente no sistema eletrônico ou, no caso de licitações presenciais, no site da CESAN.

§ 8º. Decorridos 30 (trinta) minutos da hora marcada, sem que compareçam os licitantes, o sorteio será realizado a despeito das ausências.

§ 9º. Em caso de empate nas demais colocações, será observada a ordem cronológica dos lances, tendo prioridade, em eventual convocação, o licitante cujo lance tenha sido recebido e registrado antes.

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação a fim de que comprove nos autos, antes da publicação do edital, (I) a exclusão do subitem 17.2.1 da minuta do edital e o detalhamento no edital de todos os procedimentos da fase de propostas e lances e dos demais procedimentos da licitação, nos termos do art. 71 do RLC, (II) a exclusão dos subitens 17.9 e 17.9.1, eliminando quaisquer limitações ao número de licitantes que poderão participar da fase de lances, nos termos do art.75, II do RLC, (III) a alteração subitem 17.11, alínea “c” da minuta do edital de modo a definir no edital a diferença mínima entre lances, nos termos do art. 74, §1º, do RLC, e (IV) a alteração do subitem 17.20 da minuta do edital de modo a adotar as regras de desempate previstas no art. 93 do RLC.

3.8.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) em relação ao item 17.2.1 do edital, após provocação do d. NDR, optou por excluir essa previsão; II) os subitens 17.9 e 17.9.1 da minuta do edital, o art. 75, II, do RLC não impõe um “filtro” para a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

(des)classificação de proponentes, com a subsequente etapa de lances, mas o art. 12, §1º, II, da Lei de PPPs estabelece que o documento editalício poderá restringir a fase de lances viva-voz aos licitantes cuja proposta escrita for, no máximo, 20% (vinte por cento) maior que o valor da melhor proposta; III) não há dúvida sobre a prevalência da disciplina da Lei das PPPs sobre o tema (e sobre o Projeto de forma geral) em detrimento do RLC, sendo que o próprio art. 236 do RLC é claro ao indicar que as suas disposições serão aplicáveis ao processo licitatório de PPPs apenas no que couber; IV) considerando a previsão da Lei de PPPs, não há qualquer restrição para a imposição de parâmetro que sirva de filtro para classificar propostas para a etapa de lances; V) o projeto fixou o percentual de 20% do valor a partir da melhor proposta, que será expressa pelo menor valor de contraprestação com base no preço unitário23 ofertado, para que proponentes se qualifiquem para a fase de lances viva-voz, em linha com outros projetos do setor; VI) não há irregularidade quanto à estipulação do filtro para a fase de lances no item 17.9 do Edital, de modo que apenas houve ajuste para que o patamar seja fixado em 20%, dentro do limite da Lei de PPPs; VII) quanto ao item 17.11.c do Edital, recorde-se do conteúdo do art. 236 do RLC, sendo de praxe e usual em projetos similares do setor que se atribua ao Diretor da Sessão (junto com a Comissão de Licitação) a função de definir o valor mínimo de variação durante o próprio processo licitatório; VIII) quanto ao subitem 17.20 da minuta do edital, comparando-se os artigos referentes aos critérios de desempate, percebe-se que as regras previstas no RLC estão em perfeito acordo com o que dispõem as supramencionadas leis.

3.8.4 Análise Técnica

Em relação ao subitem 17.2.1, verifica-se que a minuta do Edital juntada no evento 336 excluiu tal subitem e a previsão anteriormente nele contida.

Observa-se, contudo, que a minuta do edital juntada no processo licitatório (evento 346) não foi alterada, continuando o subitem 17.2.1 a prever a publicação de comunicado relevante, em até 1 (um) dia útil

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

antes da SESSÃO PÚBLICA, para estipular a ordem sequencial de abertura dos envelopes e de eventual fase de lances à viva-voz dos LOTES.

Isso demonstra que a versão do edital juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.

Quanto aos subitens 17.9 e 17.9.1 da minuta do edital, diversamente do que alega a Cesan, o art. 75, II, do RLC prevalece sobre as disposições da Lei de PPP, por ser mais específico que o art. 12, §1º, II, da Lei 11.079/2004 , que apenas estabelece uma faculdade de limitação da participação de licitantes na fase de lances, o que não é admitido pelo art. 75, II, do RLC, não cabendo a aplicação do art. 12, §1º, II, da Lei 11.079/2004 no caso concreto, pois se trata de uma faculdade e conflita com art. 75, II, do RLC, que é menos restritivo, amplia a competitividade do certame e dispõe expressamente que a comissão de licitação ou o pregoeiro convidará individual e sucessivamente os licitantes, sem qualquer limitação, de forma sequencial, a apresentar lances verbais, a partir do autor da proposta menos vantajosa, seguido dos demais.

Ainda nesse ponto, a interpretação dada pela Cesan ao art. 236 do RLC é equivocada, uma vez que referida norma deixa claro quanto à licitação de PPP que o certame para contratação de PPP deve obedecer ao procedimento previsto no Regulamento, aplicando-se no que couber o disposto na Lei Federal 11.079/2004 e na Lei Complementar Estadual 492/2009 e demais normas aplicáveis à espécie, conforme se vê a seguir:

Art. 236. Aplicam-se às Parcerias Público-Privadas o disposto na Lei Federal nº 11.079/2004 e na Lei Complementar Estadual 492/2009 e demais normas aplicáveis à espécie, devendo o certame para contratação obedecer ao procedimento previsto no presente Regulamento, naquilo que couber.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Portanto, o art. 236 do RLC dispõe de forma totalmente contrária ao interpretado pela Cesan, uma vez que se retirarmos o trecho entre vírgulas em destaque, que se trata de oração subordinada adjetiva explicativa , teremos uma oração dispondo que se aplica, no que couber, nas contratações de PPP, o disposto na Lei Federal 11.079/2004 e na Lei Complementar Estadual 492/2009 e demais normas aplicáveis à espécie.

Assim, a oração subordinada adjetiva explicativa (, devendo o certame para contratação obedecer ao procedimento previsto no presente Regulamento,) explica que o certame para contratação de PPP deve obedecer ao procedimento previsto no Regulamento, enquanto a outra oração dispõe que se aplica, no que couber, nas contratações de PPP, o disposto na Lei Federal 11.079/2004 e na Lei Complementar Estadual 492/2009 e demais normas aplicáveis à espécie.

Em reforço a esse entendimento, temos o inciso IV da Lei 13.303/2016, que dispõe expressamente que o regulamento interno de licitações das empresas públicas e das sociedades de economia mista devem dispor sobre procedimentos de licitação:

Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a:

[...]

IV - procedimentos de licitação e contratação direta; (g.n.)

Ademais, por questão de lógica, não se cria um regulamento, uma norma, uma lei que em seu próprio texto disponha que sua aplicação é meramente subsidiária em relação a outras normas, ocorrendo, justamente, o contrário.

Dessa forma, sugere-se a manutenção dessa parte do achado, com expedição de determinação à Cesan.

Quanto ao subitem 17.11., “c”, da minuta do edital, não há nenhuma previsão legal que autorize/ampare o estabelecimento de regras do certame, pelo diretor da sessão, conforme decisão da comissão de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

licitação, depois de publicado o instrumento convocatório, uma vez que tais regras devem estar estabelecidas no próprio instrumento convocatório, em respeito Regulamento de Licitações da Cesan INS.015.02/2023, art.71, e aos princípios da impessoalidade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório, art. 31 da Lei 13303/2016, como se vê a seguir:

Da Apresentação das Propostas ou Lances

Art. 71. A fase de apresentação de lances ou propostas será detalhada no instrumento convocatório do certame, observando-se o modo de disputa adotado, bem como a sequência das fases do procedimento licitatório.

Art. 31. As licitações realizadas e os contratos celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista destinam-se a assegurar a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto, e a evitar operações em que se caracterize sobrepreço ou superfaturamento, devendo observar os princípios da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da eficiência, da probidade administrativa, da economicidade, do desenvolvimento nacional sustentável, da vinculação ao instrumento convocatório, da obtenção de competitividade e do julgamento objetivo.

Dessa forma, sugere-se a manutenção dessa parte do achado, com expedição de determinação à Cesan.

Quanto ao subitem 17.20 da minuta do edital, que na nova minuta juntada no evento 336 é o subitem 17.19, apesar de a Cesan ter alegado que os artigos 15, § 4º da Lei 8987/9, 55 da Lei 13.303/2016 e 3º, § 2º da Lei 8666/93 (revogada) estão em perfeito acordo com o artigo 93 do RLC, a Companhia não transcreveu em suas justificativas os nove parágrafos do artigo 93 do RLC, que trazem regras sobre o desempate que não existem nas leis citadas e que são fundamentais ao desenrolar da sessão pública.

Dessa forma, entende-se que deve ser aplicado o art. 93 do RLC nos casos de desempate, por ser regra mais específica, nos termos do artigo 236 do RLC (já comentado nos parágrafos anteriores),

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

sugerindo-se a manutenção dessa parte do achado, com expedição de determinação à Cesan.

Finalmente, importante frisar que a prática reiterada de uma conduta ilícita não tem a capacidade de torná-la lícita. Sendo assim, a adoção de regras ilícitas em outras licitações não é capaz de justificar ou tornar lícita a conduta no presente caso.

Diante do ora exposto e de tudo exposto no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan a fim de, (I) antes da publicação do edital (a) excluir os subitens 17.9 e 17.9.1, eliminando quaisquer limitações ao número de licitantes que poderão participar da fase de lances, nos termos do art.75, II do RLC, (b) alterar o subitem 17.11, alínea “c” da minuta do edital de modo a definir no edital a diferença mínima entre lances, nos termos do art. 74, §1º, do RLC, (c) alterar o subitem 17.20 da minuta do edital de modo a adotar as regras de desempate previstas no art. 93 do RLC, (d) juntar ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do edital e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

**2.9 FALTA DE CLAREZA DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS**

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

3.9 A9(Q3) - Falta de clareza das cláusulas contratuais

3.9.1 Critérios: Lei - 14133/2021, art. 186; Lei - 14133/2021, art. 89, §2º; Lei - 4320/1964, art. 62; Lei - 4320/1964, art. 63.

3.9.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

2.9.3 Situação encontrada

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

O subitem 10.11 da minuta do contrato (evento 14, fls. 21-22) estabelece que na falta de contratação de verificador independente, a nota final de desempenho será aquela indicada no relatório da concessionária e aprovada pela Cesan, como se vê a seguir:

10.11. Na hipótese de a CESAN não ter contrato vigente com nenhum VERIFICADOR INDEPENDENTE, a Nota Final de desempenho será aquela indicada no relatório da CONCESSIONÁRIA e aprovada pela CESAN, até a regularização da contratação do VERIFICADOR INDEPENDENTE pela CESAN.

Verifica-se que o subitem 10.11 não estabelece a metodologia a ser usada pela Cesan para aprovação do relatório de desempenho, não se sabendo qual prazo a Companhia terá para se manifestar, quais procedimentos a serem adotados em caso de controvérsia, entre outras particularidades que devem estar expressas em relação a esse procedimento, assim como acontece em relação à avaliação do relatório pelo verificador independente.

Tais lacunas trazem insegurança jurídica ao contrato e violam o art. 89, § 2º, da Lei 14.133/2021, aplicável às concessões de serviço público e PPP, na forma do art. 186 da citada Lei .

Já o subitem 28.7 da minuta do contrato (evento 14, fl. 61) estabelece que na falta de contratação de verificador independente o Fator de Desempenho de Obras (FDO) e o Fator de Desempenho de Serviços (FDS) serão aqueles indicados no relatório da concessionária, independentemente de qualquer manifestação da Cesan, contrariando os arts. 62 e 63 da Lei 4.320/64 e o que dispõe os subitens 10.11, 10.12 e 10.13 da minuta do contrato (evento 14, fls. 20-21), que tratam da liquidação de despesas em contratos administrativos, conforme se vê a seguir:

28.7. Enquanto não for formalizado o contrato entre a CESAN e o VERIFICADOR INDEPENDENTE, o FDO e o FDS serão aqueles indicados no relatório da CONCESSIONÁRIA, até que seja celebrado o contrato com o VERIFICADOR INDEPENDENTE.

[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

10.11. Na hipótese de a CESAN não ter contrato vigente com nenhum VERIFICADOR INDEPENDENTE, a Nota Final de desempenho será aquela indicada no relatório da CONCESSIONÁRIA e aprovada pela CESAN, até a regularização da contratação do VERIFICADOR INDEPENDENTE pela CESAN.

10.12. Eventual discordância entre a CONCESSIONÁRIA e a CESAN quanto aos INDICADORES DE DESEMPENHO determinados pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE não impedirá a CESAN de realizar o respectivo desconto no pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL correspondente, com base na nota final atribuída.

10.13. A PARTE que não concordar com a nota final dos INDICADORES DE DESEMPENHO estipulada pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE poderá solicitar a instalação da COMISSÃO TÉCNICA, para discutir os fatores que motivaram a discordância em relação à nota dos INDICADORES DE DESEMPENHO.

10.13.1. A instalação da COMISSÃO TÉCNICA não impede o pagamento dos valores eventualmente incontroversos, pela CESAN.

10.13.2. A PARTE que solicitar a instalação da COMISSÃO TÉCNICA, também poderá requerer a presença de representante legal e técnico do VERIFICADOR INDEPENDENTE, com vistas a contribuir para a discussão.

10.13.3. A tentativa de composição de conflitos que tenham por base desacordos em relação à nota final dos INDICADORES DE DESEMPENHO por meio da COMISSÃO TÉCNICA é requisito necessário para formalização de tal pedido pela via da arbitragem. (g. n.)

Os subitens 30.2.1 e 30.2.1.1 da minuta do contrato (evento 14, fls. 64-65) estão em contradição com os subitens 32.1.35, 33.1.12 e 35.3.12 da minuta do contrato (evento 14, fls. 72, 74 e 82), uma vez que os subitens 30.2.1 e 30.2.1.1 afirmam que a concessionária deverá tomar todas as providências necessárias junto a Municípios, Estado e União para que o Poder Público emita a declaração de utilidade pública dos imóveis a serem desapropriados, enquanto os subitens 32.1.35 e 33.1.12 atribuem à Cesan a obrigação de obter a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

declaração de utilidade pública dos imóveis e o subitem 35.3.12 aloca o risco de atraso na declaração de utilidade pública à Companhia, conforme se vê a seguir:

30.2. Para dar cumprimento às suas obrigações relacionadas com as desapropriações ou instituição de servidões administrativas, a CONCESSIONÁRIA deverá:

[...]

30.2.1. Tomar todas as providências necessárias junto a Municípios, Estado e União para que o Poder Público emita a declaração de utilidade pública dos imóveis a serem desapropriados para a realização do OBJETO da CONCESSÃO, incluindo aqueles de uso temporário ou objeto de instituição de servidões;

30.2.1.1. Em relação à subcláusula 30.2.1, a CESAN deverá informar à CONCESSIONÁRIA sobre as providências cabíveis para fins de obtenção da

declaração de utilidade pública.

32.1. Sem prejuízo das demais obrigações estabelecidas no EDITAL, neste CONTRATO e nos ANEXOS, sempre em conformidade com a legislação aplicável, são direitos e deveres da CONCESSIONÁRIA:

[...]

32.1.35. Promover as desapropriações, servidões e direitos de passagem necessários para realização dos INVESTIMENTOS OBRIGATÓRIOS, assumindo integralmente o ônus das indenizações, ressalvada a obrigação da CESAN de obter a declaração de utilidade pública dos imóveis.

[...]

33.1. Sem prejuízo das demais obrigações estabelecidas no EDITAL, neste CONTRATO e ANEXOS, sempre em conformidade com a legislação aplicável, incumbe à CESAN:

[...]

33.1.12. Obter junto à Administração Pública do Estado do Espírito Santo ou à Administração Pública municipal a declaração de utilidade pública dos imóveis a serem desapropriados.

[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

35.3.12. Atraso na emissão da declaração de utilidade pública no âmbito das desapropriações necessárias para a execução dos investimentos e obras do CONTRATO;

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, (I) a alteração do subitem 28.7 da minuta do contrato de modo a eliminar a contradição com o subitem 10.11 e a manter a obrigatoriedade da manifestação da Cesan sobre o relatório de desempenho apresentado pela concessionária como condição indispensável para o pagamento da contraprestação mensal, (II) o estabelecimento na minuta do contrato de procedimentos detalhados para avaliação pela Cesan, quando não existir contrato de verificador independente vigente, do relatório de desempenho elaborado pela concessionária, nos moldes do que já existe no contrato sobre a mesma avaliação feita pelo verificador independente, (III) a alteração dos subitens 30.2.1, 30.2.1.1, 32.1.35, 33.1.12 e 35.3.12 da minuta do contrato de modo a eliminar a contradição existente.

3.9.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) não identificou qual seria a contradição existente entre os itens 28.7 e 10.11 da minuta do contrato, entendendo que o conteúdo do item 10.11 não implica obrigação de aprovação automática, sem a possibilidade de contestar a avaliação feita pela própria concessionária; II) quanto ao estabelecimento na minuta do contrato de procedimentos detalhados para avaliação pela Cesan, quando não existir contrato de verificador independente vigente, do relatório de desempenho elaborado pela concessionária, nos moldes do que já existe no contrato sobre a mesma avaliação feita pelo verificador independente, realizou ajustes aplicáveis para prever que a metodologia de fiscalização deverá seguir o conteúdo dos Anexo 4 – METAS E INDICADORES DE DESEMPENHO e Anexo 7 – DIRETRIZES PARA CONTRATAÇÃO DO VERIFICADOR

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

INDEPENDENTE do contrato; III) quanto à alegada contradição entre os subitens 30.2.1, 30.2.1.1, 32.1.35, 33.1.12 e 35.3.12 da minuta do contrato, está claro que a obrigação, e riscos daí derivados, relacionada à emissão de DUP incumbe à CESAN, enquanto a obrigação (e riscos) ligados à desapropriação (e servidões) incumbe à concessionária; IV) em relação à DUP, é obrigação da concessionária colher e compilar as informações e adotar as ações cabíveis (providências necessárias) para que a CESAN tenha condições de emitir a DUP, ou buscar a emissão junto ao ente administrativo competente.

3.9.4 Análise Técnica

Quanto aos subitens 10.11 e 28.7 da minuta do contrato, apesar de a Cesan ter alegado que não identificou qual seria a contradição, observa-se que a nova minuta do contrato juntada no evento 337 alterou o subitem 28.7, incluindo a ressalva “observada a cláusula 10.11”, como se vê a seguir:

28.7. Enquanto não for formalizado o contrato entre a CESAN e o VERIFICADOR INDEPENDENTE, o FDO e o FDS serão aqueles indicados no relatório da CONCESSIONÁRIA, observada a cláusula 10.11, até que seja celebrado o contrato com o VERIFICADOR INDEPENDENTE. (g.n.)

A inclusão dessa ressalva é suficiente para eliminar a contradição anteriormente existente.

Observa-se, contudo, que a minuta do contrato juntada no processo licitatório (evento 346) não foi alterada, mantendo-se a contradição entre os subitens 10.11 e 28.7 relativamente à (des)necessidade de aprovação do relatório de desempenho pela Cesan em caso de não contratação do VI.

Isso demonstra que a versão da minuta do contrato juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Assim, sugere-se o afastamento dessa parte do achado, porém, com expedição de determinação à Cesan.

Quanto ao estabelecimento na minuta do contrato de procedimentos detalhados para avaliação pela Cesan, quando não existir contrato de verificador independente vigente, do relatório de desempenho elaborado pela concessionária, nos moldes do que já existe no contrato sobre a mesma avaliação feita pelo verificador independente, observa-se que o subitem 10.11 da minuta do contrato juntada no evento 337 foi alterado, prevendo a adoção dos procedimentos de verificação independente, como se vê a seguir:

10.11. Na hipótese de a CESAN não ter contrato vigente com nenhum VERIFICADORINDEPENDENTE, a Nota Final de desempenho será aquela indicada no relatório da CONCESSIONÁRIA, após análise e aprovação pela CESAN, a qual observará o conteúdo do ANEXO 4 – METAS E INDICADORES DE DESEMPENHO e ANEXO 7 – DIRETRIZES PARA CONTRATAÇÃO DO VERIFICADOR INDEPENDENTE, até a regularização da contratação do VERIFICADOR INDEPENDENTE pela CESAN. (g.n)

Observa-se, contudo, que a minuta do contrato juntada no processo licitatório (evento 346) não foi alterada, mantendo-se a redação do subitem 10.11 sem a adoção do procedimento previsto nos Anexos 4 e 7, igualmente ao ocorrido em relação ao apontamento anterior do presente achado.

Assim, sugere-se o afastamento dessa parte do achado, porém, com expedição de determinação à Cesan.

Quanto à alegada a contradição entre os subitens 30.2.1, 30.2.1.1, 32.1.35, 33.1.12 e 35.3.12 da minuta do contrato, apesar de a Cesan negar, a contradição é evidente, pois o subitem 30.2.1 (CLÁUSULA TRIGÉSIMA – DESAPROPRIAÇÃO E SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS) não deixa claro, como nas justificativas, que a concessionária irá providenciar toda a documentação para que a Cesan entre como o pedido de declaração de utilidade pública, dizendo somente que a concessionária deverá tomar todas as providências necessárias junto a Municípios, Estado e União para que

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> o Poder Público emita a declaração de utilidade pública, não fazendo nenhuma menção que a Cesan será responsável pelo requerimento.
> Já na CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA CONCESSIONÁRIA, na CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCEIRA – DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA CESAN e na CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA – ALOCAÇÃO DE RISCOS DAS PARTES RISCOS DA CESAN temos a informação que a Cesan entrará com requerimento da DUP, sem esclarecer que os documentos necessários para instruir o pedido serão providenciados pela concessionária.
> Uma solução simples para eliminar qualquer dúvida na interpretação seria alterar o subitem 30.2.1, de modo a substituir o trecho “para que o Poder Público emita a...” pela seguinte redação “para que a Cesan entre com o pedido de...”.
> Assim, sugere-se o afastamento dessa parte do achado, porém, com expedição de determinação à Cesan.
> Diante do ora exposto e de tudo exposto no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital (a) alterar os subitens 30.2.1, 30.2.1.1, 32.1.35, 33.1.12 e 35.3.12 da minuta do contrato de modo a eliminar a contradição existente, (b) juntar ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do contrato e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

**2.10 DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE PUBLICIDADE**

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.10 A10(Q3) - Descumprimento do dever de publicidade

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

3.10.1 Critérios: Lei - 12527/2011, art. 3º, I, II, III, IV e V; Lei - 12527/2011, art. 8º

3.10.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

2.10.3 Situação encontrada

Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

O subitem 51.14.1 da minuta do contrato (evento 14, fl. 127) estabelece que a Cesan poderá noticiar em seu sítio eletrônico na rede mundial de computadores a existência de procedimento arbitral, contendo, dentre outros, informações sobre a Câmara responsável, as partes envolvidas, resumo do objeto do litígio e os arquivos das decisões proferidas pelo Tribunal Arbitral, além de outras informações e documentos não protegidos por sigilo.

Ocorre que a divulgação da informação descrita no subitem 51.14.1 não é uma faculdade, mas uma obrigação legal da Cesan, sendo regra, segundo art. 3º, I, II, III, IV e V, e art. 8º, da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação (LAI) – a transparência e exceção o sigilo.

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação a fim de que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a alteração do subitem 51.14.1 da minuta do contrato de modo a tornar obrigatória a divulgação em seu sítio eletrônico na rede mundial de computadores da existência de procedimento arbitral, contendo, dentre outras, informações sobre a Câmara responsável, as partes envolvidas, resumo do objeto do litígio e os arquivos das decisões proferidas pelo Tribunal Arbitral, além de outras informações e documentos não protegidos por sigilo.

3.10.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) a Cesan concorda com o posicionamento do NDR, de modo que promoveu os ajustes cabíveis.

3.10.4 Análise Técnica

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> Verifica-se que o subitem 51.14.1 da minuta do contrato juntada no evento 337 foi alterada, substituindo-se a palavra poderá pela palavra deverá, considerando-se sanada a irregularidade.
> Observa-se, contudo, que o subitem 51.14.1 da minuta do contrato juntada no processo licitatório (evento 346) não foi alterado, mantendo-se a facultatividade da divulgação sobre procedimentos arbitrais.
> Isso demonstra que a versão da minuta do contrato juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.
> Diante do exposto, sugere-se o afastamento do achado, porém, com expedição de determinação à Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital, juntar ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do contrato e (II) providencar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.11 ALOCAÇÃO INADEQUADA DE RISCOS

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.11 A11(Q3) - Alocação inadequada de riscos
> 3.11.1 Critérios: Acórdão - TCEES 274/2024, item 1.3.21, Segunda Câmara; Constituição Federal - art. 37, Princípio Constitucional da Eficiência; Constituição Federal - art. 37, Princípio Constitucional da Impessoalidade; Constituição Federal - art. 5º, Princípio Constitucional da Isonomia; Constituição Federal - Princípio Constitucional da Proporcionalidade; Constituição Federal - Princípio Constitucional da Razoabilidade; Lei - 10406/2002, art. 1148; Lei -

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

11079/2004, art. 11; Lei - 11079/2004, art. 4º, VI; Lei - 11079/2004, art. 5º, III; Lei - 8987/1995, art. 18, XI.

3.11.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

2.11.3 Situação encontrada

Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

Os subitens 35.1.1 e 35.3.4 da minuta do contrato (evento 14, fls. 76, 81 e 82) alocam à Cesan o risco de vícios ou defeitos aparentes ou ocultos nas instalações existentes do sistema de esgotamento sanitário (SES) nos 12 (doze) primeiros meses do contrato, como se vê a seguir:

35.1. Excetuados os riscos alocados de maneira diversa, por disposição expressa deste CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à operação e execução dos serviços previstos no objeto deste CONTRATO, incluindo os principais riscos relacionados a seguir:

35.1.1. Vícios ou defeitos aparentes ou ocultos nas instalações existentes do SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, incluindo aqueles advindos em ativos da CESAN objeto do TERMO DE ENTREGA DOS BENS REVERSÍVEIS, que não sejam identificados dentro do prazo de 12 (doze) meses de sua transferência;

[...]

35.3. Os riscos a seguir listados serão suportados exclusivamente pela CESAN, sendo que a ocorrência dos fatos previstos nesta cláusula poderá ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO caso, comprovadamente, afetem o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, bem como poderá isentar a CONCESSIONÁRIA dos descontos decorrentes dos INDICADORES DE DESEMPENHO caso, comprovadamente, afetem o desempenho da CONCESSIONÁRIA, quando comprovado que o descumprimento que fundamenta o desconto ocorreu devido aos eventos previstos abaixo:

[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

35.3.4. Vícios ou defeitos aparentes ou ocultos nas instalações existentes do SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, objeto do TERMO DE ENTREGA DOS BENS REVERSÍVEIS, identificados pela CONCESSIONÁRIA, dentro do prazo de 12 (doze) meses de sua transferência;

A alocação contraria a lógica de alocação de riscos em concessões e PPP, especialmente, no caso de serviços de esgotamento sanitário, conforme já decidiu esta Corte de Contas no Acórdão TCEES 274/2024-8, item 1.3.21.

Isto porque o que se espera que a alocação de risco em contratos de longo prazo minimize a ocorrência de revisões contratuais, que todos sabem são motivo de entraves aos contratos administrativos, conforme leciona Maurício Portugal Ribeiro :

Na literatura internacional há grande debate sobre a conveniência e a eficiência econômica de contratação de serviços relacionados à tecnologia de informação por meio de PPP. Como esse setor está sujeito a rápida evolução tecnológica, mudanças repentinas podem tornar as especificações de serviço e os indicadores de desempenho completamente obsoletos e exigir revisão profunda dos termos contratuais. É questionável a eficiência de contratos de longo prazo, focados nos resultados, tais como os contratos de PPP, quando já se vislumbra, desde o início, a necessidade de freqüentes e intensas renegociações. (g. n.)

Ao alocar à Cesan o risco de vícios ou defeitos aparentes ou ocultos nos SES existentes, está se estimulando o entrave do futuro contrato, não só nos primeiros 12 meses, pois as repercussões de uma revisão contratual dessa magnitude podem prejudicar até mesmo o cumprimento das metas de universalização, uma vez que a parte mais problemática dos SES são as redes de coleta e transporte do esgoto, que, por natureza, são ocultas (ficam embaixo da terra).

É sabido também que em sua quase totalidade os problemas de rede de esgoto recebem manutenções corretivas e não preventivas. Ou seja, os problemas somente são tratados quando se tornam aparentes.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Com a alocação de riscos de vícios ou defeitos aparentes ou ocultos nos SES existentes à Cesan nos primeiros 12 meses de contrato, a concessionária pode se aproveitar de tal regra e realizar intensas operações de manutenção preventiva de redes nesse período de modo a jogar sobre a Cesan os custos de melhorias de rede que naturalmente deveriam ser suportados pela concessionária.

De outro norte, alocar vícios aparentes à Cesan contraria até mesmo a norma de referência da ANA, que sugere a alocação ao poder concedente apenas dos vícios ocultos, o que, como dito anteriormente, também não é adequado por trazer grande probabilidade de prejudicar o andamento do contrato.

Os vícios aparentes devem ser sempre alocados ao parceiro privado, pois são aparentes e, através da visita técnica e de informações obrigatórias sobre o estado de conservação e sobre as manutenções dos bens reversíveis (art. 18, XI, da Lei 8.987/1995 c/c art. art. 11, caput, da Lei 11.079/2004), os licitantes poderão precificar as correções que entenderem necessárias.

Além disso, a alocação dos riscos de vícios ou defeitos aparentes ou ocultos nos SES existentes à Cesan desvirtua completamente a finalidade de um contrato por desempenho, trazendo de volta a lógica dos contratos de obras/serviços por contratação tradicional, em que a maioria dos riscos é alocada à Administração Pública.

Na lógica das concessões, a licitação é embasada em elementos de projeto básico/anteprojeto de engenharia, que, em regra, não são vinculantes para os licitantes e representam apenas uma versão de como o poder concedente prestaria os serviços a serem concedidos, para fins de estabelecer o preço máximo na licitação.

Oportuno destacar que provavelmente existirão discrepâncias entre o que consta nos estudos preliminares que instruem o edital e a realidade, por, justamente, se tratar de elementos de projeto básico/anteprojeto de engenharia, que têm menor precisão e menor riqueza de detalhes que o projeto básico e que o projeto executivo.

Contudo, como tal prática administrativa é lícita, se espera que os licitantes que disputam concessões de serviços públicos precifiquem

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

suas propostas levando em consideração que os estudos têm nível de detalhamento de elementos de projeto básico/anteprojeto.

Ressalta-se que a licitude de licitar baseado em estudos com nível de anteprojeto não autoriza o ente público a omitir informações obrigatórias no anteprojeto e indispensáveis à formulação de propostas pelos licitantes.

Assim, os licitantes são livres para escolher os meios mais eficientes para alcançar o desempenho exigido no edital e seus anexos, desempenho, este, vinculante para a futura concessionária.

Entende-se, portanto, que os subitens 35.1.1 e 35.3.4 da minuta do contrato devem ser alterados de modo que os riscos de vícios ou defeitos aparentes ou ocultos nos SES, desde o início do contrato, sejam alocados exclusivamente à concessionária, conforme já decidiu esta Corte de Contas , calculando-se esses custos no projeto de referência para a licitação.

O subitem 35.1.24 da minuta do contrato (evento 14, fl. 78) aloca à concessionária o risco de greves de seus empregados ou de empregados de suas subcontratadas, excetuando as greves que forem consideradas ilegais.

Ocorre que, mesmo que a greve seja ilegal, é a concessionária que deverá arcar com as suas consequências, pois mesmo ilícita, decorreu de sua inabilidade para evitá-la, não sendo razoável que possa ter direito a reequilíbrio por prejuízos causados por greve consideradas ilegais de seus empregados ou de empregados de suas subcontratadas, sobre a qual a Cesan não tem o menor controle.

Quando a greve for considerada ilegal, a concessionária terá a sua disposição os meios legais para ser ressarcida pelos prejuízos experimentados, como o direito de regresso contra os causadores da greve ilegal, podendo acionar sindicatos, descontar dias não trabalhados, entre outras medidas cabíveis que não estão ao alcance da Cesan, que nada tem a ver com a relação trabalhista em questão.

O Tribunal já decidiu contrariamente a essa alocação no Acórdão TCEES 274/2024-8, item 1.3.21.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Entende-se, portanto, que o subitem 35.1.24 da minuta do contrato deve ser alterado para excluir a exceção às greves consideradas ilegais, conforme já decidiu esta Corte de Contas .

Os subitens 35.1.30 e 48.4 da minuta do contrato (evento 14, fl. 79) alocam à concessionária o risco de força maior ou caso fortuito, quando a sua cobertura seja aceita por pelos menos duas instituições seguradoras no mercado brasileiro há pelo menos 2 (dois) anos anteriores à época da ocorrência do evento, e até o limite da média dos valores indenizáveis por apólices normalmente praticados no mercado.

Ocorre que não são razoáveis nem eficientes as ressalvas à existência da cobertura securitária há pelo menos dois anos e por pelo menos duas seguradoras, quando é incontroverso que existem no mercado nacional de seguros patrimoniais coberturas securitárias para força maior ou caso fortuito .

Além disso, caso os seguros de responsabilidade civil não tenham cobertura para força maior ou caso fortuito, permitir que que a concessionária espere que duas seguradoras o disponibilizem e que fique, desde sua disponibilização no mercado nacional por uma seguradora idônea, dois anos sem contratá-lo é premiar a desídia, a negligência, pois o empresário tem a obrigação de estar atualizado com as informações que afetem o negócio por ele explorado.

Entende-se, portanto, que os subitens 35.1.30 e 48.4 da minuta do contrato devem ser alterados de modo a excluir a ressalva de cobertura por pelo menos duas seguradoras e a reduzir o prazo de carência para a contratação da cobertura para no máximo 1 ano a partir de sua disponibilização no mercado nacional, exigindo que a concessionária comprove documentalmente a impossibilidade de cobertura quando apresentar apólice securitária sem cobertura para caso fortuito e força maior.

Os subitens 35.1.32 e 35.3.5 da minuta do contrato (evento 14, fls. 79 e 82) alocam à Cesan o risco por vícios ou defeitos aparentes ou ocultos das instalações das obras de responsabilidade da Cesan, indicadas no ANEXO 11 – OBRAS DE RESPONSABILIDADE DA

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

CESAN, durante os 5 (cinco) anos de que trata o art. 618 do Código Civil, contados da data de recebimento das obras, pela Concessionária, conforme se vê a seguir:

35.1.32. Vícios ou defeitos aparentes ou ocultos das instalações das obras de responsabilidade da CESAN, indicadas no ANEXO 11 – OBRAS DE RESPONSABILIDADE DA CESAN, após o prazo de 5 (cinco) anos de que trata o art. 618 do Código Civil, contados da data de recebimento das obras, pela CONCESSIONÁRIA;

[...]

35.3.5. Vícios ou defeitos aparentes ou ocultos das instalações das obras de

responsabilidade da CESAN, indicadas no ANEXO 11 – OBRAS DE RESPONSABILIDADE DA CESAN, pelo prazo de 5 (cinco) anos, de que trata o art. 618 do Código Civil, contados da data de recebimento do bem pela

CONCESSIONÁRIA;

Pelos mesmos motivos expostos em relação à alocação feita no subitem 35.1.1 da minuta do contrato, a presenta alocação é inadequada e aumenta a probabilidade de revisões contratuais indesejadas em contratos de concessões e PPP.

Com a transferência da operação do bem reversível pela Cesan à Concessionária ela se sub-rogará nos direitos e obrigações da Cesan com a construtora, nos termos do art. 1148 do Código Civil , podendo em nome próprio acionar a garantia prevista no art.618 do diploma legal citado, não se justificando alocar por cinco anos à Cesan o risco por vícios ou defeitos aparentes ou ocultos das instalações das obras no ANEXO 11, uma vez que a operação será feita pela concessionária.

Além da previsão do art. 1148 do Código Civil, a sub-rogação pode ser mais bem detalhada no documento que formalizar a transferência do bem para a exploração da concessionária.

Entende-se, portanto, que os subitens 35.1.32 e 35.3.5 da minuta do contrato devem ser alterados de modo que os riscos por vícios ou defeitos aparentes ou ocultos das instalações das obras no ANEXO

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

11 – OBRAS DE RESPONSABILIDADE DA CESAN, desde o início do contrato, sejam alocados exclusivamente à concessionária, conforme já decidiu esta Corte de Contas , calculando-se esses custos no projeto de referência para a licitação com base no histórico de manutenções da Cesan em relação aos cinco primeiros anos de operação de obras similares contratadas pela Companhia.

O subitem 35.5 da minuta do contrato (evento 14, fl. 85) a concretização de riscos não previstos expressamente na matriz de riscos contratual, que não sejam inerentes a aspectos relacionados à gestão ou prestação do serviço e que resulte em variação significativa dos custos, despesas, investimentos ou receitas de forma a desequilibrar o CONTRATO, poderá ensejar o direito de a CONCESSIONÁRIA pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro.

Verificam-se dois problemas na redação do subitem 35.5 da minuta do contrato.

O primeiro é não definir o que considera “variação significativa”, trazendo insegurança jurídica ao contrato. Em outros contratos de concessão/PPP, a expressão “variação significativa” costuma ser definida em percentual do valor estimado do contrato, por exemplo.

O segundo é não tratar isonomicamente as partes contratantes, uma vez que a dita “variação significativa” pode ser para menos e assim gerar direito de a Cesan pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A falta de tratamento isonômico quanto à alocação de riscos e suas consequências é verificada, também, nas redações dos subitens 35.1 e 35.3 (evento 14, fls. 76 e 81), que introduzem a especificação dos riscos alocados à concessionária e à Cesan, respectivamente, como se vê a seguir:

35.1. Excetuados os riscos alocados de maneira diversa, por disposição expressa deste CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA assume integral responsabilidade pelos riscos inerentes à operação e execução dos serviços previstos no objeto deste CONTRATO, incluindo os principais riscos relacionados a seguir:

[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

35.3. Os riscos a seguir listados serão suportados exclusivamente pela CESAN, sendo que a ocorrência dos fatos previstos nesta cláusula poderá ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO caso, comprovadamente, afetem o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, bem como poderá isentar a CONCESSIONÁRIA dos descontos decorrentes dos INDICADORES DE DESEMPENHO caso, comprovadamente, afetem o desempenho da CONCESSIONÁRIA, quando comprovado que o descumprimento que fundamenta o desconto ocorreu devido aos eventos previstos abaixo: [g. n.]

Nota-se que na introdução da especificação dos riscos alocados à concessionária não há texto expresso com a possibilidade de reequilíbrio em favor da Cesan, caso os eventos elencados, comprovadamente, afetem o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, como se o direito a reequilíbrio fosse exclusivamente da concessionária.

Entende-se, portanto, que (I) o subitem 35.5 da minuta do contrato deve ser alterado de modo a definir objetivamente a expressão “variação significativa e a tornar expressa a possibilidade de reequilíbrio também em favor da Cesan (II) o subitem 35.1 da minuta do contrato deve ser alterado de modo a tornar expressa a possibilidade de reequilíbrio em favor da Cesan caso os fatos previstos no referido subitem, comprovadamente, afetem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, uma vez que a cultura da gestão dos contratos administrativos no Brasil é baseada empiricamente na inércia do poder público quanto aos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro em seu benefício, sendo necessário que tal direito reste expressamente consignado nos contratos a fim de induzir a mudança dessa realidade prejudicial ao interesse público.

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação para que comprove nos

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

autos, antes da publicação do edital, as alterações propostas no corpo do presente achado.

3.11.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) quanto aos subitens 35.1.1 e 35.3.4 da minuta do contrato, que alocam à Cesan o risco de vícios ou defeitos aparentes ou ocultos nas instalações existentes do sistema de esgotamento sanitário (SES) nos 12 (doze) primeiros meses do contrato, o item 3 do Anexo I da Norma de Referência 5 da ANA ("NR 5") trata do compartilhamento do risco de vícios ocultos, dispondo que vícios identificados em até 12 (doze) meses após a transmissão de responsabilidade pela operação dos bens já existentes, na esteira de sua transferência para a concessionária, constituem risco do concedente e vícios identificados após tal período, constituem risco da concessionária; II) a Cesan se baseou nesse dispositivo para conceber o compartilhamento de riscos previstos nas Cls. 35.1.1 e 35.3.4; III) alterar essa lógica de compartilhamento certamente seria favorável à Cesan, porém o projeto ficaria sujeito a questionamentos na esfera judicial, com base em desconformidade com a norma diretriz da ANA; IV) com base no art. 4º-B da Lei Federal 9.984/2000 24 e no art. 50, III, da LSB25, haveria risco de a Administração Pública Estadual ficar sem acesso aos recursos públicos federais, na medida em que haveria descumprimento da diretriz estipulada na NR 5 da ANA, norma de referência regulatória para prestação de serviços públicos de saneamento básico; V) a Cesan entende que a única maneira de seguir-se de forma distinta seria se a ARSP justificasse uma alternativa a partir de Análise de Impacto Regulatório ou estudo congênere, conforme o art. 19 da NR 526, porém não há tempo hábil para que tal análise seja feita, seguida da necessária participação social e da edição de norma pela ARSP, para fins de publicação do Projeto, devendo os dispositivos contratuais em questão ser mantidos, sob risco de o Projeto ficar exposto a questionamentos no âmbito administrativo, e, especialmente, judicial, além do risco de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

entidades da Administração Pública Estadual perderem acesso aos aludidos recursos públicos federais.

3.11.4 Análise Técnica

Como dito no Relatório de Acompanhamento, a alocação de defeitos e vícios aparentes e ocultos à Cesan, mesmo que apenas nos 12 primeiros meses do contrato, contraria a lógica das concessões.

Nesse ponto, cita-se que a Cesan está em discussão sobre pedido de reequilíbrio feito pela Ambiental Vila Velha no Contrato de PPP 8/2017 , mesmo tendo o subitem 15.3.1 alocado exclusivamente à concessionária o risco de vícios/defeitos ocultos no SES desde o início do contrato.

Vê-se, portanto, que a alocação estabelecida na minuta do contrato relativamente à PPP dos 43 municípios produz incentivo à revisão para reequilíbrio econômico-financeiro, com potencial de prejudicar o cumprimento de metas de universalização e a prestação de serviço adequado.

Assim, quanto à sugestão do Relatório de Acompanhamento de alteração dos subitens 35.1.1 e 35.3.4 da minuta do contrato, diversamente do que alega a Cesan em relação ao apontamento, o artigo 20 da RESOLUÇÃO ANA 178, DE 15 DE JANEIRO DE 2024 – que aprova a Norma de Referência 5/2024 para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico e dispõe sobre a matriz de riscos para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário – faculta ao titular do serviço, durante a fase de planejamento da contratação, alterar a descrição ou alocação dos riscos propostas no ato normativo da entidade reguladora infranacional, ou nesta Norma de Referência, caso aquele não haja sido publicado, devendo, para tanto, solicitar aprovação da entidade reguladora infranacional, como se vê a seguir:

Art. 20. É facultado ao titular do serviço, durante a fase de planejamento da contratação, alterar a descrição ou alocação dos riscos propostas no ato normativo da entidade reguladora infranacional, ou nesta Norma de Referência, caso aquele não haja

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

sido publicado, devendo, para tanto, solicitar aprovação da entidade reguladora infranacional.

§ 1º A solicitação de alteração deverá ser motivada e a manifestação formal da respectiva entidade reguladora deve ser incluída nos autos do processo licitatório.

§ 2º A manifestação a que se refere o caput deve ser conclusiva, deferindo ou indeferindo a alteração proposta, podendo o deferimento ocorrer com ressalvas.

§ 3º A manifestação da entidade reguladora terá caráter vinculante.

Portanto, é perfeitamente possível que a Cesan, baseada na experiência da PPP de Vila Velha, requeira à ARSP, fundamentadamente, com base no art. 20 da NR 5 ANA, a alteração da alocação proposta pela ANA no Anexo I da citada NR 5, relativamente aos vícios e defeitos ocultos, sem sofrer as consequências de questionamento administrativos, judiciais ou restrições de financiamentos com recursos da União e sem ter a necessidade de usar o procedimento descrito no artigo 19 da referida Norma.

Relativamente aos vícios aparentes, verifica-se que os subitens 35.1.1 e 35.3.4 da minuta do contrato juntada no evento 337 excluíram a menção a vícios aparentes, não deixando tal risco alocado a nenhuma das partes, o que traz insegurança jurídica ao contrato, conforme se vê a seguir:

35.1.1. Vícios ou defeitos ocultos nas instalações existentes do SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, incluindo aqueles advindos em ativos da CESAN objeto do TERMO DE ENTREGA DOS BENS REVERSÍVEIS, que não sejam identificados dentro do prazo de 12 (doze) meses de sua transferência;

[...]

35.3.4. Vícios ou defeitos ocultos nas instalações existentes do SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, objeto do TERMO DE ENTREGA DOS BENS REVERSÍVEIS, identificados pela CONCESSIONÁRIA, dentro do prazo de 12 (doze) meses de sua transferência;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Como ressaltado no Relatório de Acompanhamento, o correto é que os vícios/defeitos tanto aparentes quanto ocultos sejam alocados exclusivamente ao parceiro privado, desde o início do contrato.

Frise-se que a própria Cesan reconhece em suas justificativas que a alocação proposta no Relatório de Acompanhamento é favorável à Cesan.

Dessa forma, sugere-se a manutenção dessa parte do achado, com expedição de determinação à Cesan.

Quanto ao subitem 35.1.24 da minuta do contrato, que trata do risco de greves de empregados da concessionária ou de empregados de suas subcontratadas, a Cesan também reconhece que a proposta de alocação feita no Relatório de Acompanhamento é favorável à Cesan, mas argumenta que sua alteração contraria a alocação proposta no Anexo I da NR 5 da ANA, trazendo consequências como perda de financiamentos com recursos da união e questionamentos administrativos e judiciais.

Contudo, como demonstrado na análise do apontamento anterior, a Cesan pode perfeitamente requerer, fundamentadamente, à ARSP, com base no art. 20 da RESOLUÇÃO ANA 178, DE 15 DE JANEIRO DE 2024, a alteração da alocação proposta na NR 5 ANA, através de procedimento simples, sem sofrer as consequências descritas no parágrafo anterior.

Assim, reiteram-se aqui os argumentos do Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugerindo-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan.

Quanto aos subitens 35.1.30 e 48.4 da minuta do contrato, que tratam da alocação à concessionária o risco de força maior ou caso fortuito, verifica-se que o subitem 35.1.30 foi alterado na minuta do contrato juntada no evento 337, reduzindo o prazo de pré-existência de cobertura securitária de 2 (dois) para 1 (um) ano, além de excluir a necessidade de haver 2 (duas) empresas do ramo que ofertem a cobertura cabível.

No entanto, o subitem 48.4 continua definindo evento de CASO FORTUITO ou de FORÇA MAIOR, não considerado para os efeitos

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, aquele que, ao tempo de sua ocorrência, corresponder a um risco segurável no Brasil há pelo menos 2 (dois) anos, até o limite da média dos valores indenizáveis por apólices normalmente praticados no mercado, por pelo menos duas empresas do ramo, como se vê a seguir:

35.1.30. Ocorrência de eventos de FORÇA MAIOR ou CASO FORTUITO, quando a sua cobertura seja aceita por instituições seguradoras no mercado brasileiro há pelo menos 1 (um) ano anterior à época da ocorrência do evento, e até o limite da média dos valores indenizáveis por apólices normalmente praticados no mercado;

[...]

48.4. Um evento caracterizado como CASO FORTUITO ou de FORÇA MAIOR não será considerado, para os efeitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO se, ao tempo de sua ocorrência, corresponder a um risco segurável no Brasil há pelo menos 2 (dois) anos, até o limite da média dos valores indenizáveis por apólices normalmente praticados no mercado, por pelo menos duas empresas do ramo, independentemente de a CONCESSIONÁRIA as ter contratado, observada a matriz de riscos estabelecida por este CONTRATO.

Portanto, a alteração promovida pela Cesan não saneou o achado e ainda trouxe contradição e insegurança jurídica.

Assim, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan.

Observa-se, também, que o subitem 35.1.30 da minuta do contrato juntada no processo licitatório (evento 346) não foi alterado.

Isso demonstra que a versão da minuta do contrato juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.

Quanto aos subitens 35.1.32 e 35.3.5 da minuta do contrato, que tratam da alocação à Cesan do risco por vícios ou defeitos aparentes

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

ou ocultos das instalações das obras de responsabilidade da Cesan, verifica-se que foram alterados na minuta do contrato juntada no evento 337, excluindo a alocação do referido risco, e prevendo a obrigação de a CESAN promover a sub-rogação da futura concessionária nos direitos e garantias que detiver perante terceiros contratados para execução das referidas obras ( subitem 21.6.1), como se vê a seguir:

21.6.1. A CESAN obriga-se a promover a sub-rogação da CONCESSIONÁRIA nos direitos e garantias que detiver perante terceiros contratados para a execução das OBRAS DE RESPONSABILIDADE DA CESAN.

Ocorre que a alteração promovida pela Cesan provocou a completa exclusão do risco por vícios ou defeitos aparentes ou ocultos das instalações das obras de responsabilidade da Cesan, não estando alocado a nenhuma das partes – mesmo procedimento feito em relação aos vícios aparentes antes alocados nos subitens 35.1.1 e 35.3.4 da minuta do contrato –, o que traz insegurança jurídica ao futuro contrato.

Como ressaltado no Relatório de Acompanhamento, o correto é que os vícios/defeitos tanto aparentes quanto ocultos nas obras da Cesan sejam alocados exclusivamente ao parceiro privado, desde o início do contrato.

Dessa forma, sugere-se a manutenção dessa parte do achado, com expedição de determinação à Cesan.

Observa-se, também, que os subitens 35.1.32 e 35.3.5 da minuta do contrato juntada no processo licitatório (evento 346) não foram alterados.

Isso demonstra que a versão da minuta do contrato juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.

Quanto ao subitem 35.5 da minuta do contrato, risco residual, verifica-se que foi alterado na minuta do contrato juntada no evento 337 de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

modo a também ensejar a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da Cesan.

Observa-se, também, que o subitem 35.5 da minuta do contrato juntada no processo licitatório (evento 346) não foi alterado.

Isso demonstra que a versão da minuta do contrato juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.

Desa forma, sugere-se o afastamento dessa parte do achado, porém, com expedição de determinação à Cesan.

Quanto à definição de variação significativa (subitem 35.5 da minuta do contrato), adota-se o entendimento do Tribunal no item II.25 do Acórdão TC-Plenário 786-2024-4 para afastar essa parte do apontamento.

Em relação ao apontamento de falta de tratamento isonômico nos subitens 35.1 e 35.3 da minuta do contrato, acolhem-se os argumentos das justificativas da Cesan para afastar essa parte do apontamento.

Diante do ora exposto e de tudo exposto no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital (a) alterar os subitens 35.1.1 e 35.3.4 da minuta do contrato juntada no evento 337 de modo que os riscos de vícios ou defeitos aparentes ou ocultos nos SES, desde o início do contrato, sejam alocados exclusivamente à concessionária, calculando-se esses custos no projeto de referência para a licitação (b) alterar o subitem 35.1.24 da minuta do contrato juntada no evento 337 para excluir a exceção às greves consideradas ilegais, (c) alterar o subitem 48.4 da minuta do contrato de modo a excluir a ressalva de cobertura por pelo menos duas seguradoras e a reduzir o prazo de carência para a contratação da cobertura para no máximo 1 ano a partir de sua disponibilização no mercado nacional, exigindo que a concessionária comprove documentalmente a impossibilidade de cobertura quando

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> apresentar apólice securitária sem cobertura para caso fortuito e força maior, (d) alterar a minuta do contrato juntada no evento 337 de modo que os riscos por vícios ou defeitos aparentes ou ocultos das instalações das obras no ANEXO 11 – OBRAS DE RESPONSABILIDADE DA CESAN, desde o início do contrato, sejam alocados exclusivamente à concessionária, conforme já decidiu esta Corte de Contas, calculando-se esses custos no projeto de referência para a licitação com base no histórico de manutenções da Cesan em relação aos cinco primeiros anos de operação de obras similares contratadas pela Companhia, (e) juntar ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do contrato e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.12 INADEQUAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES CONTRATUAIS SOBRE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.12 A12(Q3) - Inadequação das disposições contratuais sobre reequilíbrio econômico-financeiro
> 3.12.1 Critérios: Acórdão - TCEES 60/2022, Segunda Câmara; Acórdão - TCU 1174/2018, Plenário; Constituição Federal - art. 37, Princípio Constitucional da Eficiência; Lei - 14133/2021, art. 186; Lei - 14133/2021, art. 5º; Lei - 14133/2021, art. 89, §2º.
> 3.12.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> 2.12.3 Situação encontrada
> Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Os subitens 36.15, 36.16, 36.22, 36.23 e 36.24.1.3 da minuta do contrato (evento 14) dispõem que os reequilíbrios econômico-financeiros, de modo geral (variação de custos e novos investimentos), serão feitos pelo método do Fluxo de Caixa Marginal (FCM), devendo a concessionária apresentar Projeção de Fluxo de Caixa decorrente do evento de desequilíbrio, considerando os fluxos de caixa, positivos ou negativos, calculados com base na diferença entre as situações com e sem evento e os fluxos de caixa necessários à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Dispõem, ainda, que para determinação dos fluxos de caixa dos dispêndios marginais, deverão ser utilizadas as melhores informações disponíveis para retratar as reais e efetivas condições atuais, para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas, bem como eventuais receitas e outros ganhos resultantes do evento causador do desequilíbrio, considerando-se reequilibrado o contrato quando os impactos dos eventos que deram origem ao pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro forem compensados por meio da instituição de medidas sobrepostas ao fluxo de caixa elaborado para demonstração dos citados eventos, de tal forma que o valor presente líquido desse fluxo tenha valor igual a 0 (zero), e sendo garantida a TIR encontrada no fluxo de caixa reequilibrado para o resto do contrato, inclusive nas revisões decorrentes de novos investimentos.

Ocorre que a apuração do desequilíbrio não está vinculada a nenhum dado preexistente (fluxo de caixa da proposta da concessionária, por exemplo) e nem se está garantindo a manutenção do desconto oferecido na licitação ou tampouco prevendo estoques de investimentos, de modo a evitar que investimentos inerentes ao cumprimento das obrigações contratuais primárias sejam considerados investimentos novos para efeito de revisão contratual.

A ausência de todos esses mecanismos traz insegurança jurídica ao futuro contrato, permitindo comportamentos oportunistas e não republicanos, com grande potencial de prejuízo ao interesse público.

Achado de mesmo teor foi mantido no ACÓRDÃO TCEES-60/2022 – SEGUNDA CÂMARA.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O Acórdão TCU - Plenário 1174/2018 é bastante contundente e didático ao mostrar os efeitos nefastos da aplicação inadequada do método do FCM, em especial por facilitar comportamentos oportunistas na formação do fluxo, que não está atrelado aos descontos oferecidos na licitação e aos custos e receitas que embasaram a proposta, uma vez que o FCM será formado por preços de mercado, conforme subitem 43.6.2 e 43.6.3, desvirtuando completamente a proposta e eventuais vantagens obtidas com a licitação e passando a ter o mesmo efeito que o TCU quis combater, ao defender sua aplicação para novos investimentos, em razão das distorções provocadas pelos equívocos da manutenção da TIR na primeira rodada de concessões rodoviárias da União, conforme se vê a seguir:

78. A cláusula 21.5.1 da minuta contratual dispõe que a inclusão de obras e serviços no escopo do contrato será reequilibrada por meio da metodologia do 'Fluxo de Caixa Marginal', nos termos de regulamentação específica. Por sua vez, a subcláusula 21.2.1 esclarece os normativos a serem observados:

'O procedimento para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio de revisão dar-se-á conforme estabelecido pelas Resoluções nº 675, de 04 de agosto de 2004, nº 1.187, de 9 de novembro de 2005, nº 3.651, de 7 de abril de 2011, suas alterações ou outras que vierem a sucedê-las.'

79. Ocorre que esta unidade técnica já verificou, em pelo menos cinco processos de controle externo recentes (TC Processo 014.618/2015-0; TC 032.829/2016; TC Processo 036.417/2016-5; TC Processo 031.581/2015-3; TC Processo 012.831/20174), que a utilização da metodologia preconizada pela ANTT consoante resoluções indicadas na minuta de contrato conduz, invariavelmente, a um notável desequilíbrio da avença em desfavor dos usuários.

80. Isso acontece, em linhas gerais, porque o valor dos investimentos em novas obras fica desvinculado daqueles apresentados pela concessionária para arrematar o certame. De forma exemplificativa, a concessionária pode apresentar em sua proposta de negócios a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

execução das passarelas inicialmente previstas com um preço de R$ 2 milhões por unidade e, logo depois de celebrado o contrato, pleitear a execução de passarela similar, não prevista inicialmente, por valores bastante superiores aos da proposta inicial.

81. A obrigação de manter o equilíbrio econômico-financeiro original nos contratos firmados com a Administração está prevista no art. 37, XXI, da CF/88:

'XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.'

[Destaque nosso]

82. Com efeito, o constituinte buscou tutelar a intangibilidade da equação econômico-financeira das contratações do setor público. Preservar este equilíbrio significa manter as condições econômicas pactuadas entre as partes ('condições efetivas da proposta') , mesmo após eventos que alterem o equilíbrio inicial.

[...]

96. Recentemente, o Voto condutor do Acórdão 1.473/2017-Plenário esclareceu que 'a chancela dada pelo TCU à Resolução 3.651/2011 teve como foco central a inadequação de critérios econômicos utilizados pela ANTT quando da inserção de novos investimentos nas concessões da 1ª etapa do programa de concessões'.

97. Ocorre que ao expandir a aplicação da Resolução ANTT 3.651/2011 para os contratos de concessões mais recentes (segunda e terceira etapas), arrematados com significativos deságios, obteve-se resultado oposto ao interesse público perseguido com as deliberações pretéritas do Tribunal, ou seja, as novas obras passaram a ser incluídas nos contratos de concessão por valores majorados de várias vezes em relação àqueles que constaram da proposta original.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

98. Dessa forma, a observância da metodologia e dos parâmetros preconizados pelos normativos da ANTT não garante que os dispositivos constitucionais e legais que tratam da manutenção das condições efetivas da proposta e da modicidade tarifária requerida para a prestação de serviço adequado (art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal; art. 6º, § 1º, art. 9º, § 4º, ambos da Lei 8.987/1995) serão atendidos.

99. Pelo contrário, aumentam os riscos de serem desrespeitados, pois esses normativos orientam para a adoção dos preços referenciais da Administração, sem considerar os descontos obtidos no certame licitatório, o que já representa um desequilíbrio significativo. Não se pode deixar de considerar, também, que a inclusão de obras no contrato de concessão ocorre num ambiente não concorrencial, no qual a elaboração dos projetos fica a cargo da concessionária, o que gera uma assimetria de informações e conflito de interesses que pode ensejar contratações de novos investimentos completamente dissociados das condições originalmente avençadas, de modo que o problema não está circunscrito à questão do deságio obtido, conforme o voto do Ministro Walton Alencar Rodrigues, relator do Acórdão-TCU 738/2017, no âmbito do TC Processo 014.689/2014-6:

'Ao ampliar ou inserir novos investimentos aos originalmente previstos e permitir que a própria concessionária elabore o projeto de engenharia, a ANTT, na prática, retoma o regime de custos e incentiva a concessionária a valer-se da assimetria de informações do negócio para exacerbar os custos do novo investimento, recomendando soluções de engenharia antieconômicas e superestimando quantitativos.'

[destaques nossos]

100. No mesmo sentido, há tempos a literatura estrangeira alerta quanto aos riscos das renegociações contratuais no âmbito das concessões de serviços públicos:

'As renegociações podem indicar comportamentos excessivamente oportunistas por parte dos concessionários dos serviços públicos ou dos governos. Tal comportamento prejudica a eficiência do processo

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

e a prestação do serviço público, porque ocorre apenas entre o governo e o concessionário, de modo que não está sujeita às pressões competitivas, tampouco a pressões da sociedade.
[g. n.]

Saliente-se que a regra do FCM contida na minuta do contrato de concessão padece dos vícios apontados no Acórdão TCU - Plenário 1174/2018, uma vez que não tem mecanismos para evitar comportamentos oportunistas, mitigar a assimetria de informações e preservar as eventuais vantagens obtidas na licitação, como o deságio no valor da contraprestação pública. E com uma agravante, o Método do FCM no caso é aplicado tanto para novos investimentos quanto para desequilíbrios provocados por riscos alocados a uma parte que impactem a outra parte e, ainda, com garantia de TIR, o que permite manobras no fluxo de caixa para aumentar artificialmente a TIR.

Maurício Portugal Ribeiro adverte que a garantia da TIR do plano de negócio da concessionária para fins de reequilíbrio (no caso, os fluxos de caixa apresentados pela concessionária para o pleito de reequilíbrio econômico-financeiro) exige, adicionalmente à vinculação da alocação de riscos, tornar as referências de custo do plano de negócio (o plano de negócio da propostas, que no caso em tela não é exigido) vinculantes para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, de modo a desestimular que o concessionário, por ocasião da formulação do seu plano de negócio (no caso em tela o primeiro plano de negócio a ser apresentado pela concessionária será para o reequilíbrio, pois foi vedada a apresentação de plano de negócio com a proposta), subestime os custos para maximizar a rentabilidade (TIR) estimada no plano de negócio (apresentado para o reequilíbrio), como se vê a seguir:

3.1. CRÍTICAS AO PLANO DE NEGÓCIOS

Estudando a partir de 2002 o uso tradicional do PN pela ANTT e ARTESP no setor de rodovias, fui possivelmente um dos primeiros a fazer publicamente duas críticas sobre o plano de negócios como

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

instrumento para a realização do equilíbrio econômico-financeiro em concessões:13

(a) A primeira sobre as distorções que o uso tradicional do PN realizava na matriz de riscos contratual;

(b) A segunda sobre os ganhos auferidos por concessionários por consequência do uso da rentabilidade estimada no PN como referência para novos investimentos, cuja decisão era tomada vários anos após a assinatura do contrato de concessão.

Como vou mostrar a seguir, essas críticas foram ouvidas e se desenvolveram mecanismos14 para resolvê-las, de maneira que, atualmente;

i) Para resolver a crítica relativa à distorção da matriz de riscos – praticamente todos os contratos que preveem o uso do PN como instrumento para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dizem claramente que o concessionário só pode solicitar recomposição do equilíbrio quando o evento for risco atribuído pelo contrato ao Poder Concedente;

[...]

3.1.2. PLANO DE NEGÓCIOS COMO INSTRUMENTO PARA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO POR NOVOS INVESTIMENTOS

Foi nesse contexto, que desenvolvi, também no âmbito da estruturação do projeto da BR 116/324, em conjunto com diversos colegas do Governo Federal16, as cláusulas para aplicação, pela primeira vez no Brasil, da metodologia do fluxo de caixa marginal para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

É importante notar que essas cláusulas, quando foram desenvolvidas, estavam voltadas apenas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por novos. investimentos. Não havia, então, a intenção de aplicar o fluxo de caixa marginal à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro pela ocorrência de riscos atribuídos a uma parte, mas cujas consequências gravosas atingisse à outra parte do contrato.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Aliás, a minha percepção já nessa época era que, pelas razões que exponho no item 5.2 abaixo, a utilização da metodologia do fluxo de caixa marginal para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por qualquer ocorrência que não seja a inclusão de novos investimentos no contrato configura, em regra, impropriedade técnica.

[...]

4.2. A FONTE DA TAXA A SER UTILIZADA PARA DILUIR NO TEMPO EVENTUAL COMPENSAÇÃO POR EVENTOS GRAVOSOS QUE SÃO RISCO DE UMA PARTE, MAS AFETEM NEGATIVAMENTE À OUTRA PARTE

Por essa razão, parece-me um erro técnico remeter a regulamento a definição da taxa a ser utilizada para diluição no tempo das compensações por riscos a serem atribuídos a uma parte, mas cujos eventos gravosos impactam a outra parte.

Restam, portanto, duas opções que me parecem razoáveis como fonte da taxa para diluição no tempo da compensação financeira.

A primeira seria estabelecer no contrato que será utilizada a taxa de rentabilidade prevista no PN. A taxa nesse caso seria estipulada pelo vencedor da licitação, ou ao tempo em que realizou a sua proposta, ou como condição da assinatura do contrato – a depender do momento em que as regras da licitação exigiram a entrega do PN.17 – 18

Essa opção tem o mérito de trazer para o contrato a taxa de rentabilidade declarada pelo investidor. Eventuais diluições no tempo de compensações financeiras ao concessionário por riscos que são do Poder Concedente, se realizadas utilizando essa taxa, estariam usando a taxa de atratividade do negócio estipulada pelo próprio participante da licitação (que se tornou concessionário), de maneira que, rigorosamente, essa diluição do pagamento do tempo se faria neutra, de uma perspectiva econômica, para o concessionário, eis que realizada usando a sua taxa de rentabilidade estimada (e declarada) como condição para entrada na concessão.

A outra opção seria prever uma fórmula no contrato de concessão para a diluição no tempo dessas compensações. Nesse caso, a taxa

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

seria estipulada pelo Poder Concedente quando da definição da minuta de contrato submetida à licitação.

[...]

5.2. LIMITAÇÕES DO EQUILÍBRIO POR FLUXO DE CAIXA MARGINAL PARA COMPENSAÇÃO DE RISCOS DE UMA PARTE, MAS CUJOS EVENTOS AFETEM À OUTRA PARTE

Agora, suponha que o Poder Concedente simplesmente não consegue obter nem o DUP nem licença prévia ambiental nos prazos estipulados no contrato.

Esse atraso implica em empurrar receitas e investimentos para o futuro, o que significa na prática perda de rentabilidade para o investidor, porque: (a) ele estará pagando taxa pela disponibilidade e não uso do recurso do empréstimo-ponte junto ao banco, (os bancos não assumem risco de atraso de projetos); (b) o investidor estará com recurso próprio disponível mas sem uso (ele não poderá fazer qualquer aplicação de mais longo prazo e risco mais alto, porque a qualquer momento o recurso precisará estar disponível, para o caso da obtenção das licença prévia e do DUP pelo Poder Concedente); (c) o adiamento do início da percepção das receitas do projeto também implica em perda de rentabilidade e isso geralmente não é compensado pelo simples atraso das obrigações de investimento. Enfim, a não utilização dos recursos voltados para o projeto ao tempo e hora leva a perda de rentabilidade do investidor, perda essa que é diretamente proporcional ao atraso.

Nesse contexto, será necessário recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, para que o concessionário não sofra as consequências gravosas de risco atribuído ao Poder Concedente.

Mas – em um contrato de concessão em que o PN não é levado ao conhecimento do Poder Concedente e o sistema de reequilíbrio é por fluxo de caixa marginal – a questão central é: como fazer o reequilíbrio nesse caso?

Como estabelecer o valor dos custos esperados do concessionário e o valor das suas receitas se não há PN, nem qualquer outra referencia para isso? Como, enfim, prever os efeitos financeiros sobre a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

concessionária ou sobre o seu investidor do adiamento que é risco do Poder Concedente?

O grande problema neste caso é que a concessionária não tem ainda um fluxo de caixa, ela não tem qualquer receita, e os custos que ela teve são apenas os iniciais relativos à montagem da empresa, contratação de pessoas, eventualmente a contratação dos projetos das obras etc.. Então, não há (a) nem custos estimados no PN nos quais as Partes poderiam se basear, (b) nem referencias de custos reais (decorrentes dos investimentos e operação da própria concessionária).

Aliás, nessa situação, a única referência disponível para se projetar o fluxo de caixa do projeto são os estudos de viabilidade do projeto elaborados pelos consultores do Poder Concedente. Para evitar, contudo, que esses estudos sejam utilizados para gerar responsabilidade para o Poder Concedente por erros, equívocos nas suas projeções, o contrato de concessão ou PPP nesse exemplo hipotético que estamos descrevendo estabelece claramente que esses estudos são referenciais e não vinculam nem o concessionário, nem o Poder Público.

Se houvesse PN, seria relativamente simples definir-se a compensação ao concessionário pelo atraso. Bastaria prever o atraso no PN, incluir como custo adicional as penalidades pagas pelo concessionário a terceiros por consequência desse atraso (por exemplo, a taxa pela disponibilidade dos recursos do empréstimo-ponte), e verificar como o Poder Concedente iria compensar o concessionário mantendo-se a mesma meta de rentabilidade prevista no PN – poderia ser por aumento da tarifa, aumento do prazo de contrato, atraso ou supressão de investimentos etc., sempre mantendo como meta a rentabilidade do projeto para o concessionário.

Mas sem o PN – e considerando que a metodologia do fluxo de caixa marginal simplesmente é um instrumento inapto a dar solução a esse problema – a indispensável compensação do Poder Concedente ao concessionário pelo atraso vai virar um processo de pura negociação.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Portanto, nesse caso, o esforço de afastar e de não utilizar a qualquer custo o PN – e a extensão tecnicamente inconsistente da metodologia do fluxo de caixa marginal para compensação de riscos que são de uma parte, mas cujos eventos gravosos atinge a outra parte – transformará o processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em pura negociação. E a minha pergunta é: será que isso protege, será que isso tutela os interesses do Poder Concedente? Será que isso protege os interesses do usuário e do Poder Público? A minha percepção é que não. (g. n)

_____

18 Observe-se que se essa solução for adotada, talvez seja conveniente tornar as referências de custo do plano de negócios vinculantes para efeito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por eventos cujo risco é de uma parte, mas cuja ocorrência afete a outra parte. É que se esses itens de custo não forem vinculantes, haverá incentivo para o concessionário, por ocasião da formulação do seu plano de negócios, subestimar os custos para maximizar a rentabilidade estimada no plano de negócios. É que, em contexto em que a taxa de rentabilidade for vinculante, mas os custos não o sejam, o concessionário terá incentivo para superestimar a taxa de rentabilidade e reduzir artificialmente, os custos, para efeito de confecção do plano de negócios, de maneira que, sempre que houver a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro a rentabilidade a ser utilizada seja a mais alta possível. Se, contudo, os custos forem vinculantes, o concessionário perderá o incentivo para superestimar a sua rentabilidade. É que, quando for realizada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, os custos estimados no plano de negócios serão usados também como referência de maneira que empurrá-los artificialmente para baixo quando da confecção do plano de negócios pode não ser uma boa estratégia para o concessionário no longo prazo.

(Destacou-se)

Como se vê acima, as percepções de Maurício Portugal quanto ao uso inadequado do método de FCM são bastante parecidas com as

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

constatações feitas pelo TCU em casos concretos, conforme Acórdão TCU - Plenário 1174/2018.

Os subitens 38.1 e 38.1.1 da minuta do contrato (evento 14, fl. 94) estabelecem que o contrato será objeto de revisão extraordinária em favor das PARTES, conforme o caso, nas hipóteses de ocorrência de qualquer dos riscos alocados nos termos das subcláusulas 35.1 e 35.3, quando impactarem a CESAN, ou gerarem impactos nos encargos ou receitas da CONCESSIONÁRIA, quando o impacto for significativo.

Ocorre que sem o devido esclarecimento, o subitem 38.1 contradiz o subitem 36.2, uma vez que estabelece que a ocorrência de qualquer dos riscos alocados nos subitens 35.1 e 35.3 que cause impactos nas partes acarretará a revisão extraordinária do contrato sem ressalvar que os risco alocados a determinada parte não lhe darão direito à reequilíbrio econômico-financeiro.

Já o subitem 38.1.1 traz insegurança jurídica ao futuro contrato, uma vez que não define objetivamente o que é impacto significativo para gerar direito ao reequilíbrio, não se sabendo, por exemplo, se um impacto de 0,1% ou de 5% do valor do contrato é significativo para gerar direito ao reequilíbrio.

Colacionam-se a seguir os textos dos subitens 36.2, 38.1 e 38.1.1 da minuta do contrato:

36.2. Considera-se caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO quando qualquer das PARTES sofrer os efeitos, positivos ou negativos, decorrentes de EVENTO DE DESEQUILÍBRIO (i) cujo risco não tenha sido a ela alocado e (ii) que comprovadamente promova desbalanceamento da equação econômico-financeira do CONTRATO. [...]

38.1. O CONTRATO será objeto de revisão extraordinária em favor das PARTES, conforme o caso, nas hipóteses de ocorrência de qualquer dos riscos alocados nos termos das subcláusulas 35.1 e 35.3, quando impactarem a CESAN, ou gerarem impactos nos encargos ou receitas da CONCESSIONÁRIA, respectivamente, aplicando-se as consequências previstas nesta cláusula.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

38.1.1. O impacto mencionado na subcláusula acima deverá ser significativo. Caso contrário, o pleito deverá ser processado via REVISÃO ORDINÁRIA.

As disposições contratuais em comento contrariam, portanto, o Princípio Constitucional da Eficiência da Administração Pública (art. 37 da CRFB), o art. 5º, caput, o art. 89, § 2º, e o art. 186 da Lei 14.133/2021, bem como o disposto no Acórdão TCEES-60/2022 – Segunda Câmara e no Acórdão TCU - Plenário 1174/2018.

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação a fim de comprovar nos autos – caso decida manter a metodologia de fluxo de caixa marginal como procedimento para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato – (I) a alteração do "PROCEDIMENTO PARA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO" (previsto nos subitens 36.13 a 36.24 da minuta do contrato), de modo a estabelecer mecanismos que (a) garantam a manutenção do desconto oferecido pela concessionária em sua proposta na licitação, (b) impeçam a inclusão, como novos investimentos, de investimentos inerentes ao cumprimento das obrigações contratuais primárias destinadas a alcançar e manter as metas de universalização do serviço durante toda a vigência do contrato, e (c) impeçam o aumento artificial da TIR; (II) a alteração dos subitens 38.1 da minuta do contrato de modo a deixar claro que não darão direito à revisão extraordinária os riscos alocados à parte, conforme subitem 36.2 da minuta do contrato; e (III) a alteração dos subitens 38.1.1 da minuta do contrato de modo a definir objetivamente o que será considerado impacto significativo para gerar direito à revisão extraordinária.

3.12.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) quanto aos subitens 36.15, 36.16, 36.22, 36.23 e 36.24.1.3 da minuta do contrato, que dispõem sobre o uso do método do Fluxo de Caixa Marginal (FCM) para os reequilíbrios econômico-financeiros, de modo geral (variação de custos e novos investimentos), é da natureza

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

do próprio FCM não envolver o uso de informações dos referidos planos de negócio; II) pretender vincular o uso do FCM para, usar uma taxa de desconto mais condizente com o cenário macroeconômico, mas se valer de uma base de informações pré-definidas (plano de negócios), que em teoria podem não refletir os atuais custos de mercado, repercutiria em uma mistura das metodologias de FCM e PN, com potenciais imprecisões técnicas, ou seja, não seria nem FCM nem PN, mas uma metodologia híbrida cujo uso a CESAN desconhece precedente; III) quanto ao Acórdão 1174/2018 – Plenário do TCU, por toda a controvérsia surgida com base no controle do TCU, houve uma restrição do uso do PN, mesmo com a consagração do entendimento pela Corte Federal de Contas de que o FCM seria voltado, primordialmente, à inclusão de novos investimentos, passando o FCM a ser a metodologia protagonista para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro; IV) dado problemas verificados no setor rodoviário ligados à exclusão/retirada de obras originalmente previstas (que eram abrangidas pelo desconto tarifário utilizado como critério de julgamento) e subsequente inclusão de novas obras via FCM, o que implicaria nova precificação em linha com os custos correntes de mercado (melhores informações disponíveis) sem a incidência do referido deságio, foram apontados alguns aprimoramentos no método, sendo esse um dos principais temas do AC 1174/2018 que analisou o projeto da RIS; V) com base nas provocações da unidade técnica do TCU, a ANTT apresentou o seguinte rol de medidas, conforme se depreende do AC 1174/2018, dentre as quais, a) vedação à inclusão de investimentos em ampliação de capacidade e melhorias nos primeiros e nos últimos cinco anos do contrato, b) inclusão de novos investimentos restrita às revisões quinquenais; c) inclusão de contornos urbanos condicionada à demonstração da vantajosidade e ao comparativo de projetos executivos, audiência pública e reequilíbrio apenas da diferença de custo; d) instituição de estoque de obras, com vedação à inclusão de obras de melhorias por fluxo de caixa marginal (FCM) antes de seu término; e) estabelecimento de limitações e condições para

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

prorrogação do prazo contratual; e f) vedação para inclusão de faixa adicional (5ª faixa) em trecho de 11 km na BR-290”; VI) a questão da preservação do deságio oriundo do certame para novos investimentos foi, em boa medida, relegada pelo Ministério Público de Contas e pelo TCU, alinhando-se a Cesan à posição do TCU no sentido de que impor o deságio quanto à inclusão de novos investimentos transferiria, de forma indevida, para o concessionário risco por investimentos que não foram previstos inicialmente no contrato, o que pode comprometer a exequibilidade de sua proposta (e a viabilidade do Projeto) como um todo; VII) para evitar cenário temerário de retirada de obras/investimentos originais, seguida de inclusão de novas obras/investimentos, a CESAN entende que o contrato merece ajustes para limitar a inclusão de novos investimentos durante os 5 (cinco) primeiros e últimos anos do Contrato; VIII) frise-se que a Cl. 37.1, inciso V, e a Cl. 37.2 do contrato deixam claro que novos investimentos serão processados, prioritariamente, via revisão ordinária (de periodicidade quadrienal); IX) a Cesan entende que a clareza das metas de universalização e desempenho deixam pouca margem para a concessionária buscar a exclusão de obras/investimentos previstos no intuito de ter algum ganho com novas obras/investimentos que impliquem precificação que lhe seja mais vantajosa, sendo que o risco pelos investimentos/obras necessárias para alcançar referidas metas pertence à concessionária (Cls. 35.1; 35.1.2; 35.1.3; 35.1.4; 35.1.17; e 35.1.18); X) como costuma ser padrão nos projetos que se valem apenas do FCM, a precificação de valores para fins de “determinação dos fluxos de caixa dos dispêndios marginais” devem considerar” as melhores informações disponíveis para retratar as reais e efetivas condições atuais, para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas, bem como eventuais receitas e outros ganhos resultantes do evento causador do desequilíbrio” (Cl. 36.16 do Contrato), tendo-se ajustado o contrato para prever a priorização do uso dos sistemas de custos públicos; XI) não cabe vincular o uso de informações de plano de negócios (da concessionária ou referencial) para fins do FCM, pois

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

isso distorceria a própria natureza do FCM, conforme acima indicado; XII) não se deve olvidar os potencias problemas que o uso de planos de negócio como referência vinculativa podem acarretar, conforme indicado no próprio trecho transcrito da Instrução Técnica Conclusiva 04684/2021-5 ligada ao Acórdão 60/2022 do TCE/ES; XIII) sobre os subitens 38.1 e 38.1.1 da minuta do contrato, as Cls. 36.1 e 36.2 do Contrato são bastante claras quanto a somente configurar-se o desequilíbrio se dada parte sofrer os efeitos, positivos ou negativos, decorrentes de evento cujo risco tenha sido alocado à outra parte, sendo que em relação à definição de impacto significativo, se feita sem considerar a fase de execução do contrato, traria o risco de engessamento na avaliação desse impacto, entendendo a Cesan que a melhor alternativa é deixar em aberto o conceito, para que ele possa ser aferido casuisticamente, de acordo com o momento contratual.

3.12.4 Análise Técnica

Quanto aos subitens 36.15, 36.16, 36.22, 36.23 e 36.24.1.3 da minuta do contrato, que dispõem sobre o uso do método do Fluxo de Caixa Marginal (FCM) para os reequilíbrios econômico-financeiros, de modo geral (variação de custos e novos investimentos), verifica-se que a Cesan em suas justificativas é contrária à vinculação de planos de negócios (PN) para formação do FCM e da vinculação do desconto obtido na licitação para reequilíbrios econômico-financeiros (REF) decorrentes de novos investimentos.

Nesse ponto, deve-se esclarecer que apesar de ter servido de fundamentação para o achado, não foram feitas propostas de encaminhamento tendentes a determinar o uso do plano de negócios como base para formação do FCM, como se pode observar no Relatório de Acompanhamento.

No que se refere ao aproveitamento do desconto obtido na licitação para formação dos custos do FCM, a Cesan também se posicionou de forma contrária à adoção de tal medida, alegando que seria inviável e que a alteração do subitem 36.16 da minuta do contrato, com a previsão de uso prioritário de tabelas ou sistemas de custos públicos, resolveria o risco de sobrepreço/superfaturamento.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Verifica-se que o subitem 36.16 da minuta do contrato juntada no evento 337 foi alterado para dar preferência a tabelas e sistemas de custos públicos na formação do fluxo marginal de dispêndios, conforme se vê a seguir:

36.16. Para fins de determinação dos fluxos de caixa dos dispêndios marginais, deverão ser utilizadas as melhores informações disponíveis, com prioridade do uso de fontes de custos oriundas de tabelas ou sistemas de custos públicas, para retratar as reais e efetivas condições atuais, para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas, bem como eventuais receitas e outros ganhos resultantes do evento causador do desequilíbrio. (g.n.)

A Cesan argumenta que essa modificação (I) é suficiente para garantir que os custos do FCM não seriam objeto de práticas não republicanas tal como sobrepreço/superfaturamento, bem como (II) tornaria impossível a aplicação do desconto obtido na licitação, pois os custos do FCM já estariam sendo formados com base nas melhores informações.

No entanto, tal argumento é infundado, uma vez que o orçamento da licitação, segundo a própria Cesan alega no projeto, também é feito com base nas melhores informações de custos por ela praticados em suas contratações, considerados em tese eficientes pela Companhia – método que muito provavelmente será utilizado para formação dos custos do FCM – e, ainda assim, na licitação há grande probabilidade de ser obtido desconto no preço referencial licitado, o que demonstra a viabilidade da aplicação do desconto na formação dos custos do FCM.

Tanto isso é verdade que no Processo TC 6086/2024-1, Protocolo TC 11944/2024, a concessionária pediu reequilíbrio no valor de R$ 10.617.113,05 em termos nominais e de R$ 6.623.075,54 em P0 e a Cesan, com base em parecer de sua consultoria, entendeu que devia pagar pelo reequilíbrio R$ 13.954.055,82 em termos nominais ou R$ 8.584.571,62 em P0.

Assim, fica evidente que sobre as melhores informações de preços da Cesan, a concessionária fez uma proposta com desconto de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

aproximadamente 23,91%, o que demonstra a viabilidade da manutenção do desconto obtido na licitação na formação dos custos do FCM em um caso concreto no Contrato 7/2018 da PPP de Vila Velha.

Observa-se, ainda, que o subitem 36.16 não foi alterado na minuta do contrato juntada no processo licitatório (evento 346).

Isso demonstra que a versão da minuta do contrato juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.

Quanto à implementação do estoque de melhorias, apesar da alegação da Cesan de que nos serviços de esgotamento sanitário a margem para exclusão/inclusão de obras pela concessionária é reduzida, frente à metas de universalização, a prática contradiz tal afirmação, uma vez que no Contrato 8/2017, da PPP de esgotamento sanitário de Vila Velha, a Cesan está inclinada a conceder reequilíbrio de 13 milhões de reais à Ambiental Vila Velha para a execução de obras que são obrigações naturais de investimentos previstas no contrato, cujo risco, inclusive, está alocado ao parceiro privado , o que reforça a importância do estoque de melhorias a fim de evitar comportamentos oportunistas e práticas não republicanas.

Assim, sugere-se manutenção dessa parte do achado, com expedição de determinação à Cesan.

Sobre o apontamento relativo ao subitem 38.1 da minuta do contrato, diversamente do alegado pela Cesan em suas justificativas, entende-se que o subitem 38.1, da forma como está redigido, contradiz o subitem 36.2, permitindo a interpretação de que a regra para revisões extraordinárias seria diferente da regra geral de revisão, uma vez que os dispositivos encontram-se em títulos distintos: CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEXTA – EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO e CLÁUSULA TRIGÉSIMA OITAVA – REVISÃO EXTRAORDINÁRIA.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Assim, é necessário que o subitem 38.1 seja alterado para ficar em consonância com o subitem 36.2, de modo a deixar claro que não darão direito à revisão extraordinária os riscos alocados à parte, conforme subitem 36.2, e a evitar controvérsia na interpretação do contrato.

Sobre o apontamento relativo ao subitem 38.1.1, indefinição de variação significativa, adota-se o entendimento do Tribunal no item II.25 do Acórdão TC-Plenário 786-2024-4 para afastar essa parte do apontamento.

Diante do ora exposto e de tudo exposto no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital – (a) caso decida manter a metodologia de fluxo de caixa marginal como procedimento para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (a.1) alterar o "PROCEDIMENTO PARA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO" (previsto nos subitens 36.13 a 36.24 da minuta do contrato), de modo a estabelecer mecanismos que (a.1.1) garantam a manutenção do desconto oferecido pela concessionária em sua proposta na licitação, (a.1.2) impeçam a inclusão, como novos investimentos, de investimentos inerentes ao cumprimento das obrigações contratuais primárias destinadas a alcançar e manter as metas de universalização do serviço durante toda a vigência do contrato, e (b) adotar regras que impeçam o aumento artificial da TIR caso utilize planos de negócios para apuração do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, tal como do congelamento dos quantitativos e dos custos/despesas do plano de negócio, acrescentando apenas os percentuais de reajustes havidos, para preservar-lhes a atualidade; (c) alterar os subitens 38.1 da minuta do contrato de modo a deixar claro que não darão direito à revisão extraordinária os riscos alocados à parte, conforme subitem 36.2 da minuta do contrato; (d) juntar ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do contrato e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.13 IMPROPRIEDADES NO SISTEMA CONTRATUAL DE SANÇÕES

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.13 A13(Q3) - Impropriedades no sistema contratual de sanções
> 3.13.1 Critérios: Constituição Federal - art. 37, Princípio Constitucional da Eficiência; Lei - 14133/2021, art. 186; Lei - 14133/2021, art. 89, §2º; Lei - 8987/1995, art. 35.
> 3.13.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> 2.13.3 Situação encontrada
> Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.
> O subitem 39.1 da minuta do contrato (evento 14, fl. 95) estabelece inadequadamente a caducidade como uma penalidade, ao passo que tecnicamente se trata de uma forma de extinção da concessão, podendo ser aplicada penalidade no processo de caducidade.
> O subitem 39.7.3.5 da minuta do contrato (evento 14, fl. 96) dispõe que será considerada infração grave aquela que causar prejuízo econômico significativo para a Cesan, mas não define objetivamente o que será considerado prejuízo econômico significativo.
> Os subitens 39.14.4 e 39.14.5 da minuta do contrato (evento 14, fls. 98-99) definem os percentuais das multas por infrações médias e gravíssimas apenas em relação às infrações tipificadas nos subitens 39.7.2.1 e 39.7.4.2, deixando de englobar todas as infrações médias e graves nos referidos percentuais, o que fragiliza o mecanismo de sanções. Não há, ainda, definição alguma do percentual da multa para infrações graves, igualmente, fragilizando o sistema de sanções.
> Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

mantendo-se o achado, expedir determinação a fim de comprovar no autos, antes da publicação do edital, a alteração (I) o subitem 39.1 da minuta do contrato de modo a excluir a caducidade do rol de penalidades contratuais; (II) subitem 39.7.3.5 da minuta do contrato de modo a definir objetivamente o que será considerado prejuízo econômico significativo; (III) os subitens 39.14.4 e 39.14.5 da minuta do contrato de modo (a) a estender a aplicação dos percentuais e de multas média e gravíssimas a todas as infrações assim classificadas e (b) a definir o percentual de multa para todas as infrações classificadas como graves.

3.13.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) quanto ao ponto da caducidade, subitem 39.1 da minuta do contrato, a Cesan está de acordo com a sua exclusão do rol de penalidades, tendo promovido os ajustes necessários para a referida exclusão; II) quanto ao “prejuízo econômico significativo”, subitem 39.7.3.5 da minuta do contrato, critério a ser utilizado para qualificar infrações na categoria grave (Cl. 39.7.3.5 do Contrato), é um dos 5 (cinco) possíveis critérios que, isoladamente, podem enquadrar infrações como graves, entendendo a Cesan que fixar objetivamente tal critério não seria simples, além do risco de gerar algum tipo de engessamento que prejudique ou beneficie, indevidamente, a concessionária quando do manejo de sua competência sancionatória; III) quanto aos subitens 39.14.4 e 39.14.5 da minuta do contrato, para todas as infrações em relação às quais não tenham sido cominados valores específicos de multas, aplica-se a regra da Cl. 39.6 do contrato, que serve como previsão genérica para todas as infrações que não se correlacionam com sanções pecuniárias específicas; IV) em linha com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, cada uma dessas infrações será apurada de acordo com os critérios/fatores de qualificação da gravidade da infração, para que a dosimetria, que deve revestir o manejo das competências sancionatórias, seja adequada e, por consequência, a multa, cujo valor não poderá apenas superar 1% do valor do Contrato; V) por uma imposição de interpretação sistemática,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

eventuais valores de multa pré-definidos no Contrato serão considerados como paralelos relevantes para definir as sanções aplicáveis para casos que possuam alguma similaridade, seja em termos da infração per se ou da categoria da infração envolvida.

3.13.4 Análise Técnica

Quanto ao ponto da caducidade, subitem 39.1 da minuta do contrato, verifica-se na minuta do contrato juntada no evento 337 que o subitem foi alterado de modo a não constar a caducidade como uma penalidade.

No entanto, observa-se que o subitem 39.16 da minuta do contrato juntada no processo licitatório (evento 346) não foi alterado.

Isso demonstra que a versão da minuta do contrato juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.

Assim, considera-se sanada a irregularidade, sugerindo-se o afastamento dessa parte do achado, porém, com necessidade de expedição de determinação à Cesan.

Quanto à indefinição de “prejuízo econômico significativo”, no subitem 39.7.3.5 da minuta do contrato, adota-se o entendimento do Tribunal no item II.25 do Acórdão TC-Plenário 786-2024-4 para afastar essa parte do apontamento.

Quanto à deficiência na definição dos percentuais das multas por infrações médias, graves e gravíssimas, subitens 39.14.4 e 39.14.5 da minuta do contrato (39.13.4 e 39.13.5 da minuta do contrato juntada no evento 337), discorda-se das justificativas apresentadas pela Cesan, pois a definição dos valores/percentuais para aplicação de multa nas infrações médias, graves e gravíssimas é fundamental no sistema de gradação de penalidades, de nada adiantado definir infrações leves, médias, graves e gravíssimas sem definir um intervalo de valores para multas em cada uma das gradações.

Além disso, a regra genérica do subitem 39.5 da minuta do contrato juntada no evento 337 não resolve o problema, uma vez que na

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> primeira oportunidade em que for preciso aplicar multa à concessionária a Cesan terá, obrigatoriamente, que estabelecer, no curso do contrato, algum critério para diferenciar as multas por infrações leves, médias, graves e gravíssimas. Portanto, é mais adequado que já o faça na minuta do contrato de modo a trazer maior segurança jurídica e clareza à avença.
>
> Assim, sugere-se a manutenção dessa parte do achado e a expedição de determinação à Cesan.
>
> Diante do ora exposto e de tudo exposto no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital (a) alterar os subitens 39.14.4 e 39.14.5 da minuta do contrato de modo (a.1) a estender a aplicação dos percentuais e de multas média e gravíssimas a todas as infrações assim classificadas, (a.2) a definir o percentual de multa para todas as infrações classificadas como graves, (b) juntar ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do contrato e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.14 IRREGULARIDADES NAS PREVISÕES SOBRE INDENIZAÇÃO POR EXTINÇÃO ANTECIPADA DO CONTRATO

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.14 A14(Q3) - Irregularidades nas previsões sobre indenização por extinção antecipada do contrato
>
> 3.14.1 Critérios: Acórdão - TCEES 274/2024, item 1.3.27, Segunda Câmara; Lei - 8987/1995, art. 36; Lei - 8987/1995, art. 37; Lei - 8987/1995, art. 38; Lei - 8987/1995, art. 39.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

3.14.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

2.14.3 Situação encontrada

Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

O inciso II do subitem 43.2, o subitem 45.3 e o subitem 47.3.1 da minuta do contrato (evento 14, fls. 108 e 114) estabelecem que nos casos de encampação/rescisão/anulação eventual indenização devida a concessionária, além do previsto no art. 36 da Lei 8.987/95, será acrescida de indenização de todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidos a financiadores, fornecedores, contratados e terceiros em geral, em decorrência do rompimento dos vínculos contratuais, devendo tais valores ser compatíveis aos praticados no mercado, em especial no caso de partes relacionadas, não sendo incluídos na indenização quaisquer valores referentes a lucros cessantes ou verbas análogas, ainda que previstos nos contratos celebrados pela concessionária.

Ocorre que tal comando contratual contraria expressamente os arts. 36, 37 e 39 da Lei 8.987/95, que dispõem que na encampação a indenização será somente das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, enquanto o art. 39 deixa a definição da indenização para a decisão judicial, pois a rescisão decorre de descumprimento contratual pelo Poder Concedente, o que difere da encampação, que acontece por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica, conforme se vê a seguir:

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado. [g. n.]

Além disso, o subitem 41.3.1 da minuta do contrato prevê que a Cesan poderá manter os contratos com terceiros, reforçando a inadequação do inciso II do subitem 43.2 e do subitem 45.3 da minuta do contrato.

Os subitens 43.7, 44.10, 47.4 e 48.6 da minuta do contrato (evento 14, fls. 108-109, 112 e 115) estabelecem indevidamente limite para desconto das multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela concessionária à Cesan de eventual indenização devida à concessionária na rescisão por encampação, caducidade e anulação, conforme se vê a seguir:

43.7. As multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela CONCESSIONÁRIA à CESAN serão descontados da indenização prevista para o caso de encampação, até o limite das parcelas dos investimentos vinculados a BENS REVERSÍVEIS, ainda não amortizados ou depreciados que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do SERVIÇO CONCEDIDO.

44.10. As multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela CONCESSIONÁRIA à CESAN serão descontados da indenização prevista para o caso de caducidade, até o limite das parcelas dos investimentos vinculados a BENS REVERSÍVEIS, ainda não amortizados ou depreciados que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do SERVIÇO CONCEDIDO.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

47.4. Em quaisquer dos casos previstos na subcláusula 47.3, as multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela CONCESSIONÁRIA à CESAN serão descontados da indenização devida, até o limite das parcelas dos investimentos vinculados a BENS REVERSÍVEIS, ainda não amortizados ou depreciados.

48.6. As multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela CONCESSIONÁRIA à CESAN serão descontados da indenização devida, até o limite das parcelas dos investimentos vinculados a BENS REVERSÍVEIS, ainda não amortizados ou depreciados. [g. n.]

Ocorre que é ilícita tal previsão, pois todas as dívidas contratuais da concessionária com a Cesan devem ser descontadas, sem qualquer limite, de eventual indenização devida à concessionária por qualquer forma de extinção antecipada do contrato, sendo que, se esses débitos superarem o valor da indenização, constituirão dívida da concessionária com a Cesan.

Além disso, os subitens 43.7, 44.10 e 47.4 estão em contradição com o subitem 41.8, que não estabelece nenhum limite ao desconto dos débitos da concessionária com a Cesan, como se vê a seguir:

41.8. Em qualquer caso de extinção antecipada do CONTRATO, poderão ser descontados, justificadamente, da indenização das parcelas dos investimentos vinculados a BENS REVERSÍVEIS ainda não amortizados ou depreciados e outros montantes eventualmente devidos pela CESAN à CONCESSIONÁRIA, os valores de multas e outros valores devidos pela CONCESSIONÁRIA à CESAN.

Achados idênticos foram mantidos por esta Corte Contas no Acórdão TCEES 274/2024-8 - Segunda Câmara.

O subitem 44.13 da minuta do contrato (evento 14, fl. 113) estabelece que a indenização devida pela Cesan em decorrência da caducidade está limitada aos valores cobrados na forma estabelecida neste CONTRATO, não sendo devidos quaisquer outros valores a título de indenizações, lucros cessantes e/ou danos emergentes.

Ocorre que, como visto acima, o contrato define indenizações distintas para cada forma de extinção antecipada, sendo necessária a alteração do subitem 44.13 para deixar expresso que a indenização

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

deverá ser aquela prevista no art. 36 da Lei 8.987/95, conforme § 5º do art. 38 do mesmo diploma legal.

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação a fim de comprovar, antes da publicação do edital, (I) (a) a exclusão do inciso II do subitem 43.2, do subitem 45.3 da minuta do contrato e dos subitens 47.3.1 e 47.3.2, e (b) a alteração do subitem 47.3 de modo a deixar claro que a indenização devida em caso de anulação será somente aquela prevista no art. 36 da Lei 8.987/95, (II) a alteração dos subitens 43.7,44.10, 47.4 e 48.6 da minuta do contrato de modo a excluir quaisquer limites aos descontos de dívidas da concessionária com a Cesan de eventuais indenização devidas pela Cesan à concessionária por extinção antecipada do contrato, e (III) a alteração do subitem 44.13 da minuta do contrato de modo a tornar expresso que eventual indenização devida pela Cesan à concessionária em razão de extinção do contrato por caducidade será somente aquela prevista no art. 36 da Lei 8.987/95.

3.14.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) quanto ao inciso II do subitem 43.2, ao subitem 45.3 e ao subitem 47.3.1 da minuta do contrato, há práxis administrativa bastante difundida – com amparo nas melhores práticas desenvolvidas em projetos de infraestrutura – sobre a previsão de um direito de indenização amplo da concessionária nos casos em que o término antecipado não derivar de sua culpa; II) as modalidades de encampação, rescisão e anulação (sem concorrência de culpa da concessionária) predicam a necessidade de observar esse regime mais amplo de ressarcimento no que tange às parcelas passíveis de indenização, sendo bastante comum que essas parcelas abranjam (a) os investimentos em bens reversíveis não amortizados; e (b) encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações que se fizerem devidos a financiadores, fornecedores, contratados e terceiros em geral, em decorrência do rompimento dos vínculos

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

contratuais; III) a práxis administrativa, no que tange à amplitude do regime de indenização, está tão consolidada que já se encontra refletida no art. 24 da Norma de Referência 3 da ANA; IV) atualmente, a grande maioria dos projetos de infraestrutura (senão todos) contemplam regras dessa natureza; V) o próprio contrato da PPP Cariacica também previu regime de indenização apto a cobrir não só os investimentos em bens reversíveis não amortizados, mas também os custos incorridos com a rescisão antecipada de contratos de financiamento e outras eventuais indenizações devidas, o que embute os custos de rescisão e contratos com fornecedores e terceiros; VI) as regras sobre o regime aplicável de indenização da minuta contratual do Projeto não violam quaisquer dispositivos da Lei de Concessões e estão em linha com as melhores práticas que estão amplamente difundidas em projetos de infraestrutura, do qual os precedentes do setor de saneamento citados são uma pequena amostragem; VII) a Cl. 41.3.1 do Contrato estipula que na hipótese de extinção da concessão, a CESAN poderá manter os contratos firmados pela concessionária com terceiros, o que implicaria hipótese de sub-rogação da CESAN na posição jurídico-contratual da concessionária quanto a essas avenças, depreendendo-se que as cláusulas de rescisão antecipada que possam importar no pagamento de multas e indenizações, pela concessionária, perante terceiros, não serão acionadas, caso a Cesan opte por tal sub-rogação, de modo que não caberá cogitar sobre indenização quanto a esse ponto; VIII) não obstante isto, a Cesan realizou ajuste na Cl. 43.2.II do contrato para prever a ressalva quanto à possível sub-rogação nos termos da Cl. 41.3.1; IX) O “limite”, referido na Cls. 43.7, 44.10, 47.4 e 48.6 do Contrato, que impele ao entendimento do NRD acerca da irregularidade, indica apenas que o desconto/compensação será efetuado na extensão do próprio saldo das parcelas de indenização devida à concessionária e não que há uma limitação de responsabilidade da concessionária; X) a própria Cl. 41.8 deixa claro que não há limitação de responsabilidade, valendo destacar as Cls. 32.1.7, 35.1.2, 35.1.28 e 55.6, que aludem à responsabilidade da

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

concessionária por danos causados à CESAN, sem prejuízo do art. 76 da Lei das Estatais

3.14.4 Análise Técnica

Inicialmente é fundamental destacar que a Lei 8987/95 estabelece uma autorização legal para que o Poder Concedente pague administrativamente apenas uma espécie de indenização na extinção das concessões de serviços públicos, sendo aquela prevista em seu art. 36, como se vê a seguir:

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Portanto, é equivocada a interpretação dada ao referido artigo pela Cesan, pois ele é bastante claro ao dispor que, inclusive, no advento do termo contratual tal indenização pode ser devida.

É o que ocorre, por exemplo, quando há inclusão de novos investimentos que não poderão ser amortizados ou depreciados no prazo inicialmente previsto se não houver sua indenização concomitante aos novos investimentos, ou revisão da tarifa/contraprestação pública para garantir a amortização/depreciação no prazo inicialmente previsto no contrato ou ampliação do prazo contratual, por exemplo.

De outro norte, como a Lei 8987/95 dá uma autorização expressa para pagamento de apenas uma espécie de indenização pela via administrativa, quaisquer outras possíveis indenizações deverão ser pleiteadas e decididas judicialmente, como no caso da rescisão, art. 39, em que não há previsão de pagamento da indenização prevista no art. 36, uma vez que a questão será necessariamente judicializada, não se justificando o pagamento da indenização pela via administrativa, pois quem teve a iniciativa de rescindir o contrato foi o parceiro privado.

Não obstante isto, é possível que os contratos fixem as balizas para as demais indenizações, que não aquela estabelecida no art. 36, para

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

os casos em que a rescisão antecipada não tiver sido causada pela concessionária.

Contudo, essas regras devem deixar claro que tais indenizações deverão ser pleiteadas e decididas judicialmente, uma vez que a Lei 8.987/95, aplicável nessa parte às PPP, por força do art. 3º da Lei 11079/2004, apenas autoriza e prevê o pagamento pela via administrativa de uma única espécie de indenização, ou seja, aquela prevista no artigo 36, conforme se depreende de sua combinação com os arts. 37, 38, § 5º e 39.

Ademais, em obediência ao princípio da hierarquia das normas, as disposições da NR 3 da ANA não podem desrespeitar a Lei 8987/95. Assim, não podem criar obrigação de pagamento pela via administrativa de indenizações não previstas na Lei 8987/95.

Dessa forma, sugere-se manutenção dessa parte do achado e a expedição de determinação à Cesan.

Quanto aos subitens 43.7,44.10, 47.4 e 48.6 da minuta do contrato, que impõem limites aos descontos de dívidas da concessionária com a Cesan em caso de pagamento de eventuais indenizações devidas pela Cesan à concessionária por extinção antecipada do contrato, igualmente, não assiste razão aos argumentos expostos nas justificativas. Isso porque a minuta do contrato prevê outros tipos de indenização à concessionária em caso de extinção antecipada do contrato e limita, indevidamente, o desconto dos débitos da concessionária ao valor da indenização relativo às parcelas de investimentos em bens reversíveis ainda não amortizados/depreciados, deixando isentas de qualquer desconto as outras parcelas indenizatórias.

Ou seja, mesmo que as parcelas indenizatórias não previstas no art. 36 somente possam ser pagas em juízo, o contrato as coloca em situação de isenção em relação ao desconto das dívidas da concessionária em relação à Cesan, o que é ilícito.

Ainda que o subitem 41.8 da minuta do contrato estabeleça que os débitos da concessionária poderão ser descontados de quaisquer indenizações a ela devida, tal norma está na parte geral relativa às

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

indenizações enquanto as regras específicas de cada espécie de extinção da concessão estabelecem regras próprias e distintas da prevista no subitem 41.8, como ressaltado no Relatório de Acompanhamento.

Assim, está-se diante de regras conflitantes e não de caso de interpretação sistemática do contrato, uma vez que a interpretação sistemática é usada para se extrair o sentido integral de uma norma e não para resolver problemas de redações conflitantes, que são solucionados pelos critérios hierárquico, cronológico e da especialidade.

Portanto, deve a Cesan nessa fase procurar eliminar as contradições internas da minuta do contrato e não deixar que se tornem um problema de interpretação na execução do contrato.

Dessa forma, sugere-se a manutenção dessa parte do achado e a expedição de determinação à Cesan.

Verifica-se, ainda, na minuta do contrato juntada no evento 337 que o subitem 43.2, II, foi alterado, enquanto na minuta do contrato juntada no processo licitatório (evento 346) permaneceu inalterado.

Isso demonstra que a versão da minuta do contrato juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.

Diante do ora exposto e de tudo exposto no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital (a) excluir o inciso II do subitem 43.2, o subitem 45.3 e os subitens 47.3.1 da minuta do contrato, ou, caso queira mantê-los, coloque ressalva expressa que qualquer indenização que não seja aquela prevista no artigo 36 da Lei 8987/95 deverá ser pleiteada e decidida judicialmente, (b) alterar os subitens 43.7,44.10, 47.4 e 48.6 da minuta do contrato de modo a excluir quaisquer limites aos descontos de dívidas da concessionária com a Cesan de eventuais indenização devidas pela Cesan à concessionária por extinção

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> antecipada do contrato, eliminando a contradição existente com o subitem 48.1, (c) alterar o subitem 44.13 da minuta do contrato de modo a tornar expresso que eventual indenização devida pela Cesan à concessionária em razão de extinção do contrato por caducidade será somente aquela prevista no art. 36 da Lei 8.987/95, (d) juntar ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do contrato e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.15 PREVISÃO CONTRATUAL INCONSTITUCIONAL DE INCLUSÃO DE NOVOS MUNICÍPIOS APÓS A LICITAÇÃO

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.15 A15(Q3) - Previsão contratual inconstitucional de inclusão de novos municípios após a licitação
> 3.15.1 Critérios: Constituição Federal - art. 175; Constituição Federal - art. 37, XXI; Decreto - 11599/2023, art. 6º, §16; Lei - 11079/2004.
> 3.15.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> 2.15.3 Situação encontrada
> Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.
> Os subitens 5.5 e 5.6 da minuta do contrato (evento 14, fl. 10 e 11) dispõem como forma de novos investimentos a inclusão de municípios não inseridos na área de concessão.
> Tal previsão fere o Princípio Constitucional da licitação, previsto no art. 37, XXI e no art.175 da CRFB, bem como a Lei 11.079/2004 e o § 16 do art. 6º do Decreto Federal 11.599, de 12 de julho de 2023, que dispõe sobre a prestação regionalizada dos serviços públicos de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

saneamento básico, estabelecendo expressamente que "Homologada a licitação para a concessão dos serviços nos termos do disposto no inciso II do caput do art. 2º, fica vedada a adesão de outros Municípios ao mesmo procedimento licitatório, ainda que integrem a mesma estrutura de prestação regionalizada."

Cabe salientar que a apesar da vedação expressa, o TCE-AL, através do Acórdão 18/2024, prolatado no Processo TC – 21080/2023 (Consulta) , entendeu possível a adesão de municípios não integrantes da área de concessão, após homologada a licitação, com condicionantes, em especial a de ser previamente comprovada por estudo técnico e financeiro a inviabilidade de realização de nova licitação e a economicidade da adesão.

O argumento da decisão foi de não haver vedação expressa à adesão na Lei 11.445/2007, alterada pela Lei 14.026/2020, o que tornaria inaplicável o § 16 do art. 6º do Decreto 11.599/2023 por estar em conflito com a lei.

Ocorre que a Lei 11.445/2007 em momento algum autoriza a inclusão de novos municípios após as regulares licitações, apenas prevendo no art. 8º-A que "É facultativa a adesão dos titulares dos serviços públicos de saneamento de interesse local às estruturas das formas de prestação regionalizada.".

Sem dúvida alguma o art. 8º-A e a própria Lei 11.445/2007 não autorizam a adesão de municípios não incluídos na área de determinada licitação após concluído o certame, pois se o fizessem seriam inconstitucionais por afronta direta aos já citados arts. 37, XXI e 175 da CRFB.

Diante do exposto, sugere-se notificar Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, (I) a alteração dos subitens 5.5 e 5.6 da minuta do contrato de modo a excluir a possibilidade de novos investimentos através da inclusão de municípios não inseridos na área de concessão após homologada a licitação; (II) a exclusão dos demais documentos editalícios de qualquer possibilidade de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

realização de novos investimentos através da inclusão de municípios não inseridos na área de concessão após homologada a licitação .

3.15.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) a Cesan opta por acatar o posicionamento do NDR, promovendo os ajustes aplicáveis para excluir a previsão em questão.

3.15.4 Análise Técnica

Verifica-se que os subitens 5.5 e 5.6 da minuta do contrato juntada no evento 337 foram alterados, não prevendo mais a possibilidade de inclusão de novos investimentos em municípios que estejam fora da área de concessão.

Dessa forma, entende-se sanada a irregularidade, sugerindo-se o afastamento do achado.

Não obstante isto, observa-se que os subitens 5.5 e 5.6 da minuta do contrato juntada no processo licitatório (evento 346) permanecem inalterados.

Isso demonstra que a versão da minuta do contrato juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.

Diante do ora exposto e de tudo exposto no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugere-se o afastamento do achado, porém, com expedição de determinação à Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital, juntar ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do contrato e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.16 REFERÊNCIA A VERSÃO DESATUALIZADA DO REGULAMENTO DE LICITAÇÕES DA CESAN - RLC

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.16 A16(Q3, Q2) - Referência a versão desatualizada do Regulamento de Licitações da Cesan - RLC
> 3.16.1 Critérios: Lei - 14133/2021, art. 186; Lei - 14133/2021, art. 89, §2º.
> 3.16.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> 2.16.3 Situação encontrada
> Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.
> Os preâmbulos das minutas do edital e do contrato (evento 13 e 14) citam versão antiga do Regulamento de Licitações da Cesan (RLC) – versão aprovada pela Deliberação 4.713/2020 – enquanto a versão mais atualizada do RLC está em sua revisão 2 e foi aprovada pelas Deliberações 5047/2023 e 5074/2023 .
> Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a alteração dos preâmbulos das minutas do edital e do contrato de modo a fazer referência à versão mais atualizada do Regulamento de Licitações da Cesan.
> 3.16.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:
> I) a Cesan informa que a efetiva atualização de seu regulamento ocorreu em 2024, tendo ajustado as passagens do edital e contrato que fazem referência a dispositivos do RLC, além do próprio preâmbulo.
> 3.16.4 Análise Técnica
> Verifica-se que o subitem 1.1 da minuta do edital e o subitem 4.1 da minuta do contrato juntadas nos eventos 336 e 337 foram alterados, fazendo referência à versão atual do RLC.
> Dessa forma, considera-se sanada a irregularidade, sugerindo-se o afastamento do achado.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> Não obstante isto, observa-se que o subitem 1.1 da minuta do edital e o subitem 4.1 da minuta do contrato juntadas no processo licitatório (evento 346) permanecem inalterados.
>
> Isso demonstra que as versões da minuta do edital e da minuta do contrato juntadas no processo licitatório estão desatualizadas, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.
>
> Diante do ora exposto e de tudo exposto no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugere-se o afastamento do achado, porém, com expedição de determinação à Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital, juntar ao processo licitatório as versões atualizadas da minuta do edital e da minuta do contrato e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.17 IRREGULARIDADE NA PREVISÃO CONTRATUAL DE JUROS DE MORA CONTRA A CESAN

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.17 A17(Q3) - Irregularidade na previsão contratual de juros de mora contra a Cesan
>
> 3.17.1 Critérios: Constituição Federal - art. 5º, Princípio Constitucional da Isonomia; Constituição Federal - Princípio Constitucional da Razoabilidade; Decisão - STF item Tema 810 de Repercussão Geral, Plenário; Decisão - STJ Tema Repetitivo 905; Lei - 9494/1997, art. 1º-F.
>
> 3.17.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

2.17.3 Situação encontrada

Período de ocorrência: 23/02/2024 a 10/05/2024.

O subitem 9.5 da minuta do edital (evento 14, fl. 19) estabelece a incidência de juros segundo a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Estadual do Estado do Espírito Santo.

Como a relação jurídica em análise não é de natureza tributária, mas administrativa em geral, fere o Princípio Constitucional da Razoabilidade impor juros de mora aplicáveis a débitos tributários com a Fazenda Estadual.

No caso, deve-se aplicar ao contrato em caso de mora os juros moratórios aplicados à caderneta de poupança e correção monetário pelo IPCA-E, conforme Tema 810 de Repercussão Geral do STF e art. 1º-F da Lei 9494/97.

De outro norte, fere o Princípio Constitucional da Isonomia tratar, como o fez o subitem 9.5 da minuta do contrato de correção monetária e juros apenas em desfavor da Cesan, uma vez que a concessionária também poderá ter obrigações financeiras no contrato, como, por exemplo, o pagamento de multas contratuais, que deverão ser corrigidas monetariamente e ter acréscimo de juros moratórios em caso de atraso.

Diante do exposto, sugere-se notificar a Cesan, na pessoa do Sr. Diretor-Presidente, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação a fim de comprovar nos autos, antes da publicação do edital, a alteração do o subitem 9.5 da minuta do contrato de modo a estabelecer, tanto para a Cesan quanto para a concessionária, a correção monetária de débitos pelo IPCA-E e a incidência de juros moratórios aplicados à caderneta de poupança, conforme Tema 810 de Repercussão Geral do STF e art. 1º-F da Lei 9494/97.

3.17.3 Quanto ao achado, a Cesan (evento 335) alegou em síntese que:

I) a Cesan não se opõe a fixar os parâmetros de correção monetária e juros de mora com base na caderneta de poupança e no IPCA-E,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

de forma analógica ao Tema 810 de Repercussão Geral do STF; II) a Cl. 39.14.6 estipula o acréscimo automático de valor em função do atraso no que tange ao adimplemento de multas em atraso, além da incidência de correção monetária e dos juros de mora.

3.17.4 Análise Técnica

Verifica-se que o subitem 9.5 da minuta do edital juntada no evento 337 foi alterado, passando a prever correção monetária de débitos pelo IPCA-E e a incidência de juros moratórios de 0,5%.

Dessa forma considera-se sanada essa parte do achado.

No entanto, em relação ao tratamento isonômico entre as partes, a mesma previsão é feita à concessionária em relação somente ao atraso no pagamento de multas, como se vê no subitem 39.13.6 da minuta do contrato juntada no evento 337 (correspondente ao subitem 39.14.6 da minuta anterior do contrato – evento 14).

Ocorre que as obrigações pecuniárias da concessionária podem não ser somente relativas às multas, podendo, eventualmente, causar prejuízos à Cesan, que serão objeto de indenizações, e essas indenizações devem, igualmente às multas, ter fixados a correção monetária e os juros moratórios, de forma isonômica à fixada para os atrasos pecuniários da Cesan.

Dessa forma, sugere-se a manutenção dessa parte do achado e a expedição de determinação à Cesan.

Observa-se, também, que os subitens 9.5 e 39.14.6 da minuta do contrato juntada no processo licitatório (evento 346) permanecem inalterados.

Isso demonstra que a versão da minuta do contrato juntada no processo licitatório está desatualizada, enquanto é corolário da licitação que os documentos publicados com a abertura do certame estejam juntados no processo licitatório e dele sejam extraídos de suas versões mais atualizadas.

Diante do ora exposto e de tudo exposto no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, sugere-se a manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan a fim de (I) antes da publicação do edital, (a) incluir na minuta do contrato previsão de pagamento de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

correção monetária e juros moratórios relativamente aos eventuais atrasos pecuniários da concessionária, de forma isonômica à fixada para a Cesan no subitem 9.5, (b) juntar ao processo licitatório a versão atualizada da minuta do contrato e (II) providenciar para que todos os documentos disponibilizados no site da licitação sejam cópias fiéis extraídas de suas versões mais atualizadas do processo licitatório.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.18 DEFICIÊNCIA DA DEFINIÇÃO DO ESCOPO

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.18 A18(Q6) - Deficiência da definição do escopo
> 3.18.1 Critérios:
> Lei - 11.079/2004, art. 3º
> Lei - 11.079/2004, art. 5º
> Lei - 8.987/1995, art. 23, I
> Lei - 8.987/1995, art. 23, II
> 3.18.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> O contrato de concessão administrativa precisa estabelecer claramente o objeto contratado, incluídos nesse contexto a área, o prazo, o modo, a forma e as condições de prestação do serviço.
> Lei 8.987/1995
> Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
> I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
> II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
> [...]
> Lei 11.079/2004
> Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

[...]

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

A minuta do contrato apresentada define o objeto como “ampliação, manutenção e operação do sistema de esgotamento sanitário e prestação de serviços de apoio à gestão comercial nos municípios que integram a área da concessão”. A presente análise quanto à suficiência da descrição do objeto é restrita à parcela do objeto referente a esgotamento sanitário.

A descrição do objeto omite a parcela adequação (operacional/ambiental/civil) do sistema de esgotamento sanitário existente, mencionada no Caderno de Encargos por vezes como “recuperação” ou “melhoria”.

6.2 INVESTIMENTOS PELA CONCESSIONÁRIA

A CONCESSÃO tem como objetivo potencializar as ações necessárias à universalização dos sistemas de esgotamento sanitário na área de abrangência do CONTRATO, contemplando a operação, manutenção, recuperação e ampliação da infraestrutura existente e/ou implantação do sistema de esgotamento.

[...]

6.3 PLANO OPERACIONAL

[...]

As diretrizes constantes do Plano Operacional deverão ser adotadas pela CONCESSIONÁRIA para a adequação de todos os serviços, mediante análise e recuperação das estruturas existentes, bem como adoção de padronização de procedimentos para a operação das estruturas, incluindo as etapas de treinamento, uniformização e identificação.

[...]

6.2.4 OBRAS E MELHORIAS

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

As intervenções podem prever a implantação do sistema em etapas, de forma a garantir o cumprimento das metas ao longo do PRAZO DA CONCESSÃO. É vedada a interligação de imóveis à rede coletora sem que essa esteja conectada a uma unidade de tratamento em operação.

Caberá à CONCESSIONÁRIA avaliar as condições e a pertinência em manter ou não em operação as unidades existentes, assim como possíveis melhorias e/ou ampliações necessárias.

A implantação de unidades adicionais às previstas nos estudos conceituais não implicará em reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

O projeto, portanto, inclui adequação/reabilitação e a descrição do objeto do contrato deve ser “adequação, ampliação, manutenção e operação do sistema de esgotamento sanitário e prestação de serviços de apoio à gestão comercial nos municípios que integram a área da concessão”.

Há necessidade de: (i) padronizar o termo adotado para adequação (operacional/ambiental/civil) das unidades (lineares e não lineares) do sistema de esgotamento sanitário; (ii) inclusão do termo adotado para adequação na descrição do objeto na Minuta do Contrato e Edital; (iii) inclusão, no Glossário anexo ao Edital e Minuta do Contrato, da definição do termo adotado para adequação.

Para continuação da análise, cumpre trazer os conceitos de sistema de esgotamento sanitário e suas unidades, contidos na ABNT NBR 12587 – Cadastro de sistema de esgotamento sanitário.

3.2 Sistemas de esgotamento sanitário

Canalizações, instalações e equipamentos destinados a coletar, transportar, tratar e encaminhar os esgotos sanitários a um destino final conveniente, compreendendo unidades não-lineares ou localizadas e unidades lineares ou não localizadas.

3.3 Unidades não-lineares ou localizadas

Conjunto de instalações, equipamentos e órgãos acessórios, implantado em pontos estratégicos do sistema, com a finalidade de tratar, recalcar ou auxiliar na transposição de interferências,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

compreendendo estação de tratamentos de esgotos, estação elevatória e sifão.

3.4 Unidades lineares ou não-localizadas

Canalizações e órgãos acessórios destinados a coletar e transportar os esgotos a um destino conveniente, compreendendo ramal predial, coletor, coletor-tronco, interceptor e emissário.

O escopo do contrato pode ser segregado conforme a unidade do sistema de esgotamento sanitário (SES): ligações intradomiciliares, ligações prediais, rede coletora, estações elevatórias de esgoto (EEEB), rede de recalque, estações de tratamento de esgoto (ETE) e emissário.

Observa-se que o Caderno de Encargos e o Plano de Negócios não definem claramente a adequação (ambiental/civil/operacional) para as unidades lineares e não lineares do SES (ligações prediais, rede coletora, EEEB, rede de recalque, ETE, emissário de esgoto tratado).

O Plano de Negócio prevê “reinvestimento” para ETE e EEEB com mais de 5 anos e manutenção, operação e conservação dos serviços de coleta, afastamento, tratamento e disposição final .

Reinvestimento em Melhorias Operacionais do SES – Foi definido como premissa do estudo o reinvestimento de 1,5% a.a. sobre o valor do ativo imobilizado da parcela referente as estações de tratamento e elevatórias de esgoto. Para os ativos existentes e das obras a cargo da nova concessionária, o valor das estações de tratamento e elevatórias foi estimado conforme a metodologia descrita nos Estudos Técnico e Operacional de cada município. Para as obras a cargo da CESAN, o valor desses ativos foi obtido diretamente a partir de seus orçamentos.

[...]

Na modelagem econômico-financeira da concessão foram considerados todos os custos e despesas para a manutenção, operação e conservação dos serviços de coleta, afastamento, tratamento e disposição final de esgoto pelo futuro parceiro privado, com periodicidade anual.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Por se tratar de projeto com infraestrutura já existente é esperado que, para alcance do objetivo da contratação, sejam realizadas adequações de natureza civil/ambiental/operacional vislumbradas para todos os tipos de unidades do SES desde o início contratual.

O Caderno de Encargos precisa definir para quais parcelas o encargo de adequação da infraestrutura existente está previsto e mostrar a sua alocação no Plano de Negócios, coincidindo a nomenclatura. O Plano de Negócios deve citar diretamente em qual documento estão as premissas utilizadas.

Há necessidade de organizar e complementar o Caderno de Encargos para inclusão de todas as parcelas do objeto - adequação, ampliação, manutenção e operação de ligações intradomiciliares, ligações prediais, rede coletora, EEEB, rede de recalque, ETE, emissário de esgoto tratado – com detalhamento da abrangência, do modo, da forma e das condições de prestação do serviço, com todas as remissões a outros documentos expostas de forma explícita, inclusive elementos de anteprojeto de engenharia, prescrições técnicas e normas.

Um exemplo de insuficiência na descrição do objeto é para parcela ampliação de ligações intradomiciliares.

A CONCESSIONÁRIA deverá executar os serviços de conexão intradomiciliar, utilizando estratégias de mobilização comunitária e educação ambiental, envolvendo no mínimo os clientes, as lideranças comunitárias dos bairros, os representantes das organizações governamentais e não governamentais locais, as escolas e demais equipamentos comunitários. A metodologia a ser utilizada pelo concessionário deverá ser previamente aprovada pela CESAN devendo ser compatível com metodologia adotada pela CESAN em outras áreas de atuação. A CONCESSIONÁRIA deverá oferecer o serviço de ligação intradomiciliar, sem ônus para o cliente, quando autorizada pelo mesmo, observada a necessidade de atendimento ao Anexo III - METAS E INDICADORES DE DESEMPENHO.

O Caderno de Encargos não especifica se a abrangência para essa parcela é a definida no ANEXO 1 – ÁREA DA CONCESSÃO ou se há

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

uma área específica, em cada Município (sede ou distritos na área da concessão), tal como Zona de Interesse Social. Também não aponta precisamente (remissão a documento específico) a metodologia adotada pela Cesan em outras localidades, que seria um balizador, do modo, da forma e das condições de prestação do serviço. O Anexo de Metas e Indicadores não traz nenhum parâmetro específico sobre ligações intradomiciliares  no contexto de atingimento de metas.

A indicação é de que o Caderno de Encargos seja organizado por itens específicos para todas as parcelas para que possa subsidiar os estruturadores à complementação de deficiências, passando pelos requisitos legais descrição do modo, forma e condições de prestação do serviço de forma a caracterizar minimamente o objeto. Sugere-se a seguinte segregação do objeto, no que couber, conforme o escopo:

- Ligações intradomiciliares: ampliação ;
- Ligações prediais: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Rede coletoras: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- EEEB: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Rede de recalque: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- ETE: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Emissário de esgoto tratado: adequação, ampliação, manutenção e operação.

Diante do exposto, sugere-se notificar a unidade gestora, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, determinar à Cesan que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a revisão do Caderno de Encargos e de seu rol de anexos para: (i) padronizar o termo adotado para adequação operacional/ambiental/civil das unidades do sistema de esgotamento sanitário; (ii) incluir o termo adotado na descrição do objeto na Minuta do Contrato e Edital e em todos os documentos que descrevem o objeto licitado; (iii) incluir, no Glossário anexo ao Edital e Minuta do Contrato, a definição do termo adotado; (iv) definir para quais unidades (lineares e não lineares) do SES o encargo de recuperação

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br  Identificador: 03717-9B406-E24DB

da infraestrutura existente (adequação ambiental/civil/operacional) está previsto; (v) mostrar a alocação dos custos de adequação ambiental/civil/operacional para cada tipo de unidade do SES no Plano de Negócios, coincidindo a nomenclatura; (vi) citar de forma remissiva no Plano de Negócios em qual documento estão as premissas utilizadas para estimativa de adequação ambiental/civil/operacional para cada tipo de unidade do SES; (vii) complementar o Caderno de Encargos para inclusão de todas as parcelas do objeto (adequação, ampliação, manutenção e operação) para cada unidade do SES (ligações intradomiciliares, ligações prediais, rede coletora, EEEB, rede de recalque, ETE, emissário de esgoto tratado) com detalhamento da abrangência, do modo, da forma e das condições de prestação do serviço, com todas as remissões a outros documentos expostas de forma explícita, inclusive elementos de anteprojeto de engenharia, prescrições técnicas e normas técnicas.

3.18.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

O d. NDR aponta a necessidade de revisão do Anexo 2 - Caderno de Encargos, visando: (i) à padronização dos termos adotados para a adequação dos sistemas existentes, melhorias operacionais e manutenção; (ii) à inclusão destes termos no Edital e na Minuta do Contrato; (iii) à definição em relação a quais unidades (lineares e não lineares) do SES o encargo de recuperação da infraestrutura existente (adequação ambiental/civil/operacional) está previsto; (iv) mostrar a alocação de custos de adequação para cada tipo de unidade do SES; e (v) complementar o Caderno de Encargos para a inclusão de todas as parcelas do objeto.

Quanto a esse ponto, a CESAN opta, na oportunidade, por acatar o posicionamento do NDR.

Nessa linha, promoveu-se os ajustes aplicáveis para incluir as determinações no Anexo 2 - Caderno de Encargos, na Minuta do Edital e Contrato.

[grifo nosso]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

3.18.4 Análise Técnica

Considerando que a Cesan optou por acatar o posicionamento do NDR, resta realizar a conferência sobre a revisão de documentos para suficiência da definição do escopo.

Cumpre registrar que a Cesan deixou de indicar pontualmente onde foram realizadas as alterações o que compromete a celeridade de reexame da documentação do processo licitatório e favorece o retrabalho. Com isso, cumpre informar, que para análise conclusiva deste achado, foram objeto de exame documental exclusivamente os documentos aqui referenciados.

Cumpre ainda registrar que alguns documentos foram encaminhados via drive na nuvem Microsoft mesmo tendo extensão adequada ao envio via sistema eletrônico de processos do e-tcees. Tais documentos serão objeto de exame exclusivamente se necessários à evidenciação da análise conclusiva, por limitação de escopo.

Passa-se à análise ponto a ponto do achado.

i. padronizar o termo adotado para adequação operacional/ambiental/civil das unidades do sistema de esgotamento sanitário

Tendo em vista a conferência dos demais itens a seguir, conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

ii. incluir o termo adotado na descrição do objeto na Minuta do Contrato e Edital e em todos os documentos que descrevem o objeto licitado

O Edital (Peça Complementar 22575/2024-6) e a Minuta do Contrato (Peça Complementar 22576/2024-1) não apresentam o termo adequação na descrição do objeto. Conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

iii. incluir, no Glossário anexo ao Edital e Minuta do Contrato, a definição do termo adotado

Observa-se que foram incluídas as expressões “adequações” e “melhorias operacionais” no glossário (Peça Complementar 22584/2024-5, fl. 2).

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Observa-se também que a nova versão do Caderno de Encargos (Peça Complementar 22577/2024-5 traz uma tabela com lista de “adequações” no item referente a investimento.

5.2 INVESTIMENTOS PELA CONCESSIONÁRIA

A CONCESSÃO tem como objetivo potencializar as ações necessárias à universalização dos sistemas de esgotamento sanitário na área de abrangência do CONTRATO, contemplando a operação, manutenção, adequação, ampliação da infraestrutura existente e/ou implantação do sistema de esgotamento.

[...]

A CONCESSIONÁRIA deverá avaliar, com base nos critérios técnicos e ambientais, as efetivas viabilidades de aproveitamento, ampliação, adequação das Estações de Tratamento existentes, elaborando o planejamento de implantação de novos sistemas de tratamento sob esta ótica;

[...]

5.2.4 OBRAS E MELHORIAS

[...]

O PLANO DE OBRAS da CONCESSIONÁRIA, deve obrigatoriamente contemplar as adequações apresentadas na tabela 5.2.4 – Adequações nos SES existentes, inclusive o cumprimento aos prazos estabelecidos, inclusive evidenciando para a CESAN a sua execução com relatórios e conforme exigências do item 6.5 deste anexo

[...]

Pelo observado, pontua-se o seguinte:

- A descrição de “adequações”, no Glossário, não inclui a sua especificidade/abrangência sugerida no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7, qual é “civil, operacional e ambiental”.
- A descrição “melhorias operacionais”, no Glossário, inclui, assim como “adequações”, o encargo de “reabilitação de unidades”, contribuindo para falta de clareza sobre a distinção de parcelas do objeto e a alocação de custo correspondente.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

• A expressão “melhorias operacionais” não é mais usada no Caderno de Encargos. Por outro lado, é a nomenclatura utilizada no Plano de Negócios (Peça Complementar 22583/2024-1) para uma parcela de CAPEX denominada “reinvestimento. Ou seja, apesar de o Glossário conter descrições em separado para “melhorias operacionais” e “adequações”, há falta de clareza se há distinção enquanto encargo/parcela do objeto e falta de clareza sobre a alocação de custo.

• O Caderno de Encargos ainda utiliza a palavra “melhoria” de forma equivalente à “adequação”.

Conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

iv. definir para quais unidades (lineares e não lineares) do SES o encargo de recuperação da infraestrutura existente (adequação ambiental/civil/operacional) está previsto.

A Cesan incluiu no Caderno de Encargos a Tabela 5.2.4 – Adequações nos SES existentes com investimentos previstos de adequação (Peça Complementar 22577/2024-5, fl. 21-23).

É necessário que as adequações, que constituem parcela do objeto do contrato, encontrem fundamentação no anteprojeto apresentado. Ou seja, é necessário que o Estudo Técnico Operacional contenha o levantamento fundamentado de adequações e que o Plano de Negócio da Administração para licitação indique o custo estimado de adequações.

Infere-se que a Tabela 5.2.4 inserida no Caderno de Encargos pretendeu ser um resumo das adequações supostamente levantadas no Estudo Técnico e Operacional de Cada Município.

Em conferência, por exemplo, do Estudo referente ao Município de Água Doce do Norte/ES, observa-se que há previsão de “reformas e melhorias”.

o SES de Água Doce do Norte, conta com aproximadamente 17.583 m de rede coletora, porém essas redes não têm destino final apropriado já que as estações elevatórias não estão concluídas.

[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

A unidade de tratamento existente será mantida após reformas e melhorias. Essa unidade tem uma capacidade de tratamento de vazão média de 8,4 l/s.

Deste exemplo pode-se apontar que:

- A Tabela 5.2.4 do Caderno de Encargos não lista a adequação da unidade de tratamento de Água Doce do Norte existente que foi indicada no Estudo Técnico Operacional do referido Município como unidade com demanda de reformas e melhorias.
- O Estudo Técnico Operacional registra a condição do sistema coletor “sem estações elevatórias”, mas não aborda a provável necessidade de pesquisa e correção.

Portanto, há indícios de que a Tabela 5.2.4 não está fundamentada nos Estudos Técnicos Operacionais dos Municípios e, assim, conclui-se pela manutenção deste ponto do achado.

v. mostrar a alocação dos custos de adequação ambiental/civil/operacional para cada tipo de unidade do SES no Plano de Negócios, coincidindo a nomenclatura

Cumpre trazer texto do Caderno de Encargos revisado (Peça Complementar 22577/2024-5).

5.2 INVESTIMENTOS PELA CONCESSIONÁRIA

A CONCESSÃO tem como objetivo potencializar as ações necessárias à universalização dos sistemas de esgotamento sanitário na área de abrangência do CONTRATO, contemplando a operação, manutenção, adequação, ampliação da infraestrutura existente e/ou implantação do sistema de esgotamento.

[...]

A CONCESSIONÁRIA deverá avaliar, com base nos critérios técnicos e ambientais, as efetivas viabilidades de aproveitamento, ampliação, adequação das Estações de Tratamento existentes, elaborando o planejamento de implantação de novos sistemas de tratamento sob esta ótica;

[...]

O PLANO DE OBRAS da CONCESSIONÁRIA, deve obrigatoriamente contemplar as adequações apresentadas na tabela 5.2.4 –

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Adequações nos SES existentes, inclusive o cumprimento aos prazos estabelecidos, inclusive evidenciando para a CESAN a sua execução com relatórios e conforme exigências do item 6.5 deste anexo.

[...]

Todos os custos referentes à instalação, manutenção, adequação, ampliação, e atualização do CCO serão arcados pela CONCESSIONÁRIA

[...]

6. OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO

[...]

A CONCESSIONÁRIA deve considerar que os serviços contemplam ao menos:

- Ligações intradomiciliares: adequação e ampliação;
- Ligações domiciliares e redes coletoras: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Interceptores, Emissários e Linhas de Recalque: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Estação Elevatória de Esgoto (EEE): adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Estação de Tratamento de Esgoto (ETE): adequação, ampliação, manutenção e operação;

Os subitens abaixo estabelecem as principais rotinas operacionais vinculadas à prestação dos SERVIÇOS, sendo de caráter amplo e orientativo. A CONCESSIONÁRIA deverá detalhar as rotinas operacionais específicas em seus Manuais de Operação e Manutenção, para cada unidade operacional sob sua responsabilidade.

[g.n]

Pode-se pontuar:

- O Caderno de Encargos não permite concluir a alocação dos custos de adequação ambiental/civil/operacional para cada tipo de unidade do SES, pois se refere a esta parcela do objeto em item de investimento e em item e manutenção.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

• Além disso, o Plano de Negócios (Peça Complementar 22583/2024-1) não foi alterado para sanar esse ponto do achado, como pode ser visto no subitem 3.22 (Ausência de anteprojeto de engenharia para a parcela “adequação do SES”) desta ITC.

Conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

vi. citar de forma remissiva no Plano de Negócios em qual documento estão as premissas utilizadas para estimativa de adequação ambiental/civil/operacional para cada tipo de unidade do SES

O Plano de Negócios (Peça Complementar 22583/2024-1) não foi alterado para sanear esse ponto do achado, conforme análise conclusiva do subitem 3.22 (Ausência de anteprojeto de engenharia para a parcela “adequação do SES”) desta ITC.

Portanto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

vii. complementar o Caderno de Encargos para inclusão de todas as parcelas do objeto (adequação, ampliação, manutenção e operação) para cada unidade do SES (ligações intradomiciliares, ligações prediais, rede coletora, EEEB, rede de recalque, ETE, emissário de esgoto tratado) com detalhamento da abrangência, do modo, da forma e das condições de prestação do serviço, com todas as remissões a outros documentos expostas de forma explícita, inclusive elementos de anteprojeto de engenharia, prescrições técnicas e normas técnicas.

A indicação contida no Relatório de Acompanhamento 11/2024 era de que o Caderno de Encargos fosse organizado por itens específicos para todas as parcelas inclusive para subsidiar, os estruturadores, à complementação de deficiências, passando pelos (i) requisitos legais e; (ii) descrição do modo, forma e condições de prestação do serviço de forma a caracterizar minimamente o objeto. Sugeriu-se a segregação do objeto por suas partes de infraestrutura (unidade do SES) e respectivos serviços associados a cada uma das partes.

Ao verificar, por exemplo, o conteúdo relativo às “ligações intradomiciliares” do Caderno de Encargos (mesmo exemplo do

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Relatório de Acompanhamento 11/2024), observa-se o ajuste em negrito, conforme a seguir:

5.2 INVESTIMENTOS PELA CONCESSIONÁRIA

A CONCESSÃO tem como objetivo potencializar as ações necessárias à universalização dos sistemas de esgotamento sanitário na área de abrangência do CONTRATO, contemplando a operação, manutenção, adequação, ampliação da infraestrutura existente e/ou implantação do sistema de esgotamento.

[...]

A CONCESSIONÁRIA deverá executar todos os serviços e/ou fornecer todos os itens e materiais necessários para o cumprimento do escopo de projeto, construção, operação e manutenção do Sistema de Esgotamento Sanitário

6. OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO

[...]

6.6 SISTEMAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO

A CONCESSIONÁRIA será responsável pelo cuidado e custódia do SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO ou de qualquer parte deles até a data de Conclusão do CONTRATO, devendo entregá-los à CESAN em perfeito estado de operação.

A CONCESSIONÁRIA também será responsável por quaisquer perdas ou danos ao SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO causados pela CONCESSIONÁRIA ou seus subcontratados no curso de qualquer obra, melhoria, operação e manutenção realizada.

Será permitido à CESAN de acordo com a sua conveniência realizar visitas/auditorias nos SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. É obrigação da CONCESSIONÁRIA manter cópia das chaves dos acessos as unidades operacionais com a CESAN para o acesso a todas as unidades, principalmente aquelas onde não há funcionário efetivo (ex. elevatórias).

A CONCESSIONÁRIA será responsável por quaisquer perdas ou danos a qualquer Equipamento da CESAN, ou a qualquer outra propriedade da CESAN utilizado ou destinado à utilização para fins dos SISTEMAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

A CONCESSIONÁRIA deve considerar que os serviços contemplam ao menos:

- Ligações intradomiciliares: adequação e ampliação;
- Ligações domiciliares e redes coletoras: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Interceptores, Emissários e Linhas de Recalque: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Estação Elevatória de Esgoto (EEE): adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Estação de Tratamento de Esgoto (ETE): adequação, ampliação, manutenção e operação;

Os subitens abaixo estabelecem as principais rotinas operacionais vinculadas à prestação dos SERVIÇOS, sendo de caráter amplo e orientativo. A CONCESSIONÁRIA deverá detalhar as rotinas operacionais específicas em seus Manuais de Operação e Manutenção, para cada unidade operacional sob sua responsabilidade.

6.6.1.1 Ligações Intradomiciliares

Com relação as ligações intradomiciliares, a CONCESSIONÁRIA é responsável pela adequação e/ou ampliação, executando de forma que garanta a conexão a ligação domiciliar garantindo seu pleno funcionamento.

14. SERVIÇO SOCIOAMBIENTAL

[...]

14.2. SERVIÇOS DE CONEXÃO INTRADOMICILIAR

A CONCESSIONÁRIA deverá executar os serviços de conexão intradomiciliar, na ÁREA DA CONCESSÃO utilizando estratégias de mobilização comunitária e educação ambiental, envolvendo no mínimo os clientes, as lideranças comunitárias dos bairros, os representantes das organizações governamentais e não governamentais locais, as escolas e demais equipamentos comunitários. A metodologia a ser utilizada pelo concessionário deverá ser previamente aprovada pela CESAN devendo ser

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

compatível com metodologia adotada pela CESAN em outras áreas de atuação.

A CONCESSIONÁRIA deverá oferecer o serviço de ligação intradomiciliar, sem ônus para o cliente, quando autorizada pelo mesmo, observada a necessidade de atendimento ao Anexo III - METAS E INDICADORES DE DESEMPENHO.

[g. n.]

Sobre o ajuste, pode-se pontuar:

- O texto “executando de forma que garanta a conexão a ligação domiciliar garantindo seu pleno funcionamento” não é suficiente para caracterização do serviço.
- Com relação à área de abrangência do serviço de ligação intradomiciliar, esta foi especificada de forma geral “na área de abrangência do Contrato” sem que tenha sido apresentada a fundamentação do investimento em termos de quantificação da necessidade de ligações intradomiciliares em sede de anteprojeto. Tampouco foi apresentada a relação da quantidade usada em anteprojeto para fins de orçamento com metas de atendimento e cobertura.
- O Caderno de Encargos não foi modificado para apresentar de forma ordenada e estratificada por parcelas do objeto, conforme sugerido e, com isso, continuam existindo lacunas de requisitos legais e de descrição do modo, forma e condições de prestação do serviço.

Portanto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

Por todo o exposto, conclui-se pela manutenção do achado A18(Q6) com a mesma proposta de deliberação contida no Relatório de Acompanhamento 11/2024, adequada à ICT nos seguintes termos:

- Determinar à Cesan a revisão do Caderno de Encargos e de seu rol de anexos para: (i) padronizar o termo adotado para adequação operacional/ambiental/civil das unidades do sistema de esgotamento sanitário; (ii) incluir o termo adotado na descrição do objeto na Minuta do Contrato e Edital e em todos os documentos que descrevem o objeto licitado; (iii) incluir, no Glossário anexo ao Edital e Minuta do Contrato, a definição do termo adotado; (iv) definir para quais

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> unidades (lineares e não lineares) do SES o encargo de recuperação da infraestrutura existente (adequação ambiental/civil/operacional) está previsto; (v) mostrar a alocação dos custos de adequação ambiental/civil/operacional para cada tipo de unidade do SES no Plano de Negócios, coincidindo a nomenclatura; (vi) citar de forma remissiva no Plano de Negócios em qual documento estão as premissas utilizadas para estimativa de adequação ambiental/civil/operacional para cada tipo de unidade do SES; (vii) complementar o Caderno de Encargos para inclusão de todas as parcelas do objeto (adequação, ampliação, manutenção e operação) para cada unidade do SES (ligações intradomiciliares, ligações prediais, rede coletora, EEEB, rede de recalque, ETE, emissário de esgoto tratado) com detalhamento da abrangência, do modo, da forma e das condições de prestação do serviço, com todas as remissões a outros documentos expostas de forma explícita, inclusive elementos de anteprojeto de engenharia, prescrições técnicas e normas técnicas.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

**2.19 INSUFICIÊNCIA DE DIRETRIZES AMBIENTAIS**

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.19 A19(Q6, Q8) - Insuficiência de diretrizes ambientais
> 3.19.1 Critérios:
> Constituição federal - art. 37, Princípio Constitucional da Eficiência
> Constituição federal - art. 37, Princípio Constitucional da Publicidade
> Lei - 12527/2011, art. 3º, I, II, III, IV e V
> Lei - 12527/2011, art. 8º
> Lei - 13.303/2016, art. 32, §1º, II
> Lei - 13.303/2016, art. 42, VII, d

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Lei - 11.079/2004, art. 10, §4º

Lei - 11.079/2004, art. 10, VII

3.19.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

Está estabelecido na Lei 11.079/2004 que a contratação de parceria público-privada será precedida de licitação desde que haja licença ambiental ou diretrizes para licenciamento ambiental.

Lei 11.079/2004

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

[...]

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

[...]

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

[g.n.]

A Lei 13.303/2016 que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias prevê que as licitações e os contratos por ela disciplinados devem respeitar as normas de mitigação de danos ambientais definidas no procedimento de licenciamento ambiental e que o anteprojeto de engenharia deve conter os parâmetros de adequação aos impactos ambientais.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes:

[...]

§ 1º As licitações e os contratos disciplinados por esta Lei devem respeitar, especialmente, as normas relativas à:

[...]

II - mitigação dos danos ambientais por meio de medidas condicionantes e de compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

[...]

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

VII - anteprojeto de engenharia: peça técnica com todos os elementos de contornos necessários e fundamentais à elaboração do projeto básico, devendo conter minimamente os seguintes elementos:

a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;

b) condições de solidez, segurança e durabilidade e prazo de entrega;

c) estética do projeto arquitetônico;

d) parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

e) concepção da obra ou do serviço de engenharia;

f) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;

g) levantamento topográfico e cadastral;

h) pareceres de sondagem;

i) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;

[g.n.]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

A infraestrutura objeto do edital em exame é composta por unidades lineares e não lineares de sistemas de esgotamento sanitário existentes ou que serão construídas. As unidades existentes e passíveis de licenciamento já possuem rol de condicionantes ambientais estabelecidas em suas licenças de regularização/instalação/operação. No caso específico das estações de tratamento de esgoto, possuem também condicionantes em portaria de outorga.

O Anexo 3 da Minuta do Contrato (Peça Complementar 04961/2024-7) – Diretrizes e Encargos Ambientais – traz, de forma genérica, a obrigação da Concessionária de garantir regularidade ambiental e nenhum documento relativo a licenciamento das instalações em operação ou com previsão de construção no bojo do projeto.

Em um ponto, o Anexo 3 faz menção ao sistema informatizado de gestão e gerenciamento ambiental.

A CONCESSIONÁRIA deve implantar sistema informatizado de gestão e gerenciamento ambiental do SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, no qual deverá constar o cadastro das licenças, autorizações e outorgas, bem como a descrição das condicionantes e seus prazos de atendimento das licenças ambientais, além das cópias dos documentos apresentados aos órgãos ambientais, inclusive cópia das comunicações recebidas dos órgãos. A CONCESSIONÁRIA deverá disponibilizar acesso ao referido sistema sem interrupção e restrições à CESAN e ao VERIFICADOR INDEPENDENTE para acompanhamento.

O sistema adotado pela CONCESSIONÁRIA, deve ser capaz de se comunicar com o sistema utilizado pela CESAN, e/ou gerar relatórios, base de dados compatível para inclusão dos dados no sistema da CESAN.

A CONCESSIONÁRIA, deve disponibilizar em formato digital as licenças, autorizações e outorgas, bem como a descrição das condicionantes e seus prazos de atendimento das licenças ambientais, além das cópias dos documentos apresentados aos órgãos ambientais, inclusive cópia das comunicações recebidas dos

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

órgãos para arquivo digital da CESAN e inclusão em seu sistema de gestão ambiental.

[g.n]

A Lei 12.527/2011 dispõe que é dever das entidades públicas promover a divulgação de informações de interesse coletivo ou geral.

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes:

I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção;

II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações;

III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação;

IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública;

V - desenvolvimento do controle social da administração pública.

[...]

Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

§ 1º Na divulgação das informações a que se refere o caput, deverão constar, no mínimo:

I - registro das competências e estrutura organizacional, endereços e telefones das respectivas unidades e horários de atendimento ao público;

II - registros de quaisquer repasses ou transferências de recursos financeiros;

III - registros das despesas;

IV - informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

V - dados gerais para o acompanhamento de programas, ações, projetos e obras de órgãos e entidades; e

VI - respostas a perguntas mais frequentes da sociedade.

§ 2º Para cumprimento do disposto no caput, os órgãos e entidades públicas deverão utilizar todos os meios e instrumentos legítimos de que dispuserem, sendo obrigatória a divulgação em sítios oficiais da rede mundial de computadores (internet).

§ 3º Os sítios de que trata o § 2º deverão, na forma de regulamento, atender, entre outros, aos seguintes requisitos:

I - conter ferramenta de pesquisa de conteúdo que permita o acesso à informação de forma objetiva, transparente, clara e em linguagem de fácil compreensão;

II - possibilitar a gravação de relatórios em diversos formatos eletrônicos, inclusive abertos e não proprietários, tais como planilhas e texto, de modo a facilitar a análise das informações;

III - possibilitar o acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos, estruturados e legíveis por máquina;

IV - divulgar em detalhes os formatos utilizados para estruturação da informação;

V - garantir a autenticidade e a integridade das informações disponíveis para acesso;

VI - manter atualizadas as informações disponíveis para acesso;

VII - indicar local e instruções que permitam ao interessado comunicar-se, por via eletrônica ou telefônica, com o órgão ou entidade detentora do sítio; e

VIII - adotar as medidas necessárias para garantir a acessibilidade de conteúdo para pessoas com deficiência, nos termos do art. 17 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, e do art. 9º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008.

§ 4º Os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet a que se refere o § 2º , mantida a obrigatoriedade de divulgação, em tempo real, de informações relativas à execução orçamentária e financeira,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

nos critérios e prazos previstos no art. 73-B da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).
[g.n]

É, portanto, necessário, no caso da presente licitação, dar publicidade às licenças, autorizações e outorgas, bem como à descrição das condicionantes, seus prazos de atendimento, de todas as instalações existentes passíveis de licenciamento, de forma a subsidiar a formulação de propostas, sob pena de comprometer o caráter competitivo da licitação, prejudicar a formulação de propostas pelos licitantes e a obtenção da proposta mais vantajosa, em razão da incerteza causada pela deficiência de informações.

É ainda necessário dar publicidade ao relatório produzido pelo sistema de gerenciamento ambiental que organize as informações e subsidie a análise célere pelos licitantes.

Nos termos da Lei 13.303/2016, as unidades novas ou ampliações previstas, passíveis de licenciamento, devem possuir no mínimo diretrizes ambientais e parâmetros de impacto ambiental. Entende-se que é necessário o devido estudo ambiental apresentando os parâmetros de impacto ambiental considerando a localização e o corpo receptor projetados a nível de anteprojeto, mesmo que o contrato possibilite alteração em projeto básico pela Concessionária.

Cumpre ressaltar que a Orientação Técnica Ibraop OT 6/2013, critério técnico aplicável, inclui como informações exigíveis em anteprojeto as características do esgoto, suas cargas poluidoras atuais e futuras, os padrões de lançamento dos efluentes, a destinação dos esgotos tratados e as condições sanitárias dos corpos receptores.

O Anexo 3 da Minuta do Contrato (Peça Complementar 04961/2024-7) – Diretrizes e Encargos Ambientais – não traz sequer a legislação aplicável. É necessário que a legislação aplicável seja organizada e descrita nesse documento, o que pode ser realizado a partir da atualização e revisão do anexo de diretrizes ambientais de editais anteriores de parceria público-privada da mesma Unidade Gestora, como o de Cariacica.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

As decisões anteriores contidas nos Processos TC 9663/2018 (PPP esgotamento sanitário de Cariacica) e 964/2023 (concessão dos serviços de esgotamento sanitário de Sooretama) corroboram a proposta de encaminhamento.

Diante do exposto, sugere-se notificar a unidade gestora, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, expedir determinação para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, que o anexo do edital/minuta do contrato caderno contém: (a) o arcabouço legal e normativas para os serviços, em âmbito nacional, estadual e municipal; (b) as licenças e/ou diretrizes ambientais e/ou portarias de outorga das unidades em operação, inclusive todas as pendências ambientais decorrentes da prestação dos serviços, preferencialmente por meio de relatórios de gerenciamento, especialmente os processos administrativos em tramitação pelo órgão ambientais competentes; (c) as licenças ambientais, caso existentes, para as unidades novas previstas passíveis de licenciamento; (d) o estudo técnico que contenha diretrizes ambientais para as unidades novas previstas passíveis de licenciamento.

3.19.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Com relação a esse Achado, o d. NDR aponta a necessidade de, antes da publicação do edital, incluir nos documentos: (a) o arcabouço legal e normativas para os serviços, em âmbito, nacional, estadual e municipal; (b) as licenças e/ou diretrizes ambientais e/ou portarias de outorga das unidades em operação, inclusive todas as pendências ambientais decorrentes da prestação dos serviços, preferencialmente por meio de relatórios de gerenciamento, especialmente os processos administrativos em tramitação pelo órgão ambiental competente; (c) as licenças ambientais, caso existentes, para as unidades novas previstas passíveis de licenciamento; e (d) o estudo técnico que contenha diretrizes ambientais para as unidades novas previstas passíveis de licenciamento.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Quanto ao primeiro ponto, promoveu-se os ajustes necessários para a referida inclusão no Anexo 3 – Diretrizes e Encargos Ambientais. Cabe destacar que foram incluídas as principais normas ambientais que regulam o tema, sem prejuízo de aplicação de outras não mencionadas expressamente, uma vez que, por força do que estabelece a Cl. 32.1.9 do Contrato, a concessionária deverá observar a legislação ambiental e regulamentação aplicável no âmbito federal, estadual e municipal.

Já em relação ao segundo ponto, a CESAN informa que irá disponibilizar as licenças e portarias de outorga das unidades em operação.

Quanto ao terceiro ponto, uma vez que os estudos são referenciais e a responsabilidade pela elaboração dos projetos de engenharia fica a cargo da futura concessionária, não há o que se apresentar, de modo que o licenciamento ambiental aplicável será realizado de forma prospectiva.

Por fim, no que diz respeito ao quarto ponto, cabe destacar que os estudos técnicos incluem soluções de engenharia que cumprem rigorosamente a legislação ambiental vigente, sendo que em seu caderno técnico estão contemplados todo o estudo, diagnóstico e prognóstico realizados, atendendo às técnicas amplamente adotadas para projetos com esta especificidade.

### 3.19.4 Análise Técnica

A Cesan informou que: (a) ajustou o Anexo 3 - Diretrizes e Encargos Ambientais pela inclusão de normas que regulam o tema; (b) irá disponibilizar as licenças e portarias de outorga das unidades em operação; (c) não existem licenças ambientais para as unidades novas previstas passíveis de licenciamento; (d) os estudos técnicos incluem soluções de engenharia que cumprem rigorosamente a legislação ambiental vigente, sendo que em seu caderno técnico estão contemplados todo o estudo, diagnóstico e prognóstico realizados, atendendo às técnicas amplamente adotadas para projetos com esta especificidade.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Passa-se à análise ponto a ponto do achado.

No que tange ao primeiro ponto (a), considera-se cumprida a sugestão de determinação e sugere-se a manutenção da proposta de deliberação em privilégio à transparência.

Sobre o segundo ponto (b), a Cesan encaminhou documentos de licenciamento ambiental e de outorga por meio de drive na nuvem microsoft. Considerando a resposta apresentada, pontua-se que:

- licenças e/ou diretrizes ambientais e/ou portarias de outorga das unidades em operação não foram apresentadas como um anexo ao Edital (que seria um documento “Diretrizes Ambientais do SES existente”). Evidencia-se pela ausência de menção desse documento como anexo, seja do Edital, da Minuta do Contrato ou do próprio Anexo 3 - Diretrizes e Encargos Ambientais;
- não foi informada a disponibilização, no portal de consulta pública do projeto, do requerido documento de “Diretrizes Ambientais do SES existente” como anexo do Edital (ou outra nomeação para o caderno de licenças e outorgas do SES existente);
- a resposta da Companhia não faz menção sobre “relatórios de gerenciamento sobre pendências ambientais”, especialmente sobre os processos administrativos em tramitação nos órgãos ambientais competentes. Em exame da documentação disponibilizada via drive na nuvem, foram identificados dois arquivos em formato excel com quadros sobre licenças (Planilha Eletrônica 00160/2024-3) e sobre outorgas (Planilha Eletrônica 00161/2024-8). Não foi verificada lista de condicionantes para controle de atendimento. Não foi, portanto, abordado o requisito “todas as pendências ambientais decorrentes da prestação dos serviços”.

Acerca do terceiro ponto (c) acata-se a resposta, sem aprofundar o exame, por limitação do escopo. A conferência requereria circularização por consulta aos órgãos ambientais pertinentes.

Sobre o quarto ponto (d), entende-se que a Cesan deixa de indicar precisamente o elemento de anteprojeto que contenha “caderno técnico onde estão contemplados todo o estudo, diagnóstico e

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

prognóstico realizados, atendendo às técnicas amplamente adotadas para projetos com esta especificidade".

Não foram identificadas informações dessa natureza nos Estudos Técnicos Operacionais por Municípios. Não há sequer (i) o requisito mínimo para o efluente tratado de cada ETE prevista, em face do corpo receptor projetado; (ii) o requisito para o efluente tratado de cada ETE existente que precisa de adequação, em face do corpo receptor atual ou projetado, neste último caso se previsto novo ponto de lançamento.

Portanto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

Por todo o exposto, conclui-se pela manutenção do achado A19(Q6,Q8) com a seguinte proposta de deliberação: expedir determinação para que o edital contenha caderno com: (a) o arcabouço legal e normativas para os serviços, em âmbito nacional, estadual e municipal; (b) as licenças e/ou diretrizes ambientais e/ou portarias de outorga das unidades em operação, inclusive todas as pendências ambientais decorrentes da prestação dos serviços, preferencialmente por meio de relatórios de gerenciamento, especialmente os processos administrativos em tramitação pelo órgão ambientais competentes; (c) outorgas de lançamento de efluente, caso existentes, para unidades novas previstas; (d) o estudo técnico que contenha diretrizes ambientais para as unidades novas previstas passíveis de licenciamento.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.20 INSUFICIÊNCIA DE PARÂMETROS DE DESEMPENHO E DE NÍVEL DE SERVIÇO

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

3.20 A20(Q6, Q9) - Insuficiência de parâmetros de desempenho e de nível de serviço

3.20.1 Critérios:

Constituição federal - art. 37, Princípio Constitucional da Eficiência

Lei - 11.079/2004, art. 3º

Lei - 11.079/2004, art. 5º

Lei - 8.987/1995, art. 23, II

Resolução - Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico 192/2024

Resolução - Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico Minuta em Consulta Pública 12/2023

3.20.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

O contrato de concessão administrativa precisa estabelecer os critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço.

Lei 8.987/1995

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

[...]

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

[...]

Lei 11.079/2004

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

[...]

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

[...]

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

[...]

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

[...]

Art. 6 [...]

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

[grifo nosso]

O exame quanto à suficiência de critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço, aqui contido, é restrito à parcela do objeto referente a esgotamento sanitário. Antes de iniciar o exame, cumpre trazer explicação sobre o tema identificada na doutrina especializada .

O edital de PPP pode apresentar os elementos de projeto conceitual, ou os requisitos mínimos de engenharia, usualmente colocados sobre a forma de memoriais descritivos, que deverão ser satisfeitos pela concessionária durante a fase de construção dos ativos. É a concessionária, portanto, que teria o compromisso contratual de (i) apresentar o projeto de executivo e (ii) implementá-lo de acordo com o prazo estipulado no contrato.

Neste cenário, poderia haver o seguinte questionamento: como, então, se o edital não apresenta um projeto executivo a ser implementado pela concessionária, é possível que o Poder Público controle o cumprimento do contrato? Qual é o limite para a liberdade dada à concessionária?

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O limite, do ponto de vista da prestação dos serviços definidos pelo poder concedente, reside, justamente, na estipulação do nível de serviço a ser satisfeito pela concessionária durante a fase operacional do contrato.

Garantir o atingimento do nível de serviço acordado com o poder concedente é, portanto, o limite finalístico do contrato, de modo que a sua satisfação ou não implicará no sucesso ou insucesso da concessionária em adimplir as obrigações assumidas com o Poder Público. Assim, o primeiro passo para que seja possível o sucesso de um projeto é o estabelecimento de bons indicadores, para que sua posterior verificação possa se dar de forma transparente e efetiva.

[...]

Considerando que ao menos os requisitos mínimos de engenharia estarão predefinidos pelo poder concedente por força de lei, o Capital Expenditure – capex representará, então, variável potencialmente assimétrica entre os licitantes, dado que diferentes projetos, com diferentes valores de investimento e assunção de riscos construtivos, serão desenhados. Em tese, do ponto de vista privado, não há qualquer outro efeito que não a necessidade pela busca de um projeto que atenda aos objetivos estabelecidos pelo poder concedente e que seja, de fato, eficiente. Na concorrência do mundo privado, quanto menor for o capex e quanto mais a infraestrutura estiver alinhada aos requisitos de operação, melhor. Ao poder concedente, que balizou o modelo econômico tendo como referência um determinado patamar de investimento, fica a faculdade de criar mecanismos contratuais capazes de se apropriar de parte dos ganhos econômicos advindos de eventual redução dos investimentos. Entretanto, não há dúvidas de que, na ótica estrita do estímulo à prestação de serviços de qualidade, o seu foco deve estar em outra direção.

Dando prosseguimento à análise, temos ainda dois assuntos que merecem ser tratados. Quando entramos na seara do Opex, cumpre-nos apontar que, na perspectiva dos custos operacionais, quanto

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

maior for o nível de serviço desejado, maior tendem a ser os custos associados à prestação dos serviços. Daí porque é necessário atentar que, no sentido de maximizar o resultado — considerando que esta é premissa fundamental do mercado privado — os atores tendem a organizar o negócio, conjugando as variáveis de produto, preço, demanda, custo e todas aquelas que tenham impacto no resultado de forma a ampliar, no fim do dia, o resultado econômico. Em outras palavras, o procurado "nível de serviço" tende a ser balizado, não como um fim em si mesmo, mas como uma de tantas outras variáveis que, interdependentes entre si, comporão o resultado do negócio. A hipótese é de que o melhor serviço nem sempre é o mais rentável.

Assim, quando nos atemos à ótica pública desse processo, que definitivamente possui fim último diverso daquele definido pela iniciativa privada, o nível de serviço procurado deve ser aquele que atenda, da melhor forma possível e sem ignorar a razoabilidade, o usuário do serviço público.

O alinhamento entre os parceiros públicos e privados, nesse sentido, somente será possível se o poder concedente, na definição dos indicadores de desempenho, conseguir bem traduzir o nível que se espera e, mais do que isso, conseguir criar os devidos estímulos à concessionária para que, de fato, se cumpra aquilo que se propôs quando da concepção do projeto.

[...]

Assim, na ótica do poder concedente, que deve concentrar energias em questões finalísticas do contrato, é necessário que seus esforços estejam alocados, principalmente, na construção dos estímulos necessários à elevação do nível de serviço, de forma que os indicadores efetivamente retratem o nível esperado pelo cidadão; que exista vinculação destes com o modelo de remuneração do parceiro privado; e, em menor escala, que sejam estipuladas efetivas sanções contratuais para coibir o sistemático e desarrazoado descumprimento. [...]

[g.n]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Assim, conforme explica a referência, o limite da liberdade do parceiro privado para definir despesas de capital (Capital Expenditure – Capex) e despesas operacionais (Operational Expenditure - Opex) é o nível de serviço especificado. Para produzir os estímulos corretos, o contrato deve conter indicadores e sistema de remuneração que retratem o nível de serviço desejado.

Especificamente no setor de saneamento, a Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA tem como meta estabelecer norma de referência sobre padrões e indicadores de qualidade e eficiência e avaliação da eficiência e eficácia para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Os indicadores de nível de serviço de atendimento de esgoto já estão definidos na recém aprovada Norma de Referência ANA 8/2024 sobre metas progressivas de universalização de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, indicadores de acesso e sistema de avaliação. Tal norma é considerada critério técnico aplicável e, sob o prisma da eficiência da Administração Pública, ainda que não tenha sido adotada pela ARSP, dada a sua recenticidade, é exigível que seja requisito no futuro contrato. O Quadro 2 apresenta, de forma resumida, informações contidas nas fichas de indicadores de universalização de esgotamento sanitário.

Quadro 2 – Indicadores de universalização de esgotamento sanitário Norma de Referência ANA 8/2024

Descrição do indicador Fórmula

Índice de cobertura de esgotamento sanitário

Percentual de domicílios residenciais e não residenciais, ocupados ou não ocupados cobertos por rede pública com tratamento de esgoto ou com solução alternativa adequada de esgotamento sanitário prevista pela entidade reguladora infranacional (ERI)

Índice de atendimento de esgotamento sanitário

Percentual de domicílios residenciais ocupados atendidos com rede pública de esgotamento sanitário seguida de tratamento de esgoto ou com solução alternativa adequada de esgoto prevista pela entidade reguladora infranacional (ERI)

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Além da Norma de Referência 8/2024, a ANA tem outra norma de referência em elaboração e que traz demais indicadores de nível de serviço além de indicadores de eficiência e sustentabilidade, padrões de referência e metas de desempenho. Para fins de exame do edital, tal minuta de norma é considerada estado da arte e, portanto, critério técnico aplicável.

O Quadro 3, a seguir, traz, de forma resumida, informações constantes das fichas de indicadores de nível de serviço e de eficiência e sustentabilidade afetos à esgotamento sanitário.

Quadro 3 – Indicadores de nível de serviço e de eficiência e sustentabilidade de esgotamento sanitário (Minuta de Norma de Referência da ANA)

Descrição do indicador Fórmula

NdS 03 Incidência das análises de DBO de esgoto na saída do tratamento no padrão estabelecido

Percentual das amostras analisadas realizadas de acordo com o plano de amostragem que apresentaram resultados dentro do padrão definido pelo órgão ambiental para o parâmetro de Demanda Bioquímica de Oxigênio (DBO5,20) na saída do sistema de tratamento.

Caso não haja padrão estabelecido, deve ser considerado o padrão compatível com o enquadramento do corpo hídrico receptor. Na ausência de enquadramento, deve-se considerar o atendimento à Classe 2, segundo a Resolução CONAMA nº 375/2005.

NdS 03 CN Indicador de conformidade da quantidade de amostras de DBO

Condição Necessária (CN) para consideração do indicador NdS 03. Se não atender a CN, o NdS 03 é classificado como “insatisfatório”.

A condição necessária é que pelo menos 95% da quantidade mínima obrigatória de amostras para DBO, segundo o plano de amostragem definido pelo órgão ambiental ou pelo gestor de recursos hídricos, tenha sido realizada.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

E&S 04 Extravasamentos de esgoto por extensão de rede pública coletora de esgoto
E&S 05 Duração média dos reparos de extravasamento de esgoto

E&S 06 Reclamações dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário
E&S 07 Índice de Estações de Tratamento de Água (ETA) e Estações de Tratamento de Esgoto (ETE) com licenciamento ambiental regular
Regular significa “em conformidade com as exigências do órgão ambiental” e Será considerado “conforme” a unidade que detiver no mês de apuração, licença de operação (ou equivalente” no período de validade ou com pedido de renovação com antecedência mínima de 120 (cento e vinte) dias da expiração do seu prazo de validade fixado na respectiva licença (ou equivalente), conforme Lei Complementar 140/2011.

A minuta de norma também apresenta fontes de parâmetros e indicadores complementares como o Sistema Nacional de Informação do Saneamento – SNIS e o Sistema Nacional de Informações em Saneamento Básico - SINISA, as normas ABNT ISO 24510, 24511 e 24512 e o AquaRating (padrão internacional para avaliar os serviços de água e saneamento) . Ou seja, fontes de parâmetros e indicadores já existentes no arcabouço normativo vigente que são critérios aplicáveis no edital em exame.
Os indicadores de desempenho do projeto em exame constam do ANEXO 4 - Metas e Indicadores de Desempenho. São índices divididos em grupos conforme a descrição a seguir:

- Desempenho dos Ativos (DAT);
- Desempenho Ambiental (DAM);
- Desempenho no Atendimento ao Usuário (DAU);
- Desempenho Operacional (DOP);
- Desempenho Comercial (DCO).

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O cálculo dos índices é por Município e caso qualquer Município apresente resultado “zero” em algum dos índices, esse valor será considerado para todo o contrato para aquele índice.

A seguir os índices contratuais relativos à desempenho dos ativos e desempenho ambiental são examinados quanto à suficiência como ferramenta para retratar o nível de serviço esperado. Os critérios de exame são: (i) a Norma de Referência ANA 8/2024; (ii) a norma de referência em elaboração sobre indicadores de nível de serviço e indicadores de eficiência e sustentabilidade, padrões de referência e metas de desempenho. Os demais indicadores não foram examinados por limitação de escopo.

2.20.3.1 Desempenho dos Ativos (DAT)

Os índices do grupo “desempenho dos ativos” referentes a esgotamento sanitário são nomeados índice de cobertura e índice de atendimento, têm periodicidade de medição anual e suas respectivas fórmulas são as seguintes.

[...]

A Norma de Referência ANA 8/2024 traz indicadores de universalização para esgotamento sanitário nomeados “índice de cobertura de abastecimento de água” e “índice de atendimento de esgotamento sanitário” que deverão ser objeto de monitoramento pelas Entidades Reguladoras Infranacionais e tem periodicidade anual. Depreende-se das fichas dos referidos índices que não há compatibilidade entre estes e aqueles contratuais com mesma nomenclatura.

A principal diferença é que as informações utilizadas nas fórmulas dos índices da ANA como denominador da divisão são relativas à quantidade de domicílios enquanto as informações utilizadas nos índices contratuais como denominador da divisão são relativas à quantidade de economias do cadastro da Cesan.

Considera-se exigível, sob o princípio da eficiência da Administração Pública, que os índices de atendimento e cobertura contratuais

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

sejam reavaliados para apresentar aderência àqueles contidos na Norma de Referência 8/2024.

Com relação ao nível de serviço, ou seja, definição do padrão que se espera da futura concessionária, há necessidade de revisão das Metas contida no do Apêndice I do Caderno de Encargos após adequação e aderência aos índices de atendimento e cobertura contratuais.

2.20.3.2 Desempenho Ambiental (DAM)

Os índices do grupo “desempenho ambiental”, referentes a esgotamento sanitário, são nomeados Índice de Remoção de Carga Poluente do Esgoto Recebido na ETE (IRC) e Índice de Regularidade Ambiental (IRA). A seguir traz-se a fórmula do IRC.

O IRC é o percentual médio de diminuição de DBO no esgoto que sai da ETE em um período considerado. Para os municípios onde há mais de uma ETE, o valor de DBO médio é apurado pela média ponderada considerando o volume tratado no período de referência. As “Metas no Caderno de Encargos” (MCE) são definidas por Municípios.

Von Sperling explica Demanda Bioquímica de Oxigênio (DBO) como um parâmetro obtido por método indireto de quantificação da matéria orgânica presente em águas residuárias. É a quantificação do potencial poluidor de determinado efluente.

O Caderno de Encargos traz que a futura concessionária deve cumprir as metas dos contratos de programa e de concessão firmados entre a Cesan e os Municípios, bem como as exigências de DBO previstas nas outorgas de lançamento. Em seus termos.

A CONCESSIONÁRIA, deve cumprir com as metas de DBO dos contratos de programa e de concessão firmados entre a CESAN e os Municípios, conforme apresentadas na TABELA 5 do APÊNDICE I, bem como as exigências de DBO previstas nas outorgas de lançamento, prevalecendo o atendimento da mais restritiva.

[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Infere-se da leitura do Caderno de Encargos que as metas do Apêndice I são originárias dos contratos de programa e de concessão.

Para comparação, é requerido trazer a ficha do NdS 03 contido na minuta de norma de referência da ANA.

A DBO5,20 é a forma de representação do parâmetro “Demanda Bioquímica de Oxigênio” obtido por meio do ensaio com incubação a 20°C, por cinco dias, em amostras de efluentes domésticos e descrito na Norma Técnica ABNT 12614 - Águas - Determinação da demanda bioquímica de oxigênio (DBO) - Método de incubação (20°C, cinco dias) - Método de ensaio.

Em comparação com o NdS 03 (da minuta de norma de referência da ANA), observa-se que o IRC apura a média de resultados de percentual de redução de DBO no esgoto e compara com um padrão que é a “meta” média para o Município, enquanto o indicador proposto pela ANA apura o percentual de amostras de todas as ETEs do Município em conformidade com o padrão para DBO definido pelo órgão ambiental para cada ETE.

Os seguintes problemas são observados com relação ao indicador: (i) ao tomar o percentual de redução de DBO, o IRC oculta descumprimento de limite do parâmetro DBO; (ii) Ao tomar média de resultados de percentual de redução de DBO e, sobretudo, média ponderada com volume tratado de cada ETE, o indicador contratual IRC possibilita ocultar resultados ruins, sobretudo de ETE de menor porte.

Explicando, quando se mede o percentual de redução de DBO torna-se possível a ocorrência de descumprimento da quantidade de matéria orgânica presente no efluente tratado, definida em licenciamento/outorga em termos de valor limite de DBO, e o indicador não irá captar este descumprimento. Ou seja, o DBO pode ser reduzido para “x-1” e, portanto, atender o indicador do contrato, porém, se o licenciamento/outorga exigir “x-2”, estará sendo

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

descumprida a regularidade ambiental, sem consequência negativa para a concessionária no âmbito contratual.

Quanto à utilização da média ponderada com volume tratado de cada ETE, isto possibilita que resultados ruins de remoção de DBO no efluente tratado, potencialmente poluidores sobretudo se lançados em corpos receptores de menor vazão, permaneçam ocultos à verificação por meio do IRC contratual. Ou seja, a média ponderada permite que a meta contratual por Município seja alcançada embora existam corpos receptores poluídos, cujo resultado ficará mascarado no cálculo.

Ressalta-se que, conforme aponte do Achado A27 – sobre deficiência no detalhamento dos procedimentos de medição dos indicadores – o IRC ainda apresenta lacuna quanto à forma de cálculo, considerando todos os municípios em uma nota única.

Para o indicador de nível de serviço NdS 03 “Incidência das análises de DBO de esgoto na saída do tratamento no padrão estabelecido” a minuta de norma traz quatro classes de nível de excelência, desde o Padrão A (maior nível) ao Padrão D (menor nível).

Com relação ao nível de serviço, ou seja, definição do padrão que se espera da futura concessionária, os estudos apresentados não servem à fundamentação das Metas  contida no Apêndice I do Caderno de Encargos pois o Relatório Técnico Operacional (i) não consolida os requisitos de tratamento de esgoto de cada ETE estabelecidos em licenças de operação, portarias de outorga, contratos de programa e de concessão, apenas traz quadro com faixas de valores esperados por tipo de tratamento e; (ii) não apresenta como se deu o cálculo para obter a meta por Munícipio. Também não foi localizado estudo ambiental consolidando os requisitos de adequação ambiental das ETE existentes e/ou os requisitos das ampliações ou novas ETE e as diretrizes ambientais são insuficientes (conforme achado sobre esse tema).

Ressalta-se que o Achado A31, sobre deficiência na definição das metas do indicador IRC - Índice de Remoção de Carga Orgânica, evidencia que não houve consolidação dos requisitos de tratamento

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br  Identificador: 03717-9B406-E24DB

de esgoto – estabelecidos em licenças de operação, portarias de outorga, contratos de programa e de concessão.

Em síntese, o IRC é menos rigoroso que o NdS 03, este último em vias de adoção pela ANA e, o nível de serviço definido (meta) para o IRC não tem fundamentação documentada. Portanto, considera-se exigível, sob o princípio da eficiência da Administração Pública, que a forma de verificação do nível de serviço quanto à remoção de DBO seja reavaliada para apresentar aderência ao índice NdS 03, contido na Minuta de Norma de Referência da ANA sobre indicadores, padrões de qualidade, de eficiência, de eficácia e demais componentes de sistema destinado à avaliação de desempenho da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Passa-se ao Índice de Regularidade Ambiental (IRA) previsto no contrato. A fórmula do IRA é a seguinte

O Indicador de Regularidade Ambiental – IRA mede o percentual de condicionantes ambientais atendidas dentro do prazo para os sistemas em operação (licenças e outorgas vigentes) e é calculado a partir da relação entre o número de condicionantes ambientais e de outorga com atendimento em dia, no mês, dividido pelo número de condicionantes ambientais e de outorga que devem ser atendidas no mês vigente. Considera todas as unidades operacionais e sistemas objetos de licenciamento ambiental e outorgas de recursos hídricos.

Para comparação é requerido trazer a ficha do indicador E&S07 – Índice de Estações de Tratamento de Água (ETA) e Estações de Tratamento de Esgoto (ETE) com licenciamento ambiental regular.

Como a quantidade de condicionantes (por unidade operacional e sistemas objetos de licenciamento ambiental e outorgas de recursos hídricos) pode variar conforme a unidade/sistema, os resultados dos

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

dois indicadores não apresentarão proporcionalidade entre si. Nesse sentido, o E&S07 se mostra mais acurado para representar a regularidade ambiental do parque de estações de tratamento de esgoto.

Pode-se apontar que o IRA e o E&S07 são diferentes e complementares. Ressalta-se que, conforme disposto no Achado A28, existe deficiência no detalhamento dos procedimentos do indicador IRA.

Portanto, considera-se exigível, sob o princípio da eficiência da Administração Pública, que a forma de verificação da regularidade ambiental das estações de tratamento de esgoto seja reavaliada para acrescentar o índice E&S07, contido na Minuta de Norma de Referência da ANA sobre indicadores, padrões de qualidade, de eficiência, de eficácia e demais componentes de sistema destinado à avaliação de desempenho da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Os demais indicadores do sistema de remuneração por desempenho não foram objeto de comparação por limitação do escopo.

2.20.3.3 Outros requisitos do caderno de encargos

O Caderno de Encargos tem a finalidade de apresentar requisitos mínimos da prestação de serviço. Em seus termos.

O presente documento tem como finalidade apresentar os requisitos mínimos da prestação dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA durante o PRAZO DA CONCESSÃO, visando à universalização dos SERVIÇOS nos municípios integrantes da ÁREA DA CONCESSÃO.

As informações contidas neste ANEXO devem ser entendidas como especificações técnicas gerais, que têm por objetivo padronizar práticas e condutas no âmbito da implantação, operação e manutenção dos SISTEMAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO vinculados ao CONTRATO, objetivando o alcance das metas, assim como a performance mínima estabelecida para o adequado atendimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO. Os prazos vigentes nos Contratos de Programa/Concessão celebrados entre a Companhia Espírito Santense de Saneamento – CESAN e os

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

municípios da ÁREA DA CONCESSÃO são distintos, assim como as metas intermediárias, devendo ser objeto de análise específica de modo a integrar o planejamento de obras e operacional da CONCESSIONÁRIA.

Conforme apontado no achado sobre a deficiência da definição do escopo, há necessidade de melhorar a descrição do objeto contratual o que, entende-se, dar-se-á, inclusive, pela organização e complementação do Caderno de Encargos. Considera-se desejável que a Unidade Gestora promova revisão do Caderno de Encargos e/ou seus anexos, elencando e complementando requisitos/parâmetros/indicadores/níveis de serviço por parcela do objeto.

Os achados sobre requisitos de projeto de engenharia e de requisitos de gestão da manutenção têm o viés de contribuir na complementação dos requisitos do projeto sobretudo no que apresentou maior incompletude e maior risco associado (fase de planejamento da presente fiscalização).

A minuta de norma da ANA citada no presente achado, sobre indicadores de nível de serviço, indicadores de eficiência e sustentabilidade, padrões de referência e metas de desempenho, apresenta fontes de parâmetros e indicadores complementares como as normas ABNT ISO 24510 – Atividades relacionadas aos serviços de água potável e de esgoto – Diretrizes para a avaliação e para a melhoria dos serviços prestados aos usuários, ABNT ISO 24511 – Atividades relacionadas aos serviços de água potável e de esgoto – Diretrizes para a gestão dos prestadores de serviços de esgoto e para a avaliação do serviços de esgoto e ABNT ISO 24512 - Atividades relacionadas aos serviços de água potável e de esgoto – Diretrizes para a gestão dos prestadores de serviços de água e para a avaliação do serviços de água.

As normas acima não foram citadas no Caderno de Encargos. Entende-se desejável que a revisão do Caderno de Encargos se dê levando em consideração as diretrizes contidas nas fontes citadas

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

pela referida minuta de norma da ANA, inclusive como fonte de indicadores complementares.

A minuta de norma da ANA também cita o AquaRating (padrão internacional para avaliar os serviços de água e saneamento) como fonte de indicadores complementares. Entende-se desejável que a revisão do Caderno de Encargos se dê levando em consideração as boas práticas e indicadores do AquaRating, como fonte de indicadores complementares.

Diante do exposto, sugere-se notificar a unidade gestora, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado:

I - Expedir determinação para que comprove nos autos, antes da publicação do edital a:

(a) reavaliação dos índices de atendimento e cobertura contratuais para apresentar aderência àqueles contidos na Norma de Referência 8/2024;

(b) revisão das metas contidas no Apêndice I do Caderno de Encargos (Peça Complementar 04958/2024-5 e Peça Complementar 04502/2024-9) após adequação e aderência aos índices de atendimento e cobertura contratuais;

(c)reavaliação da forma de verificação do nível de serviço quanto à remoção de DBO para apresentar aderência ao índice NdS 03, contido na Minuta de Norma de Referência da ANA sobre indicadores, padrões de qualidade, de eficiência, de eficácia e demais componentes de sistema destinado à avaliação de desempenho da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário;

(d) fundamentação da meta do índice para verificação do nível de serviço quanto à remoção de DBO, demonstrando a consolidação dos requisitos de tratamento de esgoto de cada ETE estabelecidos em licenças de operação, portarias de outorga e contratos de programa e de concessão;

(e) revisão das metas contidas no Apêndice I do Caderno de Encargos (Peça Complementar 04959/2024-1) após adequação e aderência ao índice NdS 03, contido na Minuta de Norma de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Referência da ANA sobre indicadores, padrões de qualidade, de eficiência, de eficácia e demais componentes de sistema destinado à avaliação de desempenho da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário;

(f) reavaliação da forma de verificação da regularidade ambiental das estações de tratamento de esgoto para acrescentar o índice E&S07, contido na Minuta de Norma de Referência da ANA sobre indicadores, padrões de qualidade, de eficiência, de eficácia e demais componentes de sistema destinado à avaliação de desempenho da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

II - Expedir recomendação para que seja realizada:

(a) revisão do Caderno de Encargos e/ou seus anexos, elencando e complementando requisitos/parâmetros/indicadores/níveis de serviço por parcela do objeto, considerando inclusive, como fonte as normas ABNT ISO 24510, ABNT ISO 24511 e ABNT ISO e o Padrão internacional para avaliar os serviços de água e saneamento denominado AquaRating.Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

3.20.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Com relação a esse Achado, o d. NDR determina no item I a necessidade de antes da publicação do edital comprovar nos autos a: (a) reavaliação dos índices de atendimento e cobertura contratuais para apresentar aderência àqueles contidos na Norma de Referência 8/2024 (“NR 8”); (b) revisão das metas contidas no Apêndice I do Caderno de Encargos; (c) reavaliação da forma de verificação do nível de serviço quanto à remoção de DBO para apresentar aderência ao índice NdS 03, contido na Minuta de Norma de Referência da ANA; (d) fundamentação da meta do índice para verificação do nível de serviço quanto a remoção de DBO; (e) revisão das metas contidas no Apêndice I do Caderno de Encargos após adequação e aderência ao índice NdS 03; e (f) reavaliação da forma

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

de verificação da regularidade ambiental das estações de tratamento de esgoto para acrescentar o índice E&S07, contido na Minuta de Norma de Referência da ANA.

No item II, recomenda a revisão do Caderno de Encargos e/ou seus anexos, elencando e complementando requisitos/parâmetros/indicadores/níveis de serviço por parcela do objeto, considerando, inclusive, como fonte as normas ABNT ISSO 24510, ABNT ISO 24511, E ABNT ISO 24512 e o Padrão internacional para avaliar os serviços de água e saneamento denominado AquaRating.

Com relação ao ponto (a) do item I, a CESAN acatou a determinação adotando os índices de atendimento e cobertura da NR 8.

Porém, para o projeto em questão não foram considerados no cômputo da fórmula a possibilidade de solução alternativa, item este que compõe a fórmula da respectiva norma. Vale destacar que tal possibilidade não foi considerada nas modelagens referenciais, apesar de o Art. 11-B, § 4º, da Lei Federal 11.445/2007 considerar como possibilidade ao índice de cobertura.

Ressalta-se que até o momento não existe normativo da Agência Reguladora para fins de aplicação e remuneração para este tipo de tratamento. Considerando o atendimento ao primeiro ponto, automaticamente acata-se o segundo ponto.

No tocante aos pontos (c) a (e) do item I, a CESAN revisou os indicadores IRC e IRA tornando-os mais claros e específicos. Vale destacar que os indicadores apresentados na minuta de norma da ANA podem receber alterações e/ou aprimoramentos, assim, foram utilizados de forma auxiliar nos aprimoramentos realizados nos indicadores já existentes.

Com relação ao Item II deste achado, destaca-se que o projeto em questão leva em consideração boas práticas, bem como a adoção de indicadores de desempenho suficientes a incentivar o futuro parceiro privado a prestar o serviço com qualidade. Para fins de aprimoramento do Anexo 2 – Caderno de Encargos, foram incluídas

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

as normas ABNT ISO 24510 e 24511, uma vez que ABNT ISO 24512 refere-se a serviços de água.

3.20.4 Análise Técnica

Ressalta-se que esta análise conclusiva não tem caráter de exame exaustivo da documentação apresentada, assim, a peça examinada foi o Anexo 4 – Metas e Indicadores de Desempenho (Peça Complementar 22581/2024-1).

I(a) - reavaliação dos índices de atendimento e cobertura contratuais para apresentar aderência àqueles contidos na Norma de Referência 8/2024

Considerando que a Cesan optou por acatar o posicionamento do NDR, resta realizar a conferência de documentação sobre a adoção de índices de atendimento e cobertura da Norma de Referência 8 da ANA.

Sobre o ponto da resposta da Cesan a respeito do fator “quantidade de domicílios residenciais com solução alternativa de esgoto”, constante das fórmulas dos indicadores, cumpre frisar que a impossibilidade de a futura concessionária adotar “solução alternativa” deve estar explícita na minuta do Contrato. Não há necessidade de modificação da fórmula de cálculo dos índices de cobertura e atendimento da NR 8 da ANA, pois, o referido fator será nulo diante do requisito contratual.

Observa-se do exame do Anexo 4, em comparação a com a primeira versão (Peça Complementar 04962/2024-1), que foi excluído o item 4.7 a seguir transcrito.

4.7 As metas dos indicadores Índice de Cobertura de Esgoto – ICE, Índice de Atendimento de Esgoto – IAE e o Índice de Remoção de Carga Poluente do Esgoto Recebido na ETE – IRC podem possuir metas progressivas ao longo dos anos. Seus valores são apresentados no CADERNO DE ENCARGOS – MCEn, por município e ano. No presente estudo a terminologia “MCE” se refere a meta do indicador estabelecida no CADERNO DE ENCARGOS e “n” é o ano de referência.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Entende-se que há necessidade de especificar a vinculação das metas ao critério mais restritivo dentre o estabelecido no Contrato de Programa, Plano Municipal de Saneamento, Licença Ambiental e/ou Portaria de Outorga.

Observa-se, principalmente, que a Cesan adaptou a ficha dos indicadores de atendimento e cobertura da Norma de Referência NR 8 da ANA e não cita a referida Norma. Tal ajuste não atende à proposta de deliberação, exclui definições como a “forma de obtenção de dados”, e traz risco ao cálculo correto dos índices, portanto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

Considerando risco apontado, propõem-se a modificação da proposta de deliberação para determinar à Cesan que adote os índices conforme a NR 8 da ANA como regra Contratual.

I(b) - revisão das metas contidas no Apêndice I do Caderno de Encargos, após adequação e aderência aos índices de atendimento e cobertura contratuais

Sobre o nível de serviço, ou seja, a definição do padrão que se espera da futura concessionária, o Relatório de Acompanhamento 11/2024 indicou a necessidade de revisão das Metas contidas no do Apêndice I do Caderno de Encargos, após adequação e aderência aos índices de atendimento e cobertura contratuais.

Considerando que o ajuste realizado pela Cesan não atende à proposta de deliberação, entende-se que cabe revisão das metas contidas no Apêndice I do Caderno de Encargos, com a devida diligência e, portanto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

I(c) - reavaliação da forma de verificação do nível de serviço quanto à remoção de DBO para apresentar aderência ao índice NdS 03, contido na Minuta de Norma de Referência da ANA

A CESAN informou sobre a revisão do indicador IRC utilizando o índice da minuta de norma da ANA de forma auxiliar. Resta verificar a revisão realizada.

Em exame  ao Anexo 4 – Metas e Indicadores de Desempenho (Peça Complementar 22581/2024-1), observa-se, principalmente,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br  Identificador: 03717-9B406-E24DB

que a Cesan adaptou a ficha do indicador NdS3 da minuta de Norma de Referência da ANA, excluindo várias definições tais como a de “condição necessária (CN) para consolidação do indicador”.

A observação contida na ficha do indicador NdS03 sobre a condição necessária para sua consolidação significa que se não forem realizadas no mínimo 95% das análises previstas no plano de amostragem, o indicador deve ser classificado como insatisfatório, ou seja, deve ser considerado nulo.
Portanto, a adaptação traz risco ao cálculo correto do índice e conclui-se pela manutenção do ponto do achado.
Considerando o risco apontado, propõem-se a modificação da proposta de deliberação para determinar à Cesan que adote o índice NdS03 conforme a minuta de NR da ANA como regra Contratual, prevendo a obrigatoriedade de adequação do índice caso ocorra alteração quando da publicação da nova NR da ANA.

I(d) - fundamentação da meta do índice para verificação do nível de serviço quanto à remoção de DBO, demonstrando a consolidação dos requisitos de tratamento de esgoto de cada ETE estabelecidos em licenças de operação, portarias de outorga e contratos de programa e de concessão
A Cesan não abordou especificamente esse tema em sua resposta.
O Anexo 4 – Metas e Indicadores de Desempenho (Peça Complementar 22581/2024-1) traz a seguinte redação.
5.9.6 O efluente tratado deverá atender a todos os padrões de emissão elencados na legislação estadual, municipal, licença de operação e outorga de cada uma das ETEs.
5.9.7 A CONCESSIONÁRIA de cumprir integralmente as legislações ambientais aplicáveis a cada ETE individualmente. Em outras palavras, mesmo que as metas estabelecidas sejam atingidas, a empresa ainda deve estar em conformidade com todas as leis ambientais pertinentes a cada Estação de Tratamento de Esgoto

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

individual, garantindo o tratamento adequado dos efluentes para preservar o meio ambiente. O não cumprimento dessas obrigações pode resultar em penalidades impostas pelos órgãos competentes que será arcada integralmente pela CONCESSIONÁRIA.

Em exame ao Estudo Técnico Operacional do Município de Vitória, por exemplo, observa-se que não houve consolidação dos requisitos de tratamento de esgoto de cada ETE estabelecidos em licenças de operação, portarias de outorga e contratos de programa e de concessão. Nos termos do referido Estudo.

Cabe frisar que as metas dos Contratos de Programa entre CESAN e a Municipalidade, não são idênticas as que serão entre CESAN e futura Concessionária, devendo a contratada atentar-se-á ao sistema de mensuração de desempenho, Anexo 04 do Edital.

Em exame ao Apêndice I revisado, observa-se que só existem os quadros com metas de índices de atendimento e de cobertura (Peça Complementar 22578/2024-1 e Peça Complementar 22579/2024-4) corroborando a ausência de consolidação dos requisitos de tratamento de cada ETE. Conclui-se, portanto, pela manutenção do ponto do achado.

I(e) - revisão das metas contidas no Apêndice I do Caderno de Encargos após adequação e aderência ao índice NdS 03

A Cesan não abordou especificamente esse tema. Como visto acima, em exame ao Apêndice I revisado, observa-se que só existem os quadros com metas de índices de atendimento e de cobertura (Peça Complementar 22578/2024-1 e Peça Complementar 22579/2024-4). Conclui-se, portanto, pela manutenção do ponto do achado.

I(f) - reavaliação da forma de verificação da regularidade ambiental das estações de tratamento de esgoto para acrescentar o índice E&S07, contido na Minuta de Norma de Referência da ANA

A CESAN informou sobre a revisão do indicador IRA utilizando índice da minuta de norma da ANA de forma auxiliar.

Resta verificar a revisão realizada.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Cumpre salientar que a sugestão de deliberação contida no Relatório de Acompanhamento 11/2024 foi pelo acréscimo do índice E&S07 sem exclusão do IRA. Traz-se a seguir, resumidamente, a fórmula do índice E&S07.

Em exame ao Anexo 4 – Metas e Indicadores de Desempenho (Peça Complementar 22581/2024-1), observa-se que a Cesan criou novo indicador de regularidade ambiental no qual o índice E&S07 é um fator com peso 30%.

A Cesan não fundamentou o peso (30%) atribuído ao fator que representa o índice E&S07. Considerando que o tal índice foi adotado pelo Relatório de Acompanhamento 11/2024 como a representação do estado da arte para o tema em tela, não se mostra razoável atribuição de maior peso ao fator da fórmula que equivale ao IRA na versão inicial (percentual de condicionantes ambientais atendidas dentro do prazo para os sistemas em operação (licenças e outorgas vigentes).
Além disso, as informações da ficha do índice E&S07 (Minuta de NR ANA) também não foram levadas ao Anexo 4 de forma integral, o que põe em risco o cálculo adequado.
Assim, conclui-se pela manutenção deste ponto do achado.
Considerando o risco e lacuna de razoabilidade apontados, propõem-se a modificação da proposta de deliberação para determinar à Cesan que adote o índice E&S07 conforme a minuta de NR da ANA como regra Contratual, prevendo a obrigatoriedade de adequação do índice caso ocorra alteração quando da publicação da nova NR da ANA.

II(a) - revisão do Caderno de Encargos e/ou seus anexos, elencando e complementando requisitos/parâmetros/indicadores/níveis de serviço por parcela do objeto, considerando inclusive, como fonte as normas ABNT ISO 24510, ABNT ISO 24511 e ABNT ISO e o Padrão

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

internacional para avaliar os serviços de água e saneamento denominado AquaRating

A Cesan informou que o projeto considerou boas práticas, adoção de indicadores de desempenho suficientes a incentivar o futuro parceiro privado a prestar o serviço com qualidade e que aprimorou o Anexo 2 – Caderno de Encargos pela inclusão das normas ABNT ISO 24510 e 24511. Informou que não incluiu a ABNT ISO 24512, por se referir a serviços de água.

Pois bem.

A revisão do caderno de encargos sugerida como deliberação foi de complementação de requisitos/parâmetros/indicadores/níveis de serviço por parcela do objeto. A ideia é de que os estruturadores elenquem as parcelas do objeto e listem os requisitos/parâmetros/indicadores/níveis de serviço. Por isso foi exemplificada a seguinte estratificação, apenas como um check list inicial.

- Ligações intradomiciliares: ampliação;
- Ligações prediais: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Rede coletoras: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- EEEB: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Rede de recalque: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- ETE: adequação, ampliação, manutenção e operação;
- Emissário de esgoto tratado: adequação, ampliação, manutenção e operação.

Por exemplo, não há requisito da parcela do objeto “ampliação de estações de tratamento de esgoto” com relação à eficiência do consumo de energia ou com relação à durabilidade da estrutura.

Em exame ao Caderno de Encargos, observa-se a seguinte menção às normas, no bojo do item “6. Operação e Manutenção”.

A CONCESSIONÁRIA deverá observar e adotar em suas atividades os critérios descritos nas normas ABNT NBR ISO 24.510/12 e ABNT NBR ISO 24.511/12, buscando garantir atendimento aos serviços

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

prestados, com qualidade e eficiência, inclusive o atendimento aos INDICADORES DE DESEMPENHO.

A simples menção às normas ABNT ISO 24510 e 24511 não tem serventia ao objetivo da sugestão de deliberação. As referidas normas são fontes de consulta sugeridas aos estruturadores para obterem requisitos/parâmetros/ indicadores/níveis de serviço afim de conferir suficiência ao Caderno de Encargos. Tais normas tem como objetivo dar diretrizes para avaliação de serviços, ou seja, não são de aplicação taxativa, o que indica lacuna de diligência no ajuste realizado de apenas incluí-las no rol de normas técnicas relativas ao contrato.

Além disso, há falta de clareza no texto “inclusive o atendimento aos indicadores de desempenho” sobre qual rol de indicadores o Caderno de Encargos está se referindo.

O exame acerca da suficiência de requisitos/parâmetros/indicadores/níveis de serviço realizado no presente acompanhamento não teve caráter exaustivo, por isso a proposta de revisão do Caderno de Encargos. Entende-se que cabe à Cesan revisão diligente do Caderno de Encargos, verificando se à todas as parcelas do objeto estão associados requisitos/parâmetros/indicadores/níveis de serviço suficientes, pois como demonstrado no Relatório de Acompanhamento 11/2024, sequer há suficiência na definição do escopo contratual.

Em termos de complementação, esta equipe de auditoria indicou para algumas parcelas do objeto, requisitos específicos (nos achados subsequentes) e índices de desempenho mais adequados ao estado da arte, com objetivo de contribuir para suficiência do projeto de tamanho vulto e importância.

Entende-se que o esforço de revisão do caderno de encargos pela Cesan é requerido para conferir adequada fiscalização contratual, sob risco de ocorrer prejuízo ao erário por deficiência de requisitos /parâmetros/indicadores/níveis de serviço.

Pelo exposto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Por todo o exposto, conclui-se pela manutenção do achado A20(Q6,Q8) com seguinte proposta de deliberação:

I - Expedir determinação para que o edital contenha:

(a) Os índices contratuais de atendimento e cobertura de esgotamento sanitário em conformidade com ICE e IAE da Norma de Referência da ANA 8/2024 sobre metas progressivas de universalização de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, indicadores de acesso e sistema de avaliação;

(b) As Metas revisadas (Apêndice I do Caderno de Encargos) após adequação dos índices de atendimento e cobertura contratuais ICE e IAE;

(c)O índice contratual de verificação do nível de serviço quanto à remoção de DBO em conformidade com o índice NdS 03, contido na Minuta de Norma de Referência da ANA sobre indicadores, padrões de qualidade, de eficiência, de eficácia e demais componentes de sistema destinado à avaliação de desempenho da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário;

(d) A Fundamentação da meta do índice NdS 03 de verificação do nível de serviço quanto à remoção de DBO, ou seja, a consolidação dos requisitos de tratamento de esgoto de cada ETE estabelecidos em licenças de operação, portarias de outorga e contratos de programa e de concessão;

(e) As Metas revisadas (Apêndice I do Caderno de Encargos) após adequação do índice contratual para verificação do nível de serviço quanto à remoção de DBO ao NdS 03;

(f) Em adição ao índice contratual IRA, também o índice E&S07, contido na Minuta de Norma de Referência da ANA sobre indicadores, padrões de qualidade, de eficiência, de eficácia e demais componentes de sistema destinado à avaliação de desempenho da prestação dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

II - Expedir recomendação para que seja realizada:

(a) revisão do Caderno de Encargos e/ou seus anexos, elencando e complementando

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> requisitos/parâmetros/indicadores/níveis de serviço por parcela do objeto, considerando inclusive, como fonte as normas ABNT ISO 24510, ABNT ISO 24511 e ABNT ISO e o Padrão internacional para avaliar os serviços de água e saneamento denominado AquaRating.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.21 AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DOS BENS REVERSÍVEIS

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.21 A21(Q10, Q2) - Ausência de indicação e caracterização dos bens reversíveis
> 3.21.1 Critérios:
> Constituição federal - art. 37, Princípio Constitucional da Eficiência
> Constituição federal - art. 37, Princípio Constitucional da Publicidade
> Lei - 11.079/2004, art. 10, §4º
> Lei - 11.079/2004, art. 10, VII
> Lei - 8.987/1995, art. 18, X
> Lei - 8.987/1995, art. 18, XI
> Norma técnica - ABNT NBR 12587/1992
> Norma técnica - ABNT NBR 14645/2001
> Norma técnica - ABNT NBR 16747/2000
> Norma técnica - ABNT NBR 24510/2012
> Norma técnica - ABNT NBR 5674/2024
> 3.21.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> O art. 18 da Lei 8.987/1995, aplicável ao caso em exame, determina que o edital indique os bens reversíveis, suas características e as condições em que serão postos à disposição de nova concessionária .
> Lei 8.897/1995

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

[...]

X - a indicação dos bens reversíveis;

XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior;

[...]

O projeto inclui a adequação das unidades dos sistemas de esgotamento sanitário existentes e aloca como obrigação da futura Concessionária a responsabilidade de identificar as ações necessárias para isso. Tais ações constituem uma parcela do investimento previsto.

A Lei 11.079/2004 estabelece que os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto:

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

[...]

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

[g.n]

No presente achado, as informações de caracterização das unidades dos sistemas de esgotamento sanitário existentes apresentadas, ou

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

seja, dos bens reversíveis pré-existentes que serão objeto de investimento para adequação, foram comparadas aos requisitos legais.

Antes de iniciar a análise cumpre trazer os conceitos de sistema de esgotamento sanitário e suas unidades, contidos na norma da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT NBR 12587 – Cadastro de sistema de esgotamento sanitário.

3.2 Sistemas de esgotamento sanitário

Canalizações, instalações e equipamentos destinados a coletar, transportar, tratar e encaminhar os esgotos sanitários a um destino final conveniente, compreendendo unidades não-lineares ou localizadas e unidades lineares ou não localizadas.

3.3 Unidades não-lineares ou localizadas

Conjunto de instalações, equipamentos e órgãos acessórios, implantado em pontos estratégicos do sistema, com a finalidade de tratar, recalcar ou auxiliar na transposição de interferências, compreendendo estação de tratamentos de esgotos, estação elevatória e sifão.

3.4 Unidades lineares ou não-localizadas

Canalizações e órgãos acessórios destinados a coletar e transportar os esgotos a um destino conveniente, compreendendo ramal predial, coletor, coletor-tronco, interceptor e emissário.

Cumpre apresentar também algumas definições afetas a bens de capital constantes da Norma ABNT ISO 24510 – sobre Atividades relacionadas aos serviços de água potável e de esgoto - Diretrizes para avaliação e para melhoria dos serviços prestados aos usuários – que serão utilizados na redação da análise.

2.4

ativos

bens de capital utilizados para a prestação dos serviços (2.44)

NOTA 1 Os ativos podem ser tangíveis e intangíveis. Exemplos de ativos tangíveis são: terrenos, edifícios, canalizações, poços, tanques, estações de tratamento, equipamentos e hardware. Exemplo de ativos intangíveis: software, base de dados.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

NOTA 2 Ao contrário dos materiais de consumo, os ativos podem ser depreciados nos sistemas de contabilidade.

2.5

gestão de ativos

processos (2.31) que permitem que um prestador de serviços de água e esgoto (2.53) dirija, controle e otimize o fornecimento, a manutenção (2.19) e a disposição de infraestrutura (2.17) e outros ativos (2.4), incluindo as despesas necessárias para assegurar desempenhos (2.24) especificados, durante seus ciclos de vida

2.6

disponibilidade

medida em que a infraestrutura (2.17) e outros ativos (2.4), recursos e empregados de um prestador de serviços de água e de esgoto (2.53) permitem a prestação efetiva dos serviços (2.44) aos usuários (2.50) de acordo com desempenhos (2.24) especificados.

[...]

2.17

infraestrutura

sistema de ativos (2.4) fixos tangíveis necessários para o funcionamento de um prestador de serviço de água e esgoto (2.53)

[...]

2.19

manutenção

combinação de todas as ações técnicas, administrativas e gerenciais durante o ciclo de vida de um ativo (2.4) destinada a mantê-lo, restaurá-lo a um estado no qual ele pode executar a função desejada

[...]

2.24

desempenho

resultados de uma atividade, de um processo (2.31) de uma organização

[...]

2.35

reabilitação

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

operação em uma infraestrutura (2.17) para restaurá-la até um nível de desempenho (2.24) definido ou melhorara-la para atingir um nível de desempenho (2.24)

[...]

2.39

reparo

ação sobre um produto, equipamento ou instalação não conforme para torna-lo aceitável para o uso pretendido, sem alterar os parâmetros originais do produto, equipamento ou instalação

[...]

2.53

sistema de esgoto

ativos (2.4) tangíveis necessários para coletar, tratar, dispor ou reutilizar esgoto (2.51), bem como seus resíduos (2.41)

Diante dos conceitos, pode-se dizer que a infraestrutura de sistemas de esgoto existentes, ou seja, os bens reversíveis já existentes, constituídos de unidades lineares e não-lineares, são sistemas de ativos tangíveis com necessidade de gestão, manutenção e em alguns casos reabilitação (ou adequação civil, ambiental e operacional), para efetiva prestação dos serviços de esgoto de acordo com desempenho especificado ou esperado.

As minutas do Edital e do Contrato não trazem em seu rol de anexos, nenhuma alusão à lista de bens reversíveis, seu inventário (ou outra ferramenta de gestão de ativos), que contenha suas características e condições atuais de desempenho.

Entende-se que a Minuta do Edital está, portanto, incompleta e irregular.

Infere-se que a descrição dos ativos existentes que pretendeu ser incluída no Edital é aquela contida no ANEXO 12 – RELATÓRIOS DOS ESTUDOS TÉCNICOS.

O Estudo Técnico-Operacional do Município de Vitória, por exemplo, traz a descrição do sistema existente.

De acordo com as informações extraídas do Sistema de Informações do Controle Operacional da CESAN (Sincop), referência

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

outubro/2023, o sistema de esgoto sanitário de Vitória possui 553.758 m de rede coletora de esgotos, 57 estações elevatórias, 40.651 m de linhas de recalque e 04 estações de tratamento sendo as ETEs Mulembá I e II compostas pelo processo de lodos ativados (Unitank), a ETE Camburi por uma lagoa aerada e duas lagoas facultativas e a ETE Grande Vitória por lodos ativados convencional.

Tal descrição não atende ao requisito legal de indicação dos bens reversíveis com características e condições que serão postos para a nova concessionária. O cadastro técnico georreferenciado das unidades do sistema de esgotamento sanitário é documentação relevante e exigível à caracterização dos bens reversíveis.

A norma ABNT NBR ISO 24511 – sobre Diretrizes para a gestão dos prestadores de serviços de esgoto e para avaliação dos serviços de esgoto – indica que convém aos prestadores de serviços de esgoto realizar a gestão de ativos incluindo manter um sistema de inventário atualizado e realizar manutenção e reabilitação do sistema.

5.4 Gestão de ativos

Prestadores de serviço de esgoto possuem ativos tangíveis e intangíveis. Convém que os ativos tangíveis sejam geridos com base no ciclo de vida sustentável.

A gestão dos ativos inclui:

- manutenção de um sistema de inventário atualizado,
- monitoramento e documentação de dados,
- avaliação das condições do sistema,
- planejamento, manutenção ou reabilitação do sistema,
- otimização da depreciação e da recuperação e reposição de ativos, e
- identificação e gestão de riscos.

Assim, é desejável que a Cesan, enquanto atual concessionária dos serviços de esgotamento sanitário, faça adequada gestão de ativos com documentação das práticas acima listadas. A documentação existente relativa à gestão de ativos deve constituir parte de databook , anexo ao edital, para atender minimamente à exigência da Lei 8.987/1995 e constituir elemento de anteprojeto.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

A rigor, a constatação do estado de conservação e funcionamento das edificações deve ser objeto de inspeção por profissional habilitado, documentada em laudo, cujo procedimento está descrito na ABNT NBR 16747 – Inspeção predial – Diretrizes, conceitos, terminologia e procedimento.

Portanto, entende-se que há ausência de indicação e caracterização dos bens reversíveis na minuta de edital apresentada.

Diante do exposto, sugere-se notificar a unidade gestora, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, determinar que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a revisão do edital para inclusão do cadastro técnico georreferenciado do sistema de esgotamento sanitário e databook de todas as unidades dos sistemas de esgotamento sanitário.

Ressalta-se que a presente irregularidade concorre, em conjunto com as irregularidades apontadas nos três achados subsequentes , para materialização do risco de ausência de manutenção e controle do desempenho dos ativos na execução do contrato.

3.21.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Com relação a esse Achado, o d. NDR determina que, antes da publicação do edital, se comprove a inclusão do cadastro técnico georreferenciado do sistema de esgotamento sanitário e do databook de todas as unidades dos sistemas de esgotamento sanitário.

Quanto a este achado, a CESAN informa que irá disponibilizar o cadastro técnico georreferenciado do sistema de esgotamento sanitário e a relação das unidades dos sistemas de esgotamento sanitário, bem como o relatório fotográfico.

3.21.4 Análise Técnica

Nesse ponto, considerando que: (i) não foi identificado na lista de anexos da nova versão do Edital (Peça Complementar 22575/2024-6, fl. 7), referência a anexo com Data Book de todas as unidades e com o cadastro técnico georreferenciado do sistema de esgotamento sanitário existente; (ii) a relação das unidades dos sistemas de esgotamento sanitário com relatório fotográfico não é suficiente como

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> Data book (acervo organizado que reúne documentos técnicos (manuais, histórico de intervenções / manutenções relevantes) das edificações e outras unidades do SES), conclui-se pela manutenção do achado.
>
> Por todo o exposto, conclui-se pela manutenção do achado A21(Q10,Q2) com seguinte proposta de deliberação: determinar a revisão do edital para inclusão do cadastro técnico georreferenciado do sistema de esgotamento sanitário e databook de todas as unidades dos sistemas de esgotamento sanitário como anexo/apêndice ao edital, dando-se a publicidade requerida.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.22 AUSÊNCIA DE ANTEPROJETO DE ENGENHARIA PARA A PARCELA "ADEQUAÇÃO DO SES"

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.22 A22(Q10, Q9) - Ausência de anteprojeto de engenharia para a parcela "adequação do SES"
>
> 3.22.1 Critérios:
>
> Constituição federal - art. 37, Princípio Constitucional da Eficiência
>
> Constituição federal - art. 37, Princípio Constitucional da Publicidade
>
> Lei - 11.079/2004, art. 10, §4º
>
> Lei - 11.079/2004, art. 10, VII
>
> Norma técnica - ABNT NBR 12587/1992
>
> Norma técnica - ABNT NBR 14645/2001
>
> Norma técnica - ABNT NBR 16747/2000
>
> Norma técnica - ABNT NBR 24510/2012
>
> Norma técnica - ABNT NBR 5674/2024
>
> 3.22.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Como visto no achado anterior, a infraestrutura de sistemas de esgoto existentes, ou seja, os bens reversíveis já existentes, constituídos de unidades lineares e não-lineares, são sistemas de ativos tangíveis com necessidade de gestão, manutenção e em alguns casos reabilitação (ou adequação civil, ambiental e operacional), para efetiva prestação dos serviços de esgoto de acordo com desempenho especificado ou esperado.

O projeto (empreendimento) inclui a adequação das unidades dos sistemas de esgotamento sanitário existentes e aloca como obrigação da futura Concessionária a responsabilidade de identificar as ações necessárias para isso. De acordo com a Minuta do Contrato, será obrigação do futuro parceiro privado a execução das obras de adequação civil, ambiental e operacional, a qual descreve como "aperfeiçoamento, melhorias operacionais e reposição de ativos do sistema de esgotamento sanitário". Tais ações de diagnóstico, prognóstico, planejamento e execução de obras e serviços constituem uma parcela do investimento previsto.

Conforme descrito no achado sobre a deficiência de definição do escopo, a descrição do objeto omite a reabilitação/adequação do sistema de esgotamento sanitário existente, mencionada no Caderno de Encargos por vezes como "recuperação" ou "melhoria". Infere-se que tal parcela foi classificada no Plano de Negócios Referencial como "Reinvestimento em Melhorias Operacionais" e levada ao modelo econômico-financeiro (planilhas), como "Melhorias Operacionais SES".

A regularidade do método de estimativa do investimento em adequação/reabilitação de elementos dos SES (adequação civil, ambiental e operacional) foi objeto de exame e a essa parcela se aplicam os requisitos estabelecidos no § 4º do art. 10 da Lei 11.079/2004.

A Lei 11.079/2004 estabelece, no § 4º do art. 10, que os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

[...]

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

[g.n]

Portanto são dois os requisitos aplicáveis ao exame: (i) custo aferido minimamente via orçamento sintético com base em custo global de obras semelhantes e; (ii) nível de detalhamento de anteprojeto.

A seguir passa-se ao exame sobre a peça orçamentária e demais elementos de anteprojeto.

2.22.3.1 Ausência de peça orçamentária

Não foram identificadas peças técnicas de engenharia relativas ao investimento em reabilitação. Não foi identificada peça orçamentária , mas somente modelo econômico-financeiro em planilha excel com apresentação do valor do investimento “Melhorias Operacionais SES” ano a ano.

O Plano de Negócios Referencial informa que a estimativa de “Reinvestimento em Melhorias Operacionais” foi valorada, ano a ano, como 1,5% do valor do ativo imobilizado referente às estações de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

tratamento e às elevatórias de esgoto, inclusive para os ativos existentes. No Estudo Técnico Operacional do SES do Município de Vitória, por exemplo, a metodologia foi a seguinte:

7.1.3 Reinvestimento em Melhorias Operacionais do SES

Como premissa, foi definido o reinvestimento de 1,5% a.a. iniciado a partir do 5º ano após a conclusão das obras e operação assistida, sobre o valor do ativo imobilizado da parcela referente as estações de tratamento e elevatórias de esgoto. Nos casos com sistemas entregues a mais de 5 anos, o reinvestimento é contado a partir do ano 1.

Para os ativos existentes e das obras a cargo da nova concessionária, o valor das estações de tratamento e elevatórias foi estimado conforme a metodologia descrita nos itens 7.1.2.1 e 7.1.2.2 acima. Para as obras a cargo da Cesan, o valor desses ativos foi obtido diretamente a partir de seus orçamentos.

[g.n]

De acordo com o referido Estudo, os itens 7.1.2.1 e 7.1.2.2 são relativos à descrição da metodologia de orçamento para novas Estações Elevatórias de Esgoto - EEE e Estações de Tratamento de Esgoto - ETE, metodologia essa com base em dados de histórico de custo total de construção de obras da Cesan, em função da potência instalada, para EEE, e de vazão, para ETE.

O projeto não informa a alocação (se Opex ou Capex) e a estimativa do custo de adequação/reabilitação de todos os elementos do SES além de EEE e ETE.

A fundamentação da premissa de estimativa da adequação/reabilitação de ETEs e EEE (1,5% a.a. do valor do ativo) não foi declarada/localizada.

Para as parcelas do objeto adequação/reabilitação de EEE e ETE o valor estimado de investimento não foi aferido com base em obras semelhantes, pois foi aferido com base em obras de instalações novas e não de reabilitação. Ou seja, a base de dados utilizada tem objeto distinto e a metodologia não descreve a fundamentação para o percentual utilizado (1,5% a.a.).

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Pelo exposto, entende-se que a documentação de suporte ao investimento de adequação/reabilitação do SES existente não atende ao requisito legal de custo aferido minimamente via orçamento sintético com base em custo global de obras semelhantes e sugere-se seja determinada a emissão de peça orçamentária adequada e consequente revisão do valor do investimento para essa parcela do objeto.

Passa-se, a seguir, à verificação sobre os demais elementos de anteprojeto para a parcela do objeto adequação/reabilitação.

2.22.3.2 Ausência de estudos preliminares e anteprojeto

O conceito de anteprojeto está descrito na Lei 13.303/2016 e, mais recentemente, com alguma complementação, na Lei 14.133/2021.

Lei 13.103/2016

Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

VII - anteprojeto de engenharia: peça técnica com todos os elementos de contornos necessários e fundamentais à elaboração do projeto básico, devendo conter minimamente os seguintes elementos:

a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;

b) condições de solidez, segurança e durabilidade e prazo de entrega;

c) estética do projeto arquitetônico;

d) parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

e) concepção da obra ou do serviço de engenharia;

f) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção adotada;

g) levantamento topográfico e cadastral;

h) pareceres de sondagem;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

i) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;

Lei 14.133/2021

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

XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;

b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;

c) prazo de entrega;

d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;

e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;

f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;

g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;

h) levantamento topográfico e cadastral;

i) pareceres de sondagem;

j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;

[...]

Art. 186. Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010.

[g.n.]

O anteprojeto deve apresentar elementos de contorno fundamentais à elaboração do projeto básico. Conforme mencionado na

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Manifestação Técnica 538/2024-1, a Orientação Técnica IBR 6/2016 do Ibraop – Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas é critério de controle externo para verificação da suficiência dos elementos de anteprojeto.

OT IBR 6/2016

Anteprojeto de engenharia é a representação técnica da opção aprovada em estudos anteriores, para subsidiar a elaboração do Projeto Básico, apresentado em desenhos em número, escala e detalhes suficientes para a compreensão da obra planejada, contemplando especificações técnicas, memorial descritivo e orçamento estimativo, e deve ser elaborado como parte da sequência lógica das etapas que compõem o desenvolvimento de uma obra, precedido obrigatoriamente de estudos preliminares, programa de necessidades e estudo de viabilidade.

[...]

O anteprojeto de engenharia e seus correspondentes estudos preliminares devem conter as condições de contorno, as informações e os requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual e a visão global do empreendimento, incluindo, no que couber:

a) programa de necessidades;

b) nível de serviço desejado;

c) identificação e titularidade de terrenos;

d) condições de solidez, segurança, durabilidade e prazo de entrega da obra;

e) levantamentos preliminares que embasaram a concepção adotada, tais como geológicos, geotécnicos, hidrológicos, batimétricos, topográficos, sociais, ambientais e cadastrais, conforme o caso;

f) desenhos preliminares da concepção da obra;

g) parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

h) previsão de utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e de recursos naturais;

i) projetos anteriores, caso existam e sejam de interesse para demonstrar a solução pretendida;

j) diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, incluindo a avaliação do passivo ambiental, o estudo dos impactos ao meio ambiente e as prováveis medidas mitigadoras ou compensatórias, conforme o caso;

k) avaliação de impactos de vizinhança, quando exigida pela legislação aplicável;

l) proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas, quando exigida pelas legislações aplicáveis;

m) memorial descritivo da obra, indicando os componentes construtivos e os materiais de construção a serem empregados, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação;

(...)

o) compatibilidade com o Plano Diretor e com o Plano de Saneamento Básico, no caso de obras de saneamento básico.

[...]

[g.n]

O anteprojeto é formado a partir de estudos preliminares como desenhos, especificações técnicas, memorial descritivo e orçamento estimativo. No caso de ativos existentes, todo o histórico de documentação técnica é base a estudos preliminares.

O inventário de bens reversíveis, o cadastro técnico georreferenciado, o cadastro as built, a documentação com histórico da gestão da manutenção, servem de base a estudos preliminares para adequação/reabilitação/reforma. Como visto, o edital silencia a respeito desses elementos.

O levantamento sobre o estado de conservação e funcionamento das edificações que vai estabelecer as condições de contorno, as informações e os requisitos técnicos destinados a possibilitar a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

caracterização do objeto “adequação/reabilitação”, deve ser, minimamente, objeto de inspeção com procedimento descrito na Norma ABNT NBR 16747 – Inspeção predial – Diretrizes, conceitos, terminologia e procedimento.

A atividade de inspeção predial estabelecida nesta Norma tem por objetivo constatar o estado de conservação e funcionamento da edificação, seus sistemas e subsistemas, de forma a permitir um acompanhamento sistêmico do comportamento em uso ao longo da vida útil, para que sejam mantidas as condições mínimas necessárias à segurança, habitabilidade e durabilidade da edificação.

[...]

A inspeção predial considerada nesta Norma não tem a finalidade de avaliar de forma exaustiva o cumprimento de todas as normas técnicas que se aplicam a edificações [...]. Considera-se [...] que a mesma tem caráter fundamentalmente sensorial, destacando-se assim, não ser parte do processo a identificação de problemas que não tenham manifestado funcionamento inadequado, sintomas ou sinais aparentes, ou que somente possam ser identificados por ensaios específicos.

[...]

A inspeção predial descrita nesta Norma ocupa a função de um exame “clínico gera” que avalia as condições globais da edificação e detecta a existência de problemas de conservação ou funcionamento, com base em uma análise fundamentalmente sensorial por um ou mais profissionais habilitados, tal que esta equipe deve ser tomada de acordo com as características e complexidades técnicas dos sistemas e procedimentos descritos nesta norma. Pode ser recomendada a contratação de inspeções especializadas, ou de outras ações, quando for necessário complementar ou aprofundar o diagnóstico.

[g.n.]

A depender da complexidade da edificação, é recomendável inspeção especializada, como pode ser o caso, por exemplo , de tanques de concreto estrutural em Estações de Tratamento de Esgoto de maior porte. O diagnóstico e o prognóstico das estruturas de concreto,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

enquanto elemento de anteprojeto e/ou de projeto básico, devem ser obtidos por inspeção especializada cuja habilitação é regulada pela Norma ABNT NBR 16230 – Inspeção de estruturas de concreto – qualificação e certificação de pessoal – Requisitos. Não foram localizados laudos técnicos de inspeção predial e/ou de inspeção especializada.

Quanto menos especializada e profunda a caracterização do estado de conservação dos ativos maior a transferência de risco de ocorrência de vícios/defeitos (visíveis e ocultos) ao parceiro privado e maior a precificação na proposta. Também a probabilidade de assimetria de informação é crescente, visto que o diagnóstico estará a cargo do parceiro privado.

A Norma ABNT NBR 16747 informa a documentação a ser analisada para fundamentação da inspeção física e de seu correspondente laudo. A lista de documentação é a seguinte: Manual de uso, operação e manutenção da edificação , Manual técnico de uso operação e manutenção de equipamentos, Auto de conclusão (habite-se), Alvará de funcionamento, Alvarás de instalação e funcionamento de elevadores, Auto de vistoria de corpos de bombeiros, Projetos legais aprovados (exigidos pelo Poder Público, Segurança contra incêndio, em concessionárias), Projetos Executivos, Regulamento interno, Licenças Ambientais, Termos de ajustamento de condita ambiental (TAC), Outorga e licença de poço profundo de captação de água, outorga e licença de estação de tratamento de efluentes, Cadastro das máquinas e equipamentos instalados, Atestado de brigada de incêndio, contratos de manutenção de equipamentos, Relatórios de realização de serviços de manutenção previstos no manual de uso, operação e manutenção, Relatório de ensaios de controle de efluentes tratados, Relatórios de ensaios preditivos como termografia, vibrações mecânicas, etc. Esse é um rol exemplificativo afeto, de forma geral, às edificações e que merece detalhamento no âmbito dos elementos de SES.

Assim, o databook dos sistemas de esgotamento sanitário existentes e/ou de suas unidades, incluindo os projetos, os documentos de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

gestão da manutenção de ativos, entre tantos outros, é fundamentação para estudos preliminares e constitui elemento de anteprojeto para a parcela de adequação do SES.

Pelo exposto, conclui-se que a documentação de suporte ao valor do investimento em adequação/reabilitação do SES existente não atende ao requisito legal de nível de detalhamento de anteprojeto e há falta de transparência de documentos técnicos que devem constituir databook organizado por SES e anexo ao edital.

A profundidade do anteprojeto deve estar aderente à metodologia de orçamento utilizada (e à alocação de riscos de vícios/defeitos). Como não foi apresentada metodologia do orçamento fundamentada e aderente ao requisito legal, a suficiência do nível de detalhamento requer nova verificação após submissão de achados.

Portanto, entende-se que há ausência de elementos de anteprojeto na minuta de edital apresentada.

Diante do exposto, sugere-se notificar a unidade gestora, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, determinar que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a revisão do edital para inclusão de (i) peça orçamentária fundamentada; (ii) cadastro técnico georreferenciado do sistema de esgotamento sanitário; (iii) databook das unidades dos sistemas de esgotamento sanitário, contendo inclusive informações de gestão da manutenção e; (iv) a depender da fundamentação do orçamento e alocação de risco de vícios/defeitos definida, laudos de inspeções conforme Norma ABNT NBR 16747, com a fundamentação do orçamento.

Ressalta-se que a divulgação do cadastro técnico georreferenciado e do databook são fundamentais à simetria entre os licitantes.

Ressalta-se sobretudo que a presente irregularidade concorre, em conjunto com as irregularidades apontadas em achados correlatos , para materialização do risco de ausência de manutenção e de controle do desempenho dos ativos na execução do contrato.

3.22.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Com relação a esse Achado, o d. NDR determina que, antes da publicação do edital, se comprove a inclusão de peça orçamentária fundamentada, cadastro técnico georreferenciado do sistema de esgotamento sanitário e databook de todas as unidades dos sistemas de esgotamento sanitário.

No estudo referencial foram previstas 3 (três) intervenções para permitir a funcionalidade dos sistemas de esgoto dentro dos padrões de eficiência requeridos pelos órgãos ambientais:

Adequações - Destina-se à promoção de ações articuladas visando à reabilitação e recuperação das unidades localizadas e lineares dos sistemas atualmente operados pela CESAN;

Melhorias Operacionais – São as ações que tem por objetivo a reabilitação de unidades operacionais, o aumento da eficiência dos prestadores de serviços públicos tais como a padronização e automatização de unidades operacionais, o planejamento e controle operacional, instalações laboratoriais para atividades de controle da qualidade e aumento da eficiência no consumo de energia; e

Manutenção - É a combinação de ações técnicas e administrativas, incluindo as de supervisão, destinadas a manter ou recolocar um item em um estado no qual possa desempenhar uma função requerida (ABNT NBR 5462/1994), podendo ser classificada em corretiva, preventiva e preditiva.

Conforme descrito no Anexo 2 - Caderno de Encargos, as adequações necessárias são, em sua maioria, a execução de novas unidades operacionais em substituição às existentes, como a construção de uma nova estação de tratamento ou um novo emissário para substituir o atual corpo receptor.

Portanto, nesses casos foi considerado o custo de construir uma nova unidade adotando-se os preços apontados nos estudos. Essas adequações bem como seus custos estão discriminados nos estudos técnicos e operacionais de cada município e no Anexo 2 - Caderno de Encargos, sendo que no item 5.2.4, apresenta-se a relação das adequações necessárias e o ano de sua conclusão, conforme a tabela abaixo.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Quanto aos demais pontos do Achado, a CESAN informa que irá disponibilizar o cadastro técnico georreferenciado e o databook contendo a Base de Ativos e o Relatório Fotográfico das unidades dos sistemas de esgotos sanitários existentes.

3.22.4 Análise Técnica

O Relatório de Acompanhamento 11/2024 sugeriu determinar a revisão do edital. A seguir traz-se a análise a cada ponto:

(i) inclusão de peça orçamentária fundamentada

A Cesan esclareceu que os estudos referenciais de cada Município preveem três tipos de intervenções para permitir a funcionalidade dos sistemas de esgoto dentro dos padrões de eficiência requeridos pelos órgãos ambientais: adequações, melhorias operacionais e manutenção.

Esclareceu que as intervenções classificadas como adequações são, em sua maioria, substituição de unidades às existentes com construção de uma nova estação de tratamento ou um novo emissário e que o custo considerado foi de construir uma nova unidade, adotando-se os preços apontados nos estudos técnicos e operacionais de cada município. Informou que no Anexo 2 - Caderno de Encargos, item 5.2.4, foram apresentadas as adequações necessárias e o ano de sua conclusão.

A descrição de adequações não leva à interpretação de que são construções novas em substituição.

Como pôde ser observado na análise conclusiva do subitem 3.18, a revisão dos documentos apresenta: (i) a expressão “melhorias operacionais” continua sendo a nomenclatura utilizada no Plano de Negócios (Peça Complementar 22583/2024-1) para uma parcela de CAPEX calculada como reinvestimento. Ou seja, apesar da distinção de “melhorias operacionais” e “adequações” no glossário, há falta de clareza sobre a alocação de custo; (ii) há indícios de que a Tabela do item 5.2.4 do Caderno de Encargos não contempla todas as

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

adequações mencionadas nos Estudos Técnicos Operacionais de cada Município.

Portanto, conclui-se pela manutenção deste ponto do achado.

(ii) inclusão do cadastro técnico georreferenciado do sistema de esgotamento sanitário

Conforme análise do subitem 3.21, conclui-se pela manutenção deste ponto do achado.

(iii) inclusão do databook das unidades dos sistemas de esgotamento sanitário, contendo inclusive informações de gestão da manutenção

Conforme análise do subitem 3.21, conclui-se pela manutenção deste ponto do achado.

(iv) inclusão de laudos de inspeções (Norma ABNT NBR 16747) com a fundamentação do orçamento, a depender da forma de alocação de risco de vícios/defeitos

Este ponto não foi abordado na resposta da Cesan, portanto conclui-se pela manutenção.

Por todo o exposto, conclui-se pela manutenção do achado A22(Q10,Q9) com seguinte proposta de deliberação: determinar a revisão do edital para inclusão de (i) peça orçamentária fundamentada; (ii) cadastro técnico georreferenciado do sistema de esgotamento sanitário; (iii) databook das unidades dos sistemas de esgotamento sanitário, contendo inclusive informações de gestão da manutenção e; (iv) a depender da fundamentação do orçamento e alocação de risco de vícios/defeitos definida, laudos de inspeções conforme Norma ABNT NBR 16747, com a fundamentação do orçamento.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

**2.23 INSUFICIÊNCIA DE REQUISITOS DE PROJETO**

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

3.23 A23(Q10, Q6, Q9) - Insuficiência de requisitos de projeto

3.23.1 Critérios:

Constituição federal - art. 37, Princípio Constitucional da Eficiência

Lei - 11.079/2004, art. 10, §4º

Lei - 11.079/2004, art. 10, VII

Lei - 11.079/2004, art. 5, VII

Lei - 8.987/1995, art. 23, II

Lei - 8.987/1995, art. 23, III

Lei - 14.133/2021, art. 19, §3º

Norma técnica - ABNT NBR 14037/2024

Norma técnica - ABNT NBR 16230/2013

Norma técnica - ABNT NBR 16280/2024

Norma técnica - ABNT 9648/1986

Norma técnica - ABNT NBR 12587/1992

Norma técnica - ABNT NBR 16747/2000

Norma técnica - ABNT NBR 24510/2012

Norma técnica - ABNT NBR 5674/2024

3.23.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:

O contrato prevê como obrigação do futuro parceiro privado a execução de obras de adequação, a qual descreve, na Minuta do Contrato, como “aperfeiçoamento, melhorias operacionais e reposição de ativos do sistema de esgotamento sanitário” e, no Caderno de Encargos, como “recuperação” ou “melhoria”.

Minuta do Contrato

22.1 Compete à CONCESSIONÁRIA a execução das obras de ampliação e aperfeiçoamento do SISTEMA, bem como aquelas relacionadas às melhorias operacionais e reposição de ativos, atendidas as normas técnicas aplicáveis, as diretrizes estipuladas no ANEXO 2 – CADERNO DE ENCARGOS, o PLANO DIRETOR DA CONCESSÃO e em conformidade com os estudos e projetos a serem elaborados exclusivamente por conta e risco da CONCESSIONÁRIA. [g.n]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Caderno de Encargos

6.2 INVESTIMENTOS PELA CONCESSIONÁRIA

A CONCESSÃO tem como objetivo potencializar as ações necessárias à universalização dos sistemas de esgotamento sanitário na área de abrangência do CONTRATO, contemplando a operação, manutenção, recuperação e ampliação da infraestrutura existente e/ou implantação do sistema de esgotamento.

[...]

6.3 PLANO OPERACIONAL

[...]

As diretrizes constantes do Plano Operacional deverão ser adotadas pela CONCESSIONÁRIA para a adequação de todos os serviços, mediante análise e recuperação das estruturas existentes, bem como adoção de padronização de procedimentos para a operação das estruturas, incluindo as etapas de treinamento, uniformização e identificação.

[...]

6.2.4 OBRAS E MELHORIAS

As intervenções podem prever a implantação do sistema em etapas, de forma a garantir o cumprimento das metas ao longo do PRAZO DA CONCESSÃO. É vedada a interligação de imóveis à rede coletora sem que essa esteja conectada a uma unidade de tratamento em operação.

Caberá à CONCESSIONÁRIA avaliar as condições e a pertinência em manter ou não em operação as unidades existentes, assim como possíveis melhorias e/ou ampliações necessárias.

A implantação de unidades adicionais às previstas nos estudos conceituais não implicará em reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

[g.n]

Como visto em achado anterior, a infraestrutura de sistemas de esgoto, constituída de unidades lineares e não-lineares, tem necessidade de manutenção e adequação/reabilitação e essa

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

parcela do objeto foi alocado, pelo menos no que se refere à ETE e EEEB, como investimento.

O anteprojeto de engenharia para investimentos deve conter as condições de contorno, as informações e os requisitos técnicos do objeto contratual, conforme a Orientação Técnica IBR 6/2016 do Ibraop – Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas.

OT IBR 6/2016

Anteprojeto de engenharia é a representação técnica da opção aprovada em estudos anteriores, para subsidiar a elaboração do Projeto Básico, apresentado em desenhos em número, escala e detalhes suficientes para a compreensão da obra planejada, contemplando especificações técnicas, memorial descritivo e orçamento estimativo, e deve ser elaborado como parte da sequência lógica das etapas que compõem o desenvolvimento de uma obra, precedido obrigatoriamente de estudos preliminares, programa de necessidades e estudo de viabilidade.

[...]

O anteprojeto de engenharia e seus correspondentes estudos preliminares devem conter as condições de contorno, as informações e os requisitos técnicos destinados a possibilitar a caracterização do objeto contratual e a visão global do empreendimento, incluindo, no que couber:

[...]

[g.n]

O Contrato de PPP deve trazer cláusulas sobre a forma de prestação e de fiscalização dos serviços, seus parâmetros de qualidade, critérios de avaliação do desempenho e os fatos que caracterizam inadimplência pecuniária do parceiro público.

Lei 8.987/1995

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

[...]

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

[...]

Lei 11.079/2003

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

Portanto, o contrato deve conter os requisitos técnicos do investimento e a forma de fiscalização desses requisitos, inclusive da parcela “adequação do SES.”

As ações de adequação/reabilitação devem compreender as etapas de projeto com diagnóstico e, prognóstico, planejamento e execução. Além disso, é requerida gestão das ações. O objeto do exame neste achado são os requisitos da gestão das ações de adequação e da sua etapa de projeto.

2.23.3.1 Do requisito para gestão de obras de adequação

Antes de iniciar o exame sobre a suficiência de requisitos para ações de adequação, cumpre diferenciá-las daquelas de manutenção prevista em despesas operacionais (Opex). Tal diferenciação é

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

requerida inclusive porque o projeto, aparentemente, não prevê investimento em adequação de outras unidades de SES senão ETE e EEEB e pode estar alocando toda a adequação das unidades lineares e demais unidades não lineares em Opex .

Para estabelecer a diferenciação, recorre-se ao conceito de reforma contido na norma ABNT NBR 16280/2024 - Reforma em edificações - Sistema de gestão de reformas - Requisitos , conforme a seguir.

3.2

edificação

produto constituído de um conjunto de sistemas, componentes ou elementos estabelecidos e integrados

[...]

3.5

reforma de edificação

alteração nas condições da edificação existente com ou sem mudança de função, visando recuperar, melhorar ou ampliar suas condições de habitabilidade, uso ou segurança, e que não seja manutenção.

[g.n]

Para o projeto em exame, a parcela do objeto adequação/reabilitação é compreendida de ações para restaurar/recuperar e/ou melhorar o nível de desempenho de um ativo (condições de habitabilidade, uso ou segurança) classificáveis como reformas . As ações de manutenção preventiva, corretiva e preditiva tem função de manter o nível de desempenho.

Assim, a parcela de investimento de adequação/reabilitação é aderente à definição de reforma contida na ABNT NBR 16280 que contêm requisitos para o sistema de gestão de reformas.

A manutenção alocada em Opex deve ser referente à manutenção preventiva, corretiva e preditiva, cujos requisitos mínimos de gestão estão dispostos na ABNT NBR 5674 – Manutenção de edificações – Requisitos para o sistema de gestão da manutenção. O Caderno de Encargos exige apresentação anual de Plano de Manutenção de ETEs e Elevatórias para organização das atividades conforme

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

categoria do ativo (estrutura civil, eletromecânica e serviço de zeladoria), com vistas a estabelecer sistemática conforme preceitos da NBR 5674 .

Diante do normativo específico para reforma, mais aderente a investimento, é desejável que a gestão de reformas (adequação/reabilitação) seja distinguida da gestão da manutenção preventiva, corretiva e preditiva.

Notadamente, diante dos critérios legais de eficiência e de atualidade dos serviços para concessões e PPP, é exigível que a gestão de reformas para adequação/reabilitação do SES seja distinguida da gestão da manutenção preventiva, corretiva e preditiva e aderente à ABNT NBR 16280.

Além disso, diante da Lei 14.133/2021, conforme detalhado no achado sobre gestão da manutenção preventiva, corretiva e preditiva, é exigível que o contrato em exame traga como requisito a adoção da Modelagem da Informação da Construção (BIM ou similar ) para os projetos não só de ampliação, mas também de adequação. Portanto, a gestão de reformas, distinguida da gestão de manutenção, também deve ser realizada com utilização da referida da ferramenta, possibilitando, inclusive, acesso para agentes designados para fiscalização.

A seguir é apresentado o exame sobre os requisitos de projeto de adequação.

2.23.3.2 Dos requisitos de projeto de obras de adequação

O Caderno de Encargos indica, de maneira geral, que a futura Concessionária deverá seguir, no que se refere a projetos e obras, as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), manuais e legislação aplicável, de engenharia e cita uma lista exemplificativa.

O documento estabelece que as soluções técnicas (ou seja, inclusive de adequação) são de responsabilidade da futura Concessionária e a Cesan tomará ciência sobre elas.

A CONCESSIONÁRIA deverá elaborar estudos e projetos, com as soluções técnicas mais adequadas a serem adotadas e propostas

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

para atendimento às especificações técnicas será de inteira e única responsabilidade da CONCESSIONÁRIA, de forma a propiciar a devida coleta, transporte, tratamento e disposição final dos efluentes e lodo gerado nos municípios, observando os INDICADORES DE DESEMPENHO e metas estabelecidos no CONTRATO E ANEXOS.

Cabe à CONCESSIONÁRIA a análise dos Documentos Técnicos de Referência, adotando os elementos que considere adequados e suficientes ao seu partido de projeto, complementando e adequando aqueles que julgue necessários, de forma a elaborar a sua solução técnica a ser submetida à ciência da CESAN, sempre em conformidade ao CONTRATO, às Normas Técnicas e prescrições legais aplicáveis.

[g.n.]

Os índices elencados no sistema de remuneração para a parcela investimento são relativos à cobertura e atendimento. Portanto, a avaliação de desempenho não inclui forma de fiscalização sobre a conformidade de projeto de investimentos com normas técnicas e prescrições legais aplicáveis ou com requisitos mínimos de contrato.

Passa-se a apresentar, em caráter não exaustivo, requisitos aplicáveis à necessidade do devido projeto de engenharia.

2.23.3.2.1 Requisito de concepção básica

O Caderno de Encargos traz que “caberá à Concessionária avaliar as condições e a pertinência em manter ou não em operação unidades existentes, assim como possíveis melhorias e/ou ampliações necessárias.” Como não especifica, infere-se que se refere à todas as unidades lineares e não lineares.

É exigível que o desenvolvimento da solução técnica da futura Concessionária, que vai dar suporte a projeto básico e/ou projeto executivo para execução de obras, tenha nível de estudo de concepção de sistema de esgotamento sanitário, em conformidade com as condições exigíveis da ABNT NBR 9648/1986.

O uso da nomenclatura definida nas normas técnicas aplicáveis é desejável e, com isso, sugere-se recomendar que o Caderno de Encargos seja revisado para adequação de vocabulário aos conceitos

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

da ABNT em temas afetos ao objeto contratual, inclusive com remissão no respectivo Glossário.

A ABNT NBR 9648/1986 prescreve que os estudos de concepção de sistema de esgotamento sanitário incluem estudo técnico-econômico das concepções alternativas. Prescreve a comparação de várias concepções para escolha de uma "concepção básica".

A avaliação de possíveis alternativas para a implantação de um projeto é denominado “estudos de viabilidade”, com estimativa do custo de cada uma delas e exame de aspectos técnicos, ambiental, econômico, financeiro e social.

OT IBR 06/2016

3. SIGLAS E DEFINIÇÕES

[...]

3.2 Estudos de Viabilidade: consiste em análises e avaliações de alternativas para a concepção da obra e de seus componentes e instalações, contendo o conjunto de elementos que objetivam examinar o empreendimento sob os aspectos técnico, ambiental, econômico, financeiro e social, caracterizando e avaliando as possíveis alternativas para a implantação do projeto e procedendo à estimativa do custo de cada uma delas.

Portanto, “avaliar as condições e a pertinência em manter ou não em operação unidades existentes, assim como possíveis melhorias e/ou ampliações necessárias” consiste em análise de viabilidade técnica-econômica.

2.23.3.2.2 Requisito de diagnóstico e prognóstico

Para fundamentar concepções de sistemas de esgotamento sanitário é necessário diagnóstico e prognóstico e correspondente estimativa de custo. Portanto, avaliar por meio de análise de viabilidade técnica-econômica fundamentada em diagnóstico, prognóstico e orçamento é requisito exigível para a “solução técnica” – concepção básica – da futura Concessionária.

Para decisão sobre manter ou não em operação unidades existentes (adequação de unidades de SES existente), é necessário diagnóstico

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

e prognóstico das condições quanto à estrutura civil, eletromecânica, regularidade ambiental, etc.

De acordo com a Minuta do Contrato, o estado de conservação e vida útil remanescente sobre bens reversíveis será objeto de inventário realizado pela futura Concessionária . O Caderno de Encargos descreve que o método de avaliação das condições físicas e operacionais será proposto pela futura Concessionária e deve considerar a participação da Cesan.

A CONCESSIONÁRIA, deverá realizar o inventário dos BENS REVERSÍVEIS da ÁREA DA CONCESSÃO, de modo a identificar todos os componentes e estruturas existentes, identificado, cadastrando, avaliando no âmbito físico, operacional e ambiental, apresentando através de metodologia a ser aprovada pela CESAN, o método de avaliação das condições físicas e operacionais dos ativos.

A metodologia deve considerar a realização do inventário de forma conjunta entre as PARTES, no qual irão definir o grupo de trabalho em conjunto para realização das atividades.

O método de identificação, avaliação e cadastramento dos BENS REVERSÍVEIS deve considerar, Modelos em Revit, ou outro programa que possibilite a execução de modelos BIM – Modelagem da Informação da Construção ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substitui-la ou em outra forma previamente acordada entre as partes.

[g.n]

Como visto em achado anterior, a constatação do estado de conservação e funcionamento das edificações deve ser objeto de inspeção por profissional habilitado, documentada em laudo, cujo procedimento está descrito na ABNT NBR 16747 – Inspeção predial – Diretrizes, conceitos, terminologia e procedimento. Dada a complexidade do objeto, para diagnóstico e prognóstico, são também necessárias inspeções especializadas.

ABNT NBR 16747

[...]

3.13

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

inspeção predial

processo de avaliação das condições técnicas, de uso, operação, manutenção e funcionalidade da edificação e de seus sistemas e subsistemas construtivos, de forma sistêmica e predominantemente sensorial (na data da vistoria), considerando os requisitos dos usuários.

3.14

inspeção predial especializada

processo que visa avaliar as condições técnicas, de uso, operação, manutenção e funcionalidade de um sistema ou subsistema específico, normalmente desencadeado pela inspeção predial, de forma a complementar ou aprofundar o diagnóstico.

NOTA Em termos de lógica de um sistema de inspeção, a inspeção predial especializada ocupa a função de exames especializados, para avaliação das condições particulares de um sistema ou subsistema da edificação (instalações, estrutura portante, fachadas, etc). Os procedimentos e recomendações para realização de inspeções prediais especializadas de diferentes sistemas e subsistemas são específicos e não cobertos por esta Norma.

[...]

A inspeção predial descrita nesta Norma ocupa a função de um exame “clínico geral” que avalia as condições globais da edificação e detecta a existência de problemas de conservação ou funcionamento, com base em uma análise fundamentalmente sensorial por um ou mais profissionais habilitados, tal que esta equipe deve ser formada de acordo com as características e complexidades técnicas dos sistemas e procedimentos descritos nesta norma. Pode ser recomendada a contratação de inspeções especializadas, ou de outras ações, quando for necessário complementar ou aprofundar o diagnóstico.

Portanto, para diagnóstico e prognóstico, o requisito de constatação do estado de conservação e funcionamento das unidades não-lineares é a inspeção predial estabelecida na ABNT NBR 16747 , inclusive no que se refere a inspeções especializadas.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

As inspeções especializadas devem ser realizadas por profissionais com qualificação suficiente. O diagnóstico e prognóstico das unidades não-lineares existentes envolve por exemplo, a capacidade de indicar a necessidade de recuperação e reforço de estruturas. A Norma ANBT NBR 16230 traz requisitos para qualificação e certificação de pessoal para inspeção de estruturas de concreto.

ABNT NBR 16230

3.1

inspeção de estruturas de concreto

Conjunto de procedimentos técnicos e especializados que compreendem a coleta de dados necessários e a formulação de diagnóstico e prognóstico da estrutura, visando manter ou restabelecer seus requisitos de segurança estrutural, de funcionalidade e de durabilidade.

[...]

3.21

recuperação

conjunto de procedimentos e intervenções necessários à reconstituição dos requisitos de segurança estrutural e de durabilidade, originalmente previstos para a estrutura.

3.22

reforço

conjunto de procedimentos e intervenções a serem implementadas no sentido de dotar a estrutura de novos requisitos de segurança estrutural e de durabilidade em reação à sua concepção original ou vigente.

Portanto, é exigível que as inspeções de estruturas de concreto sejam realizadas por profissionais qualificados e certificados, conforme preconizado na ABNT NBR 16230 – Inspeção de estruturas de concreto – Qualificação e certificação de pessoal – Requisitos.

Sobre a inspeção para constatação do estado de conservação e funcionamento das unidades lineares, o Caderno de Encargos, quando se refere à realização do inventário, não traz requisito específico de inspeção, normatizado pela Cesan ou outra referência

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

normativa. Ao tratar do conteúdo do Plano Operacional, prescreve rotina operacional de “inspeção não destrutiva com o emprego de equipamento de videocâmera em trechos de rede com histórico de manutenções recorrentes, a fim de identificar eventual dano ou ruptura da tubulação que exija intervenção para solução em definitiva do problema.” Tal inspeção está no bojo do Programa de Manutenção Preventiva, Corretiva e Preditiva.

O Caderno de Encargos silencia sobre a forma de constatação do estado de conservação e funcionamento das unidades lineares existentes.

Caso a opção da estruturação do projeto seja não prever investimento em adequação de unidades lineares, diante do critério de efetividade, a decisão deve estar fundamentada, considerando inclusive a idade de cada SES e o histórico de manutenção. Caso contrário, é exigível a definição de requisito para inspeção das unidades lineares para constatação do estado de conservação e funcionamento, considerando inclusive apresentação de Plano Amostral por Município/ou por SES específico.

A norma ABNT NBR 12587 – Cadastro de sistema de esgotamento sanitário – contém requisitos de levantamento de campo para fins de cadastro de unidades tanto não-lineares quanto lineares e, portanto, na ausência de referencial normativo específico, pode ser utilizado para subsidiar diagnóstico simplificado de unidades lineares.

Como dito, este exame não tem intenção de apresentar requisitos de forma exaustiva. Entende-se desejável a organização detalhada do Caderno de Encargos, por etapas/parcelas consideradas relevantes e seus respectivos requisitos, ainda que seja possível a exigência de adequação “a leis e normas técnicas aplicáveis” como requisito geral.

2.23.3.2.3 Requisitos de eficiência, atualidade e sustentabilidade, inclusive ambiental

Além de conformidade com as normas técnicas e prescrições legais aplicáveis, ao utilizar o modelo de PPP é esperado ganho de eficiência, atualidade e sustentabilidade.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Como visto no achado específico sobre parâmetros e nível de serviço, para a finalidade de exame do presente projeto, a minuta de norma de referência sobre padrões e indicadores de qualidade e eficiência e avaliação da eficiência e eficácia para os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico pode ser considerada estado da arte e, portanto, critério técnico aplicável.

A minuta indica, como fonte de parâmetros e indicadores complementares, o padrão internacional para avaliar os serviços de saneamento denominado AquaRating. O padrão avalia inclusive o Plano de Investimento de um prestador de serviço e pontua positivamente práticas em análise de alternativas de concepção/solução tais como:

- As soluções são estabelecidas em um nível de pré-viabilidade (nível de segurança de custos ± 15%) e levam em conta a análise de oferta-demanda de cada componente, da condição da infraestrutura existente, da norma vigente e outros elementos;
- As soluções possíveis são submetidas a uma análise multicritérios de alternativas que examina explicitamente as opções disponíveis considerando a definição e avaliação das opções de projetos quanto a: configuração, dimensionamento, horizonte de análise, opções tecnológicas, restrições ambientais ou outras, normas de prestação de serviço e ambientais, data ótima de entrada em operação, restrições de tempos de preparação e execução, etc.
- As soluções possíveis são submetidas a uma análise de alternativas que usa algoritmos de minimização de custos de investimento e de custos incrementais de operação e manutenção;
- As soluções possíveis são submetidas a uma análise de alternativas que aplica critérios de segurança, riscos e vulnerabilidade das instalações e serviços;
- As soluções possíveis são submetidas a uma análise de alternativas que leva em conta elementos de avaliação do ciclo de vida (ACV), emissões de CO2, sustentabilidade ambiental e mitigação de outras externalidades;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

- As soluções possíveis são submetidas a uma análise de alternativas que usa ferramentas de análise de comportamento hidráulico ou hidrológico, devidamente calibradas e atualizadas, e sistemas de banco de dados georreferenciados;
- Em saneamento, é feita uma análise das águas residuais em relação ao nível de tratamento para determinar o impacto das descargas sobre o corpo de água receptor;
- Em saneamento, as opções de tratamento são analisadas de acordo com a “norma aplicável” de caráter ambiental;
- Na configuração global do plano, a solução considerada a melhor alternativa é a de menor custo em valor presente que cumpra todas as restrições de demanda, ambientais e outras que sejam exigidas. Inclui especificamente uma apresentação explícita da configuração da alternativa selecionada com sua análise correspondente de mínimo custo global;

A partir do exemplo da lista acima, pela leitura do Caderno de Encargos, entende-se que o edital em exame não traz nenhum requisito de eficiência, atualidade e sustentabilidade, inclusive ambiental, para a análise de viabilidade técnica-econômico que irá definir a solução técnica/concepção básica, inclusive para parcela relativa à adequação/reabilitação.

Portanto, é exigível que os estudos preliminares sejam aprofundados para definir requisitos específicos de atualidade, sustentabilidade e eficiência, inclusive energética, além da lista de normativos apresentada no Caderno de Encargos.

Ressalta-se que o presente achado concorre, em conjunto com outros três achados , para materialização do risco de ausência de manutenção e controle do desempenho dos ativos na execução do contrato.

Diante do exposto, sugere-se notificar a unidade gestora, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado:

I. Determinar que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a revisão do Caderno de Encargos para incluir requisitos para os investimentos conforme a seguir:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

(a) gestão de reformas para adequação/reabilitação do SES aderente à ABNT NBR 16280 e distinguida da gestão da manutenção preventiva, corretiva e preditiva.

(b) gestão de obras, inclusive de reformas via software apropriado, com uso de Building Information Modelling – BIM (ou similar), dados georreferenciados e organização da informação aderente à estrutura para classificação prevista na ABNT NBR ISO 12006-2.

(c) definição da "solução técnica da Concessionária" em conformidade com a ABNT NBR 9648/1986, inclusive com realização de análise de viabilidade técnica-econômica para comparação de concepções alternativas.

(d) diagnóstico e prognóstico do estado de conservação e funcionamento das unidades não-lineares em conformidade a ABNT NBR 16747, inclusive inspeções especializadas.

(e) diagnóstico e prognóstico de estruturas de concreto realizados por pessoal qualificado e certificado em conformidade com a ANBT NBR 16230.

(f) diagnóstico e prognóstico do estado de conservação e funcionamento das unidades lineares: (i) aderente ao levantamento de campo prescrito na ABNT NBR 12587 – Cadastro de sistema de esgotamento sanitário e; (ii) fundamentado em Plano de Amostragem por Município/ou por SES específico;

II. Determinar que comprove nos autos, antes da publicação do edital, que os estudos preliminares de anteprojeto do investimento foram aprofundados para definir requisitos de atualidade, sustentabilidade e eficiência.

II. Recomendar a revisão do Caderno de Encargos para organização detalhada por etapas/parcelas consideradas relevantes e seus respectivos requisitos.

3.23.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Com relação a esse Achado, o d. NDR determina que, antes da publicação do edital, se comprove:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

(i) A revisão do Anexo 2 - Caderno de Encargos para incluir requisitos para os investimentos conforme a seguir:

a. Gestão de reformas para adequação/reabilitação do SES aderente à ABNT NBR 16280 e distinguida da gestão da manutenção preventiva, corretiva e preditiva;

b. gestão de obras, inclusive de reformas de software apropriado, com uso de Building Information Modelling – BIM (ou similar), dados georreferenciados e organização da informação aderente à estrutura para classificação prevista na ABNT NBR ISO 12006-2;

c. definição da “solução técnica da Concessionária” em conformidade com a ABNT NBR 9628/1986, inclusive com a realização de análise de viabilidade técnica-econômica para a comparação de concepções alternativas;

d. diagnóstico e prognóstico do estado de conservação e funcionamento das unidades não-lineares em conformidade a ABNT NBR 16747, inclusive inspeções especializadas;

e. diagnóstico e prognóstico de estruturas de concreto realizados por pessoal qualificado e certificado em conformidade com a ABNT16230;

f. diagnóstico e prognóstico do estado de conservação e funcionamento das unidades lineares: (1) aderente ao levantamento de campo prescrito na ABNT NBR 12587 – Cadastro de Sistema de esgotamento sanitário e; (2) fundamento em Plano de Amostragem por Município/ ou por SES específico;

(ii) Que os estudos preliminares de anteprojeto do investimento foram aprofundados para definir requisitos de atualidade, sustentabilidade e eficiência.

(iii) A revisão do Caderno de Encargos para organização detalhada por etapas/parcelas consideradas relevantes e seus respectivos requisitos.

Quanto a esse ponto, a CESAN opta, na oportunidade, por acatar o posicionamento do NDR.

Nessa linha, promoveu-se os ajustes aplicáveis para incluir as determinações no Item 4, 5.2.4, 6.5 e 8 do Anexo 2 - Caderno de Encargos

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

3.23.4 Análise Técnica

O Relatório de Acompanhamento 11/2024 sugeriu determinar a revisão do Caderno de Encargos para inclusão de requisitos de projeto.

A Cesan informou sua opção por acatar o posicionamento do NDR. Informou a realização de ajustes no Item 4, 5.2.4, 6.5 e 8 do Anexo 2 - Caderno de Encargos. Cumpre verificar a suficiência dos ajustes.

A seguir traz-se a análise a cada ponto:

I(a) – requisito de gestão de reformas para adequação/reabilitação do SES aderente à ABNT NBR 16280 e distinguida da gestão da manutenção preventiva, corretiva e preditiva

Foi observada uma única referência à Norma ABNT NBR 16280.

4. NORMAS, MANUAIS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A CONCESSIONÁRIA deverá seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), manuais e legislação aplicável, no que se refere a projetos, obras de engenharia, gestão e operação dos serviços aplicáveis a cada caso, em suas últimas versões, tais como:

[...]

NBR 16.280/15 - estabelece as etapas de obras de reformas e lista os requisitos para antes, durante e depois de uma reforma em um prédio ou em uma unidade.

[...]

O requisito descrito no Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 não foi identificado no Caderno de Encargos. Portanto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado. Cumpre registrar que o título da norma ABNT NBR 16.280 e a data que aparecem na nova minuta do edital não estão corretos.

I(b) – requisito de gestão de obras, inclusive de reformas via software apropriado, com uso de Building Information Modelling – BIM (ou similar), dados georreferenciados e organização da informação aderente à estrutura para classificação prevista na ABNT NBR ISO 12006-2

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Foram observados os seguintes ajustes:

4. NORMAS, MANUAIS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A CONCESSIONÁRIA deverá seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), manuais e legislação aplicável, no que se refere a projetos, obras de engenharia, gestão e operação dos serviços aplicáveis a cada caso, em suas últimas versões, tais como:

[...]

NBR 12.006-2 – Construção de edificação – Organização de informação da construção Parte 2: Estrutura para classificação.

[...]

5.2.4 OBRAS E MELHORIAS

As intervenções podem prever a implantação do sistema em etapas, de forma a garantir o cumprimento das metas ao longo do PRAZO DA CONCESSÃO. É vedada a interligação de imóveis à rede coletora sem que essa esteja conectada a uma unidade de tratamento em operação.

Caberá à CONCESSIONÁRIA avaliar as condições e a pertinência em manter ou não em operação as unidades existentes, assim como possíveis melhorias e/ou ampliações necessárias.

A implantação de unidades adicionais às previstas nos estudos conceituais não implicará em reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

A CONCESSIONÁRIA poderá iniciar as intervenções após a aprovação do PLANO DE OBRAS e após a obtenção de todas as autorizações e licenciamentos necessários.

A CONCESSIONÁRIA deve adotar a modelos em Revit, ou outro programa que possibilite a execução de modelos BIM – Modelagem da Informação da Construção ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substitui-la em todos os projetos de adequação, ampliação e reformas. A concessionária deve disponibilizar modelo e detalhe dos equipamentos e estrutura implantada das estações elevatórias e estações de tratamento.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O PLANO DE OBRAS da CONCESSIONÁRIA, deve obrigatoriamente contemplar as adequações apresentadas na tabela 5.2.4 – Adequações nos SES existentes, inclusive o cumprimento aos prazos estabelecidos, inclusive evidenciando para a CESAN a sua execução com relatórios e conforme exigências do item 6.5 deste anexo.

[...]

6.5 CADASTRO OPERACIONAL

A CONCESSIONÁRIA deverá descrever os procedimentos para cadastro das unidades que deverão ser adotados pela CONCESSIONÁRIA, com minimamente os seguintes aspectos:

• Cadastro georreferenciado de todas as unidades operacionais dos sistemas;

• Databook de todas as unidades dos sistemas de esgotamento sanitário;

• Modelos em Revit, ou outro programa que possibilite a execução de modelos BIM – Modelagem da Informação da Construção ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substitui-la, para as estações elevatórias de esgoto (EEE) e estações de tratamento de esgoto (ETE), com a criação de gêmeo digital de toda infraestrutura;

• Organização da informação aderente à estrutura para classificação prevista na ABNT NBR ISO 12006-2.

• Especificação técnica dos equipamentos e instalações que compõem os sistemas;

• Interligação do cadastro de usuários com a base geográfica dos sistemas CESAN.

A CONCESSIONÁRIA deverá detalhar a especificação técnica de todos os equipamentos eletromecânicos e hidráulicos que compõem os sistemas de esgotamento sanitário por ela operados, destacando os seguintes aspectos:

• Detalhamento, em memorial, do processo construtivo do equipamento resgatando as especificações e manuais do fabricante, destacando a relação de peças, material de fabricação, sequência de montagem e as recomendações de operação e manutenção;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

• Detalhamento, em memorial, das condições de instalação do equipamento abordando as inconformidades, se houver, com as recomendações do fabricante, bem como das recomendações da operação.

A representação do cadastro técnico a ser elaborado pela CONCESSIONÁRIA e aprovada pela CESAN deverá considerar a padronização gráfica em formato digital, conforme diretrizes da CESAN, retratando todas as informações cadastrais, técnicas, memorial descritivo das unidades cadastradas e manual técnico do equipamento, de modo a subsidiar o planejamento de ações operacionais e de manutenção junto aos sistemas durante a operacionalização destes.

A CONCESSIONÁRIA deverá encaminhar no máximo a cada 06 (seis) meses, ou sempre que a solicitado pela CESAN cadastro atualizado do SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO da ÁREA DA CONCESSÃO.

[g.n]

Observa-se que os requisitos de gestão de obras delineados neste ponto do achado – utilização de software de gestão de obras, também nas obras de reformas, com Building Information Modelling – BIM (ou similar) e dados georreferenciados – não foram claramente incluídos como requisitos de gestão de obras do item 5.2.4 Portanto, conclui-se pela manutenção deste ponto do achado.

I(c) – requisito de definição da “solução técnica da Concessionária” em conformidade com a ABNT NBR 9648/1986, inclusive com realização de análise de viabilidade técnica-econômica para comparação de concepções alternativas

Não foi observado ajuste referente a este ponto do achado, portanto conclui-se pela sua manutenção.

I(d) – requisito de diagnóstico e prognóstico do estado de conservação e funcionamento das unidades não-lineares em conformidade a ABNT NBR 16747, inclusive inspeções especializadas

Foram observados os seguintes ajustes:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

8. INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS

A CONCESSIONÁRIA, deverá realizar o inventário dos BENS REVERSÍVEIS da ÁREA DA CONCESSÃO, de modo a identificar todos os componentes e estruturas existentes, identificando, cadastrando, avaliando no âmbito físico, operacional e ambiental, apresentando através de metodologia a ser aprovada pela CESAN, o método de avaliação das condições físicas e operacionais dos ativos.

A metodologia deve considerar a realização do inventário de forma conjunta entre as PARTES, no qual irão definir o grupo de trabalho em conjunto para realização das atividades, inclusive atendimento aos procedimentos descritos na norma ABNT NBR 16747.

A CONCESSIONÁRIA deve realizar o inventário, diagnóstico e prognóstico do estado de conservação e funcionamento das unidades não-lineares, em conformidade com a norma ABNT NBR 16.747, e o funcionamento das unidades lineares devem ser realizadas em conformidade com a norma ABNT NBR 12.587.

A CONCESSIONÁRIA deve realizar inventário, diagnóstico e prognóstico de estruturas de concreto com pessoal qualificado e certificado, em conformidade com a norma ABNT NBR 16.230.

O método de identificação, avaliação e cadastramento dos BENS REVERSÍVEIS deve utilizar, Modelos em Revit, ou outro programa que possibilite a execução de modelos BIM – Modelagem da Informação da Construção ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substitui-la ou em outra forma previamente acordada entre as partes.

A CONCESSIONÁRIA deverá entregar o inventário dos BENS REVERSÍVEIS existentes a época da assinatura do CONTRATO em até 120 (cento e vinte) dias para a CESAN, a qual terá até 60 (sessenta) dias para sua análise.

No caso de eventual revisão a pedido da CESAN, a CONCESSIONÁRIA terá até 30 (trinta) dias para apresentação da nova versão, no qual a CESAN terá até 30 (trinta) dias para aprovar.

A relação dos BENS REVERSÍVEIS, deve ser atualizado a cada 12 (doze) meses, a partir da entrega do Inventário dos BENS

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

REVERSÍVEIS, incorporando os novos ativos implantados, inclusive substituições e movimentações de ativos quando ocorrer, sendo o relatório enviado para a CESAN

Embora tenha havido a inserção do requisito proposto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado para fins de monitoramento, em face da sua relevância.

I(e) – requisito de diagnóstico e prognóstico de estruturas de concreto realizados por pessoal qualificado e certificado em conformidade com a ANBT NBR 16230

Foram identificados os seguintes ajustes:

8. INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS

A CONCESSIONÁRIA, deverá realizar o inventário dos BENS REVERSÍVEIS da ÁREA DA CONCESSÃO, de modo a identificar todos os componentes e estruturas existentes, identificando, cadastrando, avaliando no âmbito físico, operacional e ambiental, apresentando através de metodologia a ser aprovada pela CESAN, o método de avaliação das condições físicas e operacionais dos ativos.

A metodologia deve considerar a realização do inventário de forma conjunta entre as PARTES, no qual irão definir o grupo de trabalho em conjunto para realização das atividades, inclusive atendimento aos procedimentos descritos na norma ABNT NBR 16747.

A CONCESSIONÁRIA deve realizar o inventário, diagnóstico e prognóstico do estado de conservação e funcionamento das unidades não-lineares, em conformidade com a norma ABNT NBR 16.747, e o funcionamento das unidades lineares devem ser realizadas em conformidade com a norma ABNT NBR 12.587.

A CONCESSIONÁRIA deve realizar inventário, diagnóstico e prognóstico de estruturas de concreto com pessoal qualificado e certificado, em conformidade com a norma ABNT NBR 16.230.

O método de identificação, avaliação e cadastramento dos BENS REVERSÍVEIS deve utilizar, Modelos em Revit, ou outro programa que possibilite a execução de modelos BIM – Modelagem da Informação da Construção ou tecnologias e processos integrados

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

similares ou mais avançados que venham a substitui-la ou em outra forma previamente acordada entre as partes.

A CONCESSIONÁRIA deverá entregar o inventário dos BENS REVERSÍVEIS existentes a época da assinatura do CONTRATO em até 120 (cento e vinte) dias para a CESAN, a qual terá até 60 (sessenta) dias para sua análise.

No caso de eventual revisão a pedido da CESAN, a CONCESSIONÁRIA terá até 30 (trinta) dias para apresentação da nova versão, no qual a CESAN terá até 30 (trinta) dias para aprovar.

A relação dos BENS REVERSÍVEIS, deve ser atualizado a cada 12 (doze) meses, a partir da entrega do Inventário dos BENS REVERSÍVEIS, incorporando os novos ativos implantados, inclusive substituições e movimentações de ativos quando ocorrer, sendo o relatório enviado para a CESAN.

Embora tenha havido a inserção do requisito proposto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado para fins de monitoramento, em face da sua relevância.

I(f) – requisito de diagnóstico e prognóstico do estado de conservação e funcionamento das unidades lineares: (i) aderente ao levantamento de campo prescrito na ABNT NBR 12587 – Cadastro de sistema de esgotamento sanitário e; (ii) fundamentado em Plano de Amostragem por Município/ou por SES específico

8. INVENTÁRIO DE BENS REVERSÍVEIS

A CONCESSIONÁRIA, deverá realizar o inventário dos BENS REVERSÍVEIS da ÁREA DA CONCESSÃO, de modo a identificar todos os componentes e estruturas existentes, identificando, cadastrando, avaliando no âmbito físico, operacional e ambiental, apresentando através de metodologia a ser aprovada pela CESAN, o método de avaliação das condições físicas e operacionais dos ativos.

A metodologia deve considerar a realização do inventário de forma conjunta entre as PARTES, no qual irão definir o grupo de trabalho em conjunto para realização das atividades, inclusive atendimento aos procedimentos descritos na norma ABNT NBR 16747.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

A CONCESSIONÁRIA deve realizar o inventário, diagnóstico e prognóstico do estado de conservação e funcionamento das unidades não-lineares, em conformidade com a norma ABNT NBR 16.747, e o funcionamento das unidades lineares devem ser realizadas em conformidade com a norma ABNT NBR 12.587.

A CONCESSIONÁRIA deve realizar inventário, diagnóstico e prognóstico de estruturas de concreto com pessoal qualificado e certificado, em conformidade com a norma ABNT NBR 16.230.

O método de identificação, avaliação e cadastramento dos BENS REVERSÍVEIS deve utilizar, Modelos em Revit, ou outro programa que possibilite a execução de modelos BIM – Modelagem da Informação da Construção ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substitui-la ou em outra forma previamente acordada entre as partes.

A CONCESSIONÁRIA deverá entregar o inventário dos BENS REVERSÍVEIS existentes a época da assinatura do CONTRATO em até 120 (cento e vinte) dias para a CESAN, a qual terá até 60 (sessenta) dias para sua análise.

No caso de eventual revisão a pedido da CESAN, a CONCESSIONÁRIA terá até 30 (trinta) dias para apresentação da nova versão, no qual a CESAN terá até 30 (trinta) dias para aprovar.

A relação dos BENS REVERSÍVEIS, deve ser atualizado a cada 12 (doze) meses, a partir da entrega do Inventário dos BENS REVERSÍVEIS, incorporando os novos ativos implantados, inclusive substituições e movimentações de ativos quando ocorrer, sendo o relatório enviado para a CESAN.

Observa-se que houve inserção de parte do requisito proposto, apenas o item “i”. Portanto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

II – Aprofundar os estudos preliminares de anteprojeto do investimento para definir requisitos de atualidade, sustentabilidade e eficiência.

A Cesan não abordou esse ponto específico do achado em sua resposta.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Em termos de complementação, esta equipe de auditoria indicou para algumas parcelas do objeto, requisitos específicos (nos achados subsequentes) e índices de desempenho mais adequados ao estado da arte, com objetivo de contribuir para suficiência do projeto de tamanho vulto e importância.

Entende-se que o esforço de revisão dos estudos preliminares de anteprojeto do investimento para definir requisitos de atualidade, sustentabilidade e eficiência pela Cesan é requerido para conferir adequada fiscalização contratual, sob risco de ocorrer prejuízo ao erário por deficiência de requisitos /parâmetros/indicadores/níveis de serviço.

Pelo exposto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

III - Recomendar a revisão do Caderno de Encargos para organização detalhada por etapas/parcelas consideradas relevantes e seus respectivos requisitos.

A Cesan não abordou esse ponto específico do achado em sua resposta.

Em termos de complementação, esta equipe de auditoria indicou para algumas parcelas do objeto, requisitos específicos (nos achados subsequentes) e índices de desempenho mais adequados ao estado da arte, com objetivo de contribuir para suficiência do projeto de tamanho vulto e importância.

Entende-se que o esforço de revisão dos estudos preliminares de anteprojeto do investimento para definir requisitos de atualidade, sustentabilidade e eficiência pela Cesan é requerido para conferir adequada fiscalização contratual, sob risco de ocorrer prejuízo ao erário por deficiência de requisitos /parâmetros/indicadores/níveis de serviço.

Pelo exposto, conclui-se pela manutenção do ponto do achado.

Por todo o exposto, conclui-se pela manutenção do achado A23(Q10, Q6, Q9) com seguinte proposta de deliberação:

I - Determinar a revisão do Caderno de Encargos para incluir requisitos para os investimentos conforme a seguir:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

(a) gestão de reformas para adequação/reabilitação do SES aderente à ABNT NBR 16280 e distinguida da gestão da manutenção preventiva, corretiva e preditiva.

(b) gestão de obras via software apropriado, inclusive de reformas, com uso de Building Information Modelling – BIM (ou similar), dados georreferenciados e organização da informação aderente à estrutura para classificação prevista na ABNT NBR ISO 12006-2.

(c) definição da "solução técnica da Concessionária" em conformidade com a ABNT NBR 9648/1986, inclusive com realização de análise de viabilidade técnica-econômica para comparação de concepções alternativas.

(d) diagnóstico e prognóstico do estado de conservação e funcionamento das unidades não-lineares em conformidade a ABNT NBR 16747, inclusive inspeções especializadas.

(e) diagnóstico e prognóstico de estruturas de concreto realizados por pessoal qualificado e certificado em conformidade com a ANBT NBR 16230.

(f) diagnóstico e prognóstico do estado de conservação e funcionamento das unidades lineares: (i) aderente ao levantamento de campo prescrito na ABNT NBR 12587 – Cadastro de sistema de esgotamento sanitário e; (ii) fundamentado em Plano de Amostragem por Município/ou por SES específico;

II. Determinar que os estudos preliminares de anteprojeto do investimento sejam aprofundados para definir requisitos de atualidade, sustentabilidade e eficiência.

III. Recomendar a revisão do Caderno de Encargos para organização detalhada por etapas/parcelas consideradas relevantes e seus respectivos requisitos.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.24 INSUFICIÊNCIA DE REQUISITOS DO SISTEMA DE GESTÃO DA MANUTENÇÃO

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.24 A24(Q10, Q6, Q9) - Insuficiência de requisitos do sistema de gestão da manutenção
> 3.24.1 Critérios:
> Constituição federal - art. 37, Princípio Constitucional da Eficiência
> Lei - 11.079/2004, art. 5, VII
> Lei - 8.987/1995, art. 23, II
> Lei - 8.987/1995, art. 23, III
> Lei - 8.987/1995, art. 23, VII
> Lei - 11.079/2003, art. 5º, V
> Lei - 14.133/2021, art. 19, §3º
> Norma técnica - ABNT NBR 16747/2000
> Norma técnica - ABNT NBR 5674/2024
> Norma técnica - ABNT NBR ISO 12006-2/2018
> 3.24.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> O Contrato de PPP deve trazer cláusulas sobre a forma de prestação e de fiscalização dos serviços, seus parâmetros de qualidade, critérios de avaliação do desempenho e os fatos que caracterizam inadimplência pecuniária do parceiro público.
> Lei 8.987/1995
> Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
> [...]
> II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
> III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
> [...]
> VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

[...]

Lei 11.079/2003

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

V – os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

Portanto, o contrato deve conter o modo, a forma e as condições de prestação do serviço, inclusive da parcela manutenção preventiva, corretiva e preditiva.

A realização adequada da manutenção é requerida não só para evitar a deterioração dos ativos, mas também para garantir a segurança das pessoas.

O Caderno de Encargos exige apresentação anual de Plano de Manutenção de ETEs e Elevatórias para organização das atividades conforme categoria do ativo (estrutura civil, eletromecânica e serviço de zeladoria), com vistas a estabelecer sistemática conforme preceitos da NBR 5674.

A norma da ABNT NBR 5674/2012 – Manutenção de edificações: Requisitos para o sistema de gestão de manutenção – estabelece requisitos e modelos simplificados para programas de manutenção com vistas a preservar as características originais e prevenir a perda de desempenho decorrente da degradação de sistemas, elementos ou componentes.

Anualmente a CONCESSIONÁRIA deverá apresentar um PLANO DE MANUTENÇÃO PREVENTIVA das ETES e Elevatórias. Nesse plano deverá constar a rotina e o escopo básico, inclusive check list,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

utilizado pela Concessionária, para organização das atividades de manutenção conforme categoria do ativo: estrutura civil, eletromecânica e serviço de zeladoria.

O objetivo principal desse plano é estabelecer uma sistemática de gestão de ativos com foco em manutenção preditiva e preventiva das estruturas e dos bens que compõem o sistema de coleta e tratamento de esgoto do município, conforme preceitos da Norma técnica ABNT 5674/2012.

Esse plano deverá estar acompanhado de um cronograma anual, detalhado por município e o controle de execução estar acompanhado de um cronograma anual, detalhado por município e o controle de execução será por meio do envio de evidências à CESAN, em relatórios trimestrais, conforme modelo acordado entre as partes.

Diante dos critérios de atualidade e eficiência, considera-se o requisito descrito no Caderno de Encargos insuficiente para o serviço de manutenção e entende-se exigível que seja requisito a adoção de tecnologia da informação para gestão da manutenção do conjunto de ativos, inclusive para as unidades não-lineares tais como estações elevatórias e de tratamento de esgoto.

A Lei 14.133/2021 estabelece que nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção.

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

[...]

§ 3º Nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling - BIM ) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la.

A norma ABNT NBR ISO 12006-2 - Construção de edificação – Organização de informação da construção – Parte 2: Estrutura para

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

classificação – indica que a Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling – BIM) se refere ao intercâmbio e troca de informações de todos os tipos, ao longo da linha do tempo, como dados geométricos, funcionais, técnicos, de custos e de manutenção.
A modelagem da informação da construção (Building information modeling – BIM) e os processos modernos de compras e contratações (procurement) requerem a utilização de classificação de objetos da construção. Particularmente, o BIM se refere ao intercâmbio e troca de informações, de todos os tipos, ao longo da linha do tempo de um projeto e entre os diversos participantes e aplicativos. Este é também o caso dos processos cooperativos de compras e contratações. [...]
Os diferentes tipos de informações incluem dados geométricos, funcionais, técnicos, custos e de manutenção. A linha do tempo de um projeto vai desde a concepção até a eventual demolição de uma edificação ou instalação. Participantes incluem clientes, projetistas, autoridades, construtores, usuários finais e operadores. Aplicações incluem modelagem, especificações, informações dos componentes, sistema de informações sobre custos. [...]
De acordo com a publicação da Câmara Brasileira da Indústria da Construção - CBIC denominada “Coletânea Implementação do BIM Para Construtoras e Incorporadoras , a Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling - BIM) pode ser usada como base de dados, inclusive georreferenciados, para a realização de processos de manutenção e gestão de ativos.
Considerando a quantidade de ativos e a dispersão no território estadual, o serviço de manutenção preventiva, corretiva e preditiva constitui objeto compatível com tecnologias como a Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling - BIM).
O Caderno de Encargos estabelece que a futura Concessionária realizará o inventário dos bens reversíveis da área da concessão para avaliar as condições físicas, ambientais e operacionais e o método deve “considerar” modelos que permitam a execução de modelos BIM.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O método de identificação, avaliação e cadastramento dos BENS REVERSÍVEIS deve considerar, Modelos em Revit, ou outro programa que possibilite a execução de modelos BIM – Modelagem da Informação da Construção ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substitui-la ou em outra forma previamente acordada entre as partes.

[g.n]

Considera-se tal requisito do caderno de encargos insuficiente pois não é taxativo quanto ao uso da metodologia BIM (ou similar) tampouco engloba toda a linha do tempo do projeto, mas somente "identificação, avaliação e cadastramento" de bens reversíveis.

Diante da Lei 14.133/2021, é exigível que o contrato em exame traga como requisito a adoção da Modelagem da Informação da Construção (BIM ou similar), não só em cadastro, mas em todos os projetos de adequação, ampliação e associado à ferramenta de tecnologia da informação a ser usada também na gestão da manutenção.

O Caderno de Encargos trata do Cadastro Operacional ao indicar o conteúdo do "Plano Operacional" mas não traz requisito de software para gestão de informações cadastrais, inclusive gestão de documentos técnicos, afetas à manutenção preventiva, corretiva e preditiva.

O PLANO OPERACIONAL deverá descrever os procedimentos para cadastro das unidades que deverão ser adotados pela CONCESSIONÁRIA, com minimamente os seguintes aspectos:

• Cadastro georreferenciado de todas as unidades operacionais dos sistemas;

• Especificação técnica dos equipamentos e instalações que compõem os sistemas;

• Interligação do cadastro de usuários com a base geográfica dos sistemas CESAN.

A CONCESSIONÁRIA deverá detalhar a especificação técnica de todos os equipamentos eletromecânicos e hidráulicos que compõem os sistemas de esgotamento sanitário por ela operados, destacando os seguintes aspectos:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

• Detalhamento, em memorial, do processo construtivo do equipamento resgatando as especificações e manuais do fabricante, destacando a relação de peças, material de fabricação, sequência de montagem e as recomendações de operação e manutenção;
• Detalhamento, em memorial, das condições de instalação do equipamento abordando as inconformidades, se houver, com as recomendações do fabricante, bem como das recomendações da operação.

A representação do cadastro técnico a ser elaborado pela CONCESSIONÁRIA e aprovada pela CESAN deverá considerar a padronização gráfica em formato digital, conforme diretrizes da CESAN, retratando todas as informações cadastrais, técnicas, memorial descritivo das unidades cadastradas e manual técnico do equipamento, de modo a subsidiar o planejamento de ações operacionais e de manutenção junto aos sistemas durante a operacionalização destes.

A CONCESSIONÁRIA deverá encaminhar no máximo a cada 06 (seis) meses, ou sempre que a solicitado pela CESAN cadastro atualizado do SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO da ÁREA DA CONCESSÃO.

Infere-se que trata da forma de repasse de informações cadastrais para a Cesan alimentar seu próprio software de cadastro técnico.

Independentemente desse requisito da forma de repasse de informações cadastrais, pelo critério da atualidade e da eficiência, a gestão da manutenção de ativos, inclusive com todas as informações cadastrais georreferenciadas, deve ser realizada pela futura Concessionária via ferramenta de tecnologia da informação com uso da Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling – BIM) ou similar, sobretudo, para as unidades não-lineares tais como estações elevatórias e de tratamento de esgoto.

Ainda, a ferramenta deve possibilitar a fiscalização pelo Poder Concedente, não só via emissão de relatórios, mas também por acesso de agentes indicados.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O principal efeito da realização de manutenção sem meios de gestão adequados é o prejuízo gerado pela deterioração de bens imóveis por intempestividade da realização de ações e a falta de segurança/solidez para as pessoas.

Ressalta-se que a presente irregularidade concorre, em conjunto com as irregularidades apontadas nos três achados anteriores , para materialização do risco de ausência de manutenção e controle do desempenho dos ativos na execução do contrato.

Diante do exposto, sugere-se notificar a unidade gestora, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, determinar que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a inclusão de requisito de ferramenta de tecnologia da informação para gestão da manutenção, ou seja, gestão via software apropriado, com uso de Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling – BIM) ou similar, que permita a troca e o intercâmbio de informações, inclusive de dados georreferenciados, e com organização da informação com base na estrutura para classificação prevista na ABNT NBR ISO 12006-2.

3.24.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Com relação a esse Achado, o d. NDR determina que, antes da publicação do edital, se comprove a inclusão de requisito de ferramenta de tecnologia da informação para gestão da manutenção, ou seja, gestão via software apropriado, com uso de Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling – BIM) ou similar, que permita a troca e intercâmbio de informações, inclusive de dados georreferenciados, e com organização da informação com base na estrutura para classificação prevista na ABNT NBR ISO 12006-2. Quanto a esse ponto, a CESAN opta, na oportunidade, por acatar o posicionamento do NDR.

Nessa linha, promoveu-se os ajustes aplicáveis para incluir as determinações no Item 6 do Anexo 2 – Caderno de Encargos.

3.24.4 Análise Técnica

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O Caderno de Encargos (Peça Complementar 22577/2024-5) traz o seguinte:

6. OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO

A CONCESSIONÁRIA deverá assumir e se responsabilizará integralmente pela operação e manutenção dos sistemas existentes ou decorrentes das ampliações e/ou implantações em todos os municípios e localidades integrantes da ÁREA DA CONCESSÃO, durante todo o PRAZO DA CONCESSÃO.

A CONCESSIONÁRIA se responsabilizará pela operação e manutenção de todos os Sistemas de Tratamento já implantados, em construção e a implantar sob sua responsabilidade, nas condições de eficiência e desempenho constantes dos projetos aprovados, especificações e normas da CESAN e legislação aplicável, cumprindo com todas as condicionantes nos prazos e critérios estabelecidos nas licenças ambientais e outorgas de lançamento do efluente.

A manutenção inclui substituição de trechos de rede, qualquer tipo de reparo necessário, incluindo a recuperação de pavimentação em estruturas existentes, ainda que não tenham sido executadas pela CONCESSIONÁRIA.

A CONCESSIONÁRIA deverá observar e adotar em suas atividades os critérios descritos nas normas ABNT NBR ISO 24.510/12 e ABNT NBR ISO 24.511/12, buscando garantir atendimento aos serviços prestados, com qualidade e eficiência, inclusive o atendimento aos INDICADORES DE DESEMPENHO.

A CONCESSIONÁRIA deverá utilizar, preferencialmente, os sistemas já utilizados em larga escala nas rotinas operacionais da CESAN: sistemas de apoio à execução dos serviços. Caso a CONCESSIONÁRIA opte pela utilização de “softwares” diversos, o sistema sugerido deverá possibilitar a exportação customizada dos dados e integração com os sistemas da CESAN, em conformidade com a política de segurança e tecnologia da informação da CESAN e com a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), ficando às custas da CONCESSIONÁRIA a compatibilização e/ou integração com os sistemas da CESAN.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

A CONCESSIONÁRIA deve adotar a modelos em Revit, ou outro programa que possibilite a execução de modelos BIM – Modelagem da Informação da Construção ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substitui-la na manutenção das estações elevatórias de esgoto e nas estações de tratamento de esgoto, com a criação de gêmeo digital de toda infraestrutura, inclusive de dados georreferenciados, e com organização da informação com base na estrutura de classificação prevista na ABNT NBR ISO 12.006-2.

A viabilização, aquisição e manutenção das linhas físicas para transmissão e demais equipamentos, serão de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA.

Todos os custos (diretos e indiretos), sejam com equipes próprias ou terceirizadas, relacionados à operação e à manutenção dos SISTEMAS DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO na ÁREA DA CONCESSÃO são de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA.

[...]

Observa-se que os requisitos de gestão de obras delineados neste ponto do achado – utilização de software de gestão da manutenção, com Building Information Modelling – BIM (ou similar) e dados georreferenciados – não foram claramente incluídos como requisitos de gestão de operação e manutenção contidos no item 6. Portanto, conclui-se pela manutenção deste ponto do achado.

Por todo o exposto, conclui-se pela manutenção do achado A24(Q10, Q6, Q9) com seguinte proposta de deliberação: determinar a inclusão de requisito de ferramenta de tecnologia da informação para gestão da manutenção, ou seja, gestão da manutenção via software apropriado, inclusive com uso de Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling – BIM) ou similar, que permita a troca e o intercâmbio de informações, inclusive de dados georreferenciados, e com organização da informação com base na estrutura para classificação prevista na ABNT NBR ISO 12006-2.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.25 DEFICIÊNCIA DA FORMA DE REGULAÇÃO DO INVESTIMENTO

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.25 A25(Q6) - Deficiência da forma de regulação do investimento
> 3.25.1 Critérios:
> Constituição federal - art. 37, Princípio Constitucional da Eficiência
> Lei - 11.079/2004, art. 4º, I
> Lei - 11.079/2004, art. 4º, VI
> Lei - 11.079/2004, art. 4º, VII
> Lei - 11.079/2004, art. 6º, §1º
> Lei - 11.079/2004, art. 7º, §1º
> Norma técnica - ABNT 9648/1986
> 3.25.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> A Lei 11.079/2004 traz como diretrizes da parceria público-privada, entre outras, a eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade e a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.
> Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:
> I – eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;
> II – respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;
> III – indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;
> IV – responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

V – transparência dos procedimentos e das decisões;
VI – repartição objetiva de riscos entre as partes;
VII – sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.
[g.n.]
No edital sob exame, a missão de Estado é universalizar os serviços de esgotamento sanitário em 43 Municípios do Estado do Espírito Santo – garantir que 90% da população dos Municípios tenha acesso à coleta e ao tratamento de esgoto.
De acordo com o Painel de Saneamento deste TCEES , os índices de atendimento de água e de esgoto, em relação à população total no Estado do Espírito Santo, é de 83,4% e 59,5% respectivamente.

Figura 1 – Índices de atendimento de água e de esgoto, em relação à população total no Estado do Espírito Santo.
O edital apresenta investimentos estimados em R$ 1.490.189.466,00 (um bilhão quatrocentos e noventa milhões cento e oitenta e nove mil quatrocentos e sessenta e seis reais), considerando os dois lotes. As rubricas de investimento que compõem as faixas A e B da curva ABC do projeto como um todo são: redes coletoras/interceptores, ligações intradomiciliares, ligações prediais e estações de tratamento de esgoto destinados à ampliação do Sistema de Esgotamento Sanitário – SES para universalização.
A parcela fixa da contraprestação foi quantificada considerando os investimentos previstos para a futura Concessionária realizar ao longo da execução contratual, sobretudo destinados à ampliação do SES para universalização. A futura Concessionária receberá a parcela fixa de forma integral desde que atinja metas dos indicadores relacionados à disponibilidade.
A Lei 11.079/2004 estabelece que o contrato poderá prever o pagamento de remuneração variável vinculada ao desempenho de qualidade e de disponibilidade e é taxativa no sentido de que a contraprestação deve ser precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato, facultando o pagamento relativo à parcela fruível.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Art. 6º A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

[...]

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

§ 1º É facultado à administração pública, nos termos do contrato, efetuar o pagamento da contraprestação relativa à parcela fruível do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

Neste achado são apresentadas constatações sobre o grau de incerteza da estimativa de valor de investimento e sobre o modelo de regulação do investimento para, após, apresentar a irregularidade de deficiência do mecanismo de remuneração em sua parcela que mede a disponibilidade do serviço.

2.25.3.1 Da estimativa de investimento para licitação

Em exame das planilhas eletrônicas apresentadas é possível inferir que a quantificação dos investimentos em redes coletoras/interceptores, ligações intradomiciliares, ligações prediais e capacidade de estações de tratamento de esgoto se deu considerando dois fatores: (i) necessidade de incremento nos sistemas de esgotamento sanitário para atender às residências que hoje não possuem coleta e tratamento de esgoto; (ii) necessidade de investimento para atender a uma projeção de crescimento populacional e de números de domicílio.

A descrição da metodologia para obtenção das quantidades consta dos documentos “Estudo Técnico Operacional” de cada Município.

Para o exame, convém trazer alguns requisitos e aspectos apontados por Pedro Alem Sobrinho e Milton Tomoyouki Tsutiya sobre estudo de projeção populacional para projetos de sistemas de esgotamento sanitário.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Para o estudo da projeção populacional dos municípios e distritos, a ser utilizado no projeto de sistemas de abastecimento de água e de esgotos sanitários, devem ser levados em consideração os seguintes aspectos:

- qualidade das informações que servirão de base para a projeção populacional;
- efeito do tamanho da área, pois em geral, para áreas pequenas os erros esperados numa projeção populacional são maiores;
- período de tempo alcançado pela projeção, quanto mais longo, maiores serão os erros esperados;
- compatibilização das diversas projeções realizadas, para diferentes níveis geográficos.

A evolução do crescimento populacional das áreas urbanas, deve ser estudada de forma complementar e harmônica ao estudo de uso e ocupação do solo, considerando o município como um todo. Se o município for composto por mais de um distrito, deve-se estudar e projetar a participação de cada distrito na população total do município.

Para Martins (1933) esse estudo deve ser feito com a seguinte metodologia:

- levantamento, nos últimos quatro censos, dos dados da sede do município e distritos, quanto à população residente urbana e rural e número de habitantes por domicílio considerando população residente e domicílios ocupados;
- levantamento e mapeamento dos setores censitários da área do projeto, sua população residente e número de domicílios ocupados nos últimos dois censos;
- levantamento dos dados mais atuais do número de ligações de luz e ligações de água (residenciais, comerciais, industriais e públicas), bem como, os respectivos índices de atendimento;
- levantamento na prefeitura do número de contribuintes do imposto predial;
- pesquisa de campo com amostra representativa da área do projeto, para definir parâmetros urbanísticos e demográficos da

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

ocupação atual, assim como: diferentes usos, padrão econômico, tamanho médio do lote, domicílio por lote, habitantes por domicílio, índice de verticalização, percentual de área institucional, etc;

- levantamento de planos e projetos (industriais, habitacionais, transportes, agropecuários etc.) que existam para região, municípios e/ou distritos, que possam afetar a dinâmica populacional e o uso e ocupação do solo;
- análise do Plano Diretor do Município quanto a sua real utilização e atualidade, bem como diretrizes futuras;
- análise sócio-econômica do município e seu papel na região e/ou sub-região em que se insere.

Com os dados censitários e a população atual, inferida através das chamadas variáveis sintomáticas (ligações de água, luz, imposto predial), a projeção da população deve ser feita utilizando a expressão matemática que melhor se ajustar aos dados históricos levantados.

A participação de cada distrito, deve-se estudar e projetar a participação da população da área de projeto, na população total do distrito que a contém.

Métodos para o estudo demográfico

Diversos são os métodos aplicáveis para o estudo demográfico, destacando-se os seguintes:

- método dos componentes demográficos;
- métodos matemáticos;
- método de extrapolação gráfica.

[...]

[grifo nosso]

A norma técnica ABNT NBR 9648/1986 aplicável para o “estudo de concepção de sistemas de esgoto sanitário” define requisitos para a obtenção de elementos para projeção populacional, inclusive distribuição espacial.

3.1.4 Dados demográficos disponíveis e sua distribuição espacial;

[...]

3.1.9 Energia elétrica:

[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

d) evolução nos últimos anos das ligações às economias segundo as classes residencial, comercial, industrial e pública;

[...]

3.1.10 Cadastro do sistema existente:

[...]

c) capacidade das instalações

[...]

3.1.11 Administração do sistema existente

[...]

c) ligações prediais

[...]

- tipos de ligação;

[...]

- evolução do número de ligações nos últimos três anos segundo as classes residencial, industrial, comercial e pública;

d) contribuições singulares

- valores conhecidos ou estimados;

3.1.12 Sistemas existentes

a) abastecimento d'água

- evolução das ligações prediais nos últimos três anos, segundo as classes de consumo;

- consumos utilitários conhecidos ou estimados;

- população abastecida e sua distribuição espacial;

- volumes medidos (produzido e efetivamente consumido), segundo as classes de consumo nos últimos três anos;

- avaliação das perdas;

- planta com indicação da área abastecida;

[...]

3.1.13 Uso da terra:

a) plano diretor e projetos de urbanização aprovados;

b) evolução dos loteamentos aprovados;

c) tipo de ocupação prevista (residencial, industrial, comercial, pública e institucional);

d) evolução nos últimos três anos de licenciamento de construções.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

3.1.14 Desenvolvimento sócio-econômico:

a) situação atual, tendências e prognósticos;

b) crescimento e possibilidade de desenvolvimento industrial e comercial.

[...]

4 Condições específicas

[...]

4.3 A estimativa das populações e sua distribuição espacial deve ser feita com base em dados censitários e informações locais e regionais.

4.3.1 Para início de plano, devem ser determinadas as densidades populacionais das zonas de ocupação homogêneas, segundo as classes residencial, comercial, industrial e pública.

4.3.2 Para fim de plano, o procedimento compreende:

a) análise dos diversos usos do solo urbano e definição de sua vocação;

b) análise dos planos de desenvolvimento e urbanização e seus efeitos sobre a distribuição espacial da população;

c) estimativa das densidades populacionais para cada zona de ocupação homogênea, compatível com a avaliação do crescimento global para área de planejamento.

4.4 Para avaliação das vazões pode ser utilizada a sua correlação com as áreas edificadas.

4.4.1 Para início de plano, as áreas edificadas das zonas de ocupação homogênea podem ser determinadas por amostragem.

4.4.2 Para fim de plano deve ser considerada a saturação urbanística, incluídas as zonas de expansão.

Como pode ser visto, as referências técnicas apontam pesquisas, levantamentos e análises que devem ser realizados no bojo do estudo da projeção populacional, inclusive sua distribuição espacial e, a depender de alguns aspectos, terá maior ou menor nível de erro.

No projeto sob análise, a descrição da metodologia contida no “Estudo Técnico Operacional” do Município de Vitória, por exemplo, é a seguinte.

Metodologia de Cálculo

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Para a elaboração da projeção populacional dos municípios abrangidos pela Parceria Público Privada (PPP), a Fundação Getúlio Vargas (FGV) adotou uma metodologia organizada em 6 (seis) etapas:

▪ Primeira etapa: é obtida a população total do município a partir dos censos 1970 a 2022.

▪ Segunda etapa: são estimados 7 (sete) modelos para ver qual se adequa melhor a evolução da população total do município de 1970 a 2022. Os modelos estimados são os seguintes (em todos a variável y = população total; a variável tempo = [ano – 1960]; e as letras a, b e c representam parâmetros a serem estimados nos modelos, através de um critério de minimização de erro):

[....]

Terceira etapa: é realizada a projeção da população total do município usando o modelo que melhor se adequa aos dados (1 entre os 7 modelos estimados). Considera-se que o modelo que mais se adequa aos dados é aquele que apresenta maior R-quadrado. Em caso de empate, opta-se pelo modelo com projeções populacionais mais conservadoras (para evitar otimismo excessivo). Ademais, vale ressaltar que essa projeção é realizada de 2022 até o fim da concessão.

▪ Quarta etapa: a partir da evolução da população de 2022 até fim da concessão são calculadas as taxas de crescimento anuais (de um ano para o outro no período que vai de 2022 até o fim da concessão).

▪ Quinta etapa: são realizados 2 (dois) cálculos de população estimada para o ano de 2022, para o município, conforme apresentado nas alíneas “a” e “b” abaixo, devendo ser selecionado o resultado mais moderado (menor número obtido).

a. População total ano de 2022 (extraído do Censo de 2022 do IBGE), multiplicado pela participação da população dos distritos atendidos pela Cesan na população do município (resultados obtidos a partir de informações do Censo 2010), multiplicado pela proporção da população urbana dos distritos atendidos pela Cesan (resultados obtidos a partir de informações do Censo 2010).

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

b. Número de economias no ano de 2022 (extraído do Sistema de Informações do Controle Operacional – Sincop), multiplicado pelo número de pessoas por economia urbana (domicílio urbano) no ano de 2010 (resultados obtidos a partir de informações do Censo 2010), multiplicado pela taxa de ocupação dos domicílios urbanos (resultados obtidos a partir de informações do Censo 2010).

▪ Sexta etapa: as taxas de crescimento, obtidas na etapa 4, são aplicadas ao valor inicial da população total do município em 2022, obtido na etapa 5. Nesse caso, visando gerar números mais conservadores (para evitar otimismo excessivo nas projeções), o valor inicial escolhido é o menor entre aquele obtido na alínea “a” da etapa 5 e aquele encontrado na alínea “b” da etapa 5.

Nota 1: A população total é utilizada nas projeções, ao invés da população urbana, para gerar números mais conservadores (evitando otimismo excessivo). Note, que a utilização, nas projeções, da população total gera números mais conservadores, porque esta tende a crescer a taxas menores do que a população urbana (lembrando que o Brasil ainda passava por um processo acelerado de urbanização no período compreendido pelos dados do Censo utilizados aqui, que vão de 1970 a 2022).

Nota 2: Quando o município é composto por uma sede e outros distritos, as proporções de 2022 (extraídas do Sincop) são aplicadas aos demais anos. Logo, após projetada a população do município de 2022 até o fim da concessão, separa-se os números de cada ano de acordo com as proporções observadas em 2022. Isso quer dizer que – se um município hipotético possui no ano de 2022 uma sede, com 95% da população, e um distrito adicional, com 5% da população – então essas mesmas proporções são aplicadas aos demais anos da projeção.

Nota 3: O método descrito até aqui também é utilizado na projeção do número total de domicílios (ou número total de economias). Porém, nesse caso o dado coletado na primeira etapa, que vem dos Censos de 1970 a 2022, é o número total de domicílios (ou número total de economias), ao invés da população total. Ademais, na quinta etapa, o

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

valor inicial utilizado é o do ano de 2023 e não o do ano de 2022. Especificamente, nesse caso utiliza-se o número total de economias de 2023 retirado do Sincop (dado fornecido pela Cesan). Vale ressaltar também que em todos os municípios os modelos de projeção produziram estimativas bastante elevadas para a taxa de crescimento do número de economias de 2023 até o fim da concessão. Isso aconteceu, pois os modelos projetaram para frente o comportamento observado de 1970 a 2022. Porém, o crescimento do número de economias na maior parte dos municípios do estado do Espírito Santo de 2010 para 2022 foi muito acentuado. Isso acabou influenciando fortemente as projeções realizadas, de forma que, como já dito, as taxas de crescimento estimadas para o futuro ficaram muito elevadas. Para lidar com esse problema estabeleceu-se um limite mínimo para o número de pessoas por domicílio. Especificamente, admitiu-se que o número de pessoas por domicílio teria um limite inferior igual a 1,8. Note que o estabelecimento desse limite mínimo implica que – a partir do momento em que o número de pessoas por domicílio fica abaixo de 1,8 –passa-se a utilizar a taxa de crescimento populacional no lugar da taxa de crescimento do número de domicílios. É importante dizer que em dois municípios o número de pessoas por domicílio do ano de 2023 já estava abaixo de 1,8. Nesses dois casos optou-se por travar o número de pessoas por domicílio no valor observado em 2023. Finalmente, vale ressaltar que em 6 municípios – Muniz Freire, Barra do São Francisco, Água Doce do Norte, Ecoporanga, Alto Rio Novo e Pancas – a taxa projetada para a evolução do número de economias ficou negativa, após a aplicação da trava de que o número de pessoas por domicílio não pode ficar abaixo de 1,8. Nesses 6 casos, as taxas negativas foram substituídas por zero.

[g.n.]

A estimativa utilizada no dimensionamento da ampliação do sistema de esgotamento sanitário nos municípios objeto do projeto foi realizada de forma simplificada, a partir da população total dos Municípios e lançando mão de uma série de premissas.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

A regularidade do método escolhido e de sua aplicação no caso concreto não foi objeto de exame aprofundado neste relatório por limitação de escopo. Cabe apontar que são esperados erros relevantes nas estimativas realizadas, por dois motivos:

1. longo horizonte temporal, fator que, conforme destacado na referência técnica acima transcrita, impacta até mesmo nas estimativas elaboradas considerando todos os elementos exigidos pela boa técnica;
2. nível de simplificado de detalhamento do estudo realizado, considerando apenas pesquisas censitárias e o cadastro da Cesan, não englobando outros fatores relevantes como pesquisas de campo, exame de elementos sobre uso e ocupação do solo entre tantos outros fatores;
3. ausência de estudo por setores censitários.

Destaca-se que o próprio estudo realizado (trecho relativo à Vitória acima transcrito) deixa claro que, tendo em vista um crescimento acentuado nos últimos anos, os modelos de projeções produziram, para todos os municípios, taxas bastante elevadas de crescimento de domicílios, o que tende a gerar distorções como, por exemplo, uma estimativa de investimento superestimada. A utilização de estudo de concepção, em conformidade com a ABNT NBR 9648/1986 como elemento de anteprojeto, produziria menor grau de incerteza no valor do investimento, mas essa não foi a opção da estruturação do projeto em exame.

Segundo a Orientação Técnica OT IBRAOP 4/2012 , o erro esperado para detalhamento em nível de anteprojeto é de 30% para edificações, podendo ser superior para outras tipologias. O grau de precisão do orçamento, derivado do nível de detalhamento do projeto, é devido tanto à metodologia para obtenção de preços de mercado quanto à de apuração de quantitativos .

Uma redução do valor de investimento por orçamento de maior precisão, a nível de projeto básico, não é esperada por ocasião da licitação pois não há prazo suficiente para as licitantes realizarem os estudos necessários.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Assim, tendo em vista que os principais investimentos foram quantificados considerando uma estimativa de crescimento populacional e de domicílios que apresenta relevante grau de erro e reconhecidamente resultou em taxas bastantes elevadas, e considerando o fato de que os recursos para realização desses investimentos serão repassados ao parceiro privado, independentemente da projeção de crescimento populacional e de domicílios se realizar, devido à alocação do risco de demanda inteiramente ao parceiro privado, o modelo contratual dá margem à futura Concessionária receber pagamento sem que tenha realizado entregas de infraestrutura proporcionais ao investimento em ampliação previsto.

2.25.3.2 Do modelo de regulação de investimentos

De acordo com o Caderno de Encargos, a futura Concessionária realizará estudos para definir os investimentos necessários para cumprir as metas de universalização.

Caderno de Encargos

6.2 INVESTIMENTOS PELA CONCESSIONÁRIA

A CONCESSÃO tem como objetivo potencializar as ações necessárias à universalização dos sistemas de esgotamento sanitário na área de abrangência do CONTRATO, contemplando a operação, manutenção, recuperação e ampliação da infraestrutura existente e/ou implantação do sistema de esgotamento.

A CONCESSIONÁRIA deverá realizar estudos e projetos previamente à realização das obras e investimentos necessários para cumprimento com as metas de expansão do SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. Os estudos e projetos devem estar em conformidade com o CONTRATO, normas técnicas aplicáveis, legislação vigente e com as boas práticas de engenharia.

A CONCESSIONÁRIA deverá iniciar a elaboração dos projetos dos Sistemas de Tratamento, em tempo hábil, de forma a definir as soluções técnicas apropriadas ao atendimento dos requisitos técnicos e ambientais aplicáveis a propiciar o total tratamento dos esgotos coletados nos Sistemas de Coleta, a disposição dos efluentes

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

tratados nos corpos receptores e disposição final do lodo gerado em conformidade com as metas e indicadores estabelecidos e atendendo às demais obrigações contratuais.

[...]

Caberá à CONCESSIONÁRIA avaliar as condições e a pertinência em manter ou não em operação as unidades existentes, assim como possíveis melhorias e/ou ampliações necessárias.

A implantação de unidades adicionais às previstas nos estudos conceituais não implicará em reequilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

A CONCESSIONÁRIA deverá avaliar, com base nos critérios técnicos e ambientais, as efetivas viabilidades de aproveitamento, ampliação, adequação das Estações de Tratamento existentes, elaborando o planejamento de implantação de novos sistemas de tratamento sob esta ótica;

As atividades iniciais de desativação das ETEs existentes ficarão a cargo da CONCESSIONÁRIA, que deverá tomar todas as medidas necessárias para não comprometer o cronograma de obras, incluindo a implantação da nova ETE e/ou estação elevatória que substituirá a ETE desativada.

[...]

A implantação de novos sistemas de tratamento poderá ser efetuada em fases até atingir a configuração para final de plano, tendo em vista a evolução da demanda de volume de esgotos em função do crescimento populacional. Entenda-se por final de plano, o ano de fim da concessão acrescido de 5 (cinco) anos;

A evolução da tecnologia de tratamento em função da evolução da demanda de volume e carga dos esgotos afluentes às ETE's também poderá ser implementada por etapas, desde que atenda sempre os requisitos mínimos estabelecidos para o licenciamento ambiental e critérios de outorga, conforme, mas não se limitando ao que está descrito no Anexo 3 - DIRETRIZES AMBIENTAIS e no Anexo 4 – METAS E INDICADORES DE DESEMPENHO.

[g.n]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Também de acordo com o Caderno de Encargos, o detalhamento dos investimentos para alcançar as metas previstas será apresentado pela contratada por meio de um Plano Diretor da Concessão, onde constará o Plano de Obras. O Caderno de encargos não especifica o conteúdo mínimo do Plano de Obras (ou Plano de investimentos). Quando trata do cronograma de investimentos, estabelece que a contratada deverá detalhar os investimentos necessários para um período de 24 (vinte e quatro) meses.

Infere-se que o modelo do contrato não exige que o Plano Diretor de Concessão contenha estudo de concepção de sistema de esgotamento sanitário e cronograma de investimento para o horizonte de projeto (ano de fim da concessão acrescido de cinco anos).

Maurício Portugal Ribeiro , ao escrever sobre obrigações de desempenho e de investimento, menciona contratos nos quais não há documentação recebida pelo regulador e vinculada ao contrato de concessão que fixe quando os concessionários previram o atingimento dos gatilhos de demanda e a realização dos investimentos para atendê-la.

Nos contratos baseados em obrigações de investimento, o concessionário está vinculado à realização de investimentos, com valores e momentos pré-definidos no contrato de concessão.

Nos contratos baseados em obrigações de desempenho, o concessionário tem apenas a obrigação de manter os níveis de serviço pactuados.

Contratos baseados em obrigações de investimento e contratos baseados em obrigações de desempenho são tipos ideais. Na prática, em todos os contratos de concessão e PPP constam obrigações de desempenho e obrigações de investimento.

Contudo, é possível perceber em cada contrato a prevalência de um desses dois tipos de obrigação. Os contratos, por exemplo, da primeira rodada de concessão rodoviária federal eram contratos baseados em obrigações de investimento. Neles, as expansões de capacidade eram previstas como investimentos a serem realizados no

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

futuro, com valores fixos e em momentos pré-definidos no plano de negócios.

Já os Novos Contratos Federais de Concessão vinculam os concessionários a índices de serviço. Evidentemente, para cumprimento desses índices de serviço, o concessionário tem que realizar investimentos. Mas não há predefinição no contrato nem do valor do investimento, nem do momento em que ele se realizará. Por exemplo, nos Novos Contratos Federais de Concessão, as expansões de capacidade são vinculadas a gatilhos de demanda. Quando for atingido o gatilho, isto é, quando a demanda pelo serviço alcançar os níveis definidos no contrato para tanto, o concessionário é obrigado a realizar a expansão de capacidade (duplicação, se for rodovia em pista simples, ou criação de uma nova faixa de rolamento, se for uma rodovia duplicada).

Além disso, é preciso fazer a distinção entre contratos regulados por meio de um plano de negócios dos contratos que não utilizam plano de negócios.

Nos contratos que são regulados por um plano de negócios apresentado durante a licitação, há previsão de uma curva de demanda estimada e previsão dos investimentos em cada momento do contrato para adequar a capacidade da infraestrutura à prestação de serviços adequados para o nível de demanda estimado.

Nos contratos que não são regulados por plano de negócios, como os Novos Contratos Federais de Concessão, simplesmente não há referência regulatória de quais os investimentos que estão previstos em cada ano do contrato. O concessionário está vinculado à execução do investimento quando os gatilhos para tanto ocorrerem. Mas não há qualquer documentação recebida pelo regulador e vinculada ao contrato de concessão que formalize quando os concessionários previram o atingimento dos gatilhos de demanda e a realização dos investimentos para atendê-la.

[g.n]

O modelo do contrato em exame é esse em que não há qualquer documentação recebida pelo regulador e vinculada ao contrato de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

concessão que formalize quando a Concessionária previu a realização dos investimentos para atender à universalização. Ou seja, não há cronograma físico de investimento elaborado pela Concessionária para o fim de plano que se torne vinculante na execução do contrato, conforme subitens 22.9 e 22.9.1 da minuta do contrato (evento 14) a seguir transcrito:

22.9. O cronograma de execução das obras do SISTEMA, integrante do Plano de Obras, deverá ser atualizado pela CONCESSIONÁRIA na forma prevista no ANEXO 2 – CADERNO DE ENCARGOS ou sempre que necessário ao longo da CONCESSÃO, observando-se o atendimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO, constantes do ANEXO 4 – METAS E INDICADORES DE DESEMPENHO.

22.9.1. Sem prejuízo do cumprimento do cronograma relativo aos INVESTIMENTOS OBRIGATÓRIOS constantes no ANEXO 2 – CADERNO DE ENCARGOS, conforme subcláusula 20.1 e seguintes, o cronograma de que trata a cláusula anterior tem caráter meramente informativo e não será vinculativo à CONCESSIONÁRIA, não cabendo qualquer aprovação ou questionamento por parte da CESAN em relação aos seus termos.

O contrato estabeleceu a regulação dos investimentos por “indicadores de desempenho de ativos”.

A cada rodada de medição de indicadores, serão verificados os cumprimentos de metas de índices definidos no contrato. Os indicadores de desempenho de ativos são: (i) índice de cobertura – que avalia a disponibilidade da infraestrutura de coleta e tratamento de esgoto na área da concessão a partir da quantidade de economias residenciais cadastrados pela Cesan com acesso a esgoto em relação a quantidade de economias residenciais cadastrados pela Cesan com atendimento de água e; (ii) índice de atendimento – que mede o percentual economias residenciais ativas cadastradas pela Cesan que utilizam os dois serviços, água e esgoto.

[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Depreende-se de suas fórmulas que o indicador de disponibilidade do serviço é o ICE enquanto o IAE indica o percentual de adesão ao sistema de esgotamento sanitário existente/implantado.

2.25.3.3 Deficiência do mecanismo de verificação da disponibilidade dos serviços

O ICE contratual (indicador de disponibilidade do serviço) não tem fórmula aderente ao cálculo do “índice de atendimento de esgotamento sanitário” ou do “índice de cobertura de esgotamento sanitário” da recém aprovada norma de referência 8/2024 da Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico - ANA, sobre o estabelecimento de metas progressivas de universalização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário, e sistema de avaliação .

O ICE contratual tampouco é aderente ao cálculo do indicador de universalização de tratamento de esgotos sanitários denominado “índice de economias residenciais atendidas com rede coletora e tratamento de esgoto na área de abrangência do prestador de serviço” estabelecido na Norma de Referência da ANA 2/2021 , agora fora de vigência, que dispunha sobre a padronização dos aditivos aos Contratos de Programa e de Concessão, para prestação de serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, para incorporação das metas previstas na Lei 14.026/2020.

A principal diferença é que a informação “quantidade de domicílios” não coincide necessariamente com a informação “quantidade de economias de água existentes no cadastro da Cesan”.

A deficiência é que o ICE contratual, medido com base em “economias de água cadastradas pela Cesan”, não leva necessariamente à universalização de esgoto pois depende da universalização do abastecimento de água. Como visto na Figura 1, o índice de atendimento de água no Espírito Santo relativo ao ano de 2022 é de 83,4% . Portanto, de forma macro, é evidente que a “quantidade de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

economias de água cadastradas pela Cesan” não representa o universo de domicílios a serem atendidos com esgoto.

Portanto, o indicador de disponibilidade de serviço não produz estímulos suficientes à universalização de esgotamento sanitário e, pior, sequer apresentará proporcionalidade com a projeção de investimentos para universalização de esgoto (baseada em projeção populacional).

A estimativa de investimento em extensão de redes coletoras/interceptores, quantidade de ligações intradomiciliares, quantidade de ligações prediais e capacidade de estações de tratamento de esgoto, como dito apresenta uma elevada incerteza.

Segundo Maurício Portugal Ribeiro , em projetos do tipo brownfield pode ocorrer de o concessionário agir como se não fossem necessários investimentos para dar fiel cumprimento ao contrato.

O descumprimento de contratos de concessão não é um fenômeno novo no mundo. E os remédios a serem adotados contra esse mal dependem do tipo de descumprimento.

Há descumprimentos que resultam da imprevidência, sem má-fé, dos participantes do leilão. É o fenômeno chamado de “maldição do vencedor”. Ocorre quando participantes do leilão, deslumbrados com alguma circunstância específica ou desinformados sobre os reais custos para implantar e operar um projeto, fazem propostas que depois descobrem ser inviáveis.

Outras vezes — e esse parece ser o caso do Brasil — o descumprimento é evento planejado por empresas que já entram na licitação contando com a leniência ou conivência do órgão fiscalizador e com a lentidão e resistência do governo de decretar a caducidade de contratos de concessão descumpridos (pelo temor de assumir o ônus político do insucesso da concessão).

Nesse contexto, ocorrem os falsos cumprimentos de contrato: o concessionário finge que cumpre o contrato, se negando, contudo, a realizar os investimentos necessários à prestação do serviço com a qualidade prevista no contrato. Segue auferindo as receitas tarifárias e administrando no varejo as acusações de descumprimento do

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

contrato, usando, muitas vezes, vezos marotos para culpar os órgãos ambientais, o regulador, o governo e o acaso pelos problemas na prestação dos serviços. Isso geralmente acontece em concessões de projetos brownfield (isto é, que já estão implantados como rodovias e aeroportos existentes quando da licitação), nos quais é possível iniciar a cobrança de tarifas antes de realizar grandes investimentos.

O pretexto mais utilizado para o descumprimento dos prazos é a falta da licença ambiental. Culpa-se, assim, o "radicalismo dos órgãos ambientais" pelo atraso na realização das obras. Para isso, o ardil já empregado no passado é o concessionário causar o atraso no próprio processo de licenciamento, seja pela não realização dos estudos ambientais requeridos, seja por não trazer ao processo de licenciamento os documentos exigidos.

O que fazer para evitar que isso aconteça novamente nos novos projetos de concessão rodoviária, aeroportuária, ferroviária ou outros? [...]

Além disso, empresas que ganharam concessões e não realizaram investimentos e, pelo menos, suas controladoras deveriam ficar impedidas de participar de novas licitações. Isso pode ser feito já nos novos editais, mas, para evitar questionamentos, isso poderia ser reforçado por mudança da lei que permitisse fazê-lo de modo sistemático.

O mecanismo de remuneração da disponibilidade do serviço pelo ICE contratual não produz o enforcement necessário para o integral cumprimento contratual e oferece risco de materialização de situação análoga à constatada por Portugal Ribeiro, isto é, o Poder Concedente efetua regularmente o pagamento da contraprestação, porém, a Concessionária não entrega o serviço correspondente, beneficiando-se de assimetria de informações.

A utilização da informação "economias de água cadastradas pela Cesan" como universo do percentual de disponibilidade do serviço apresenta outras deficiências.

1. A Cesan realizará investimentos (redes, ligações, etc.) em esgotamento sanitário em alguma parcela da área de Concessão .

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Como a quantidade de economias por ligação de esgoto é imprecisa, as obras da Cesan contribuirão para atingimento de metas de disponibilidade, possivelmente sem que a contratada entregue infraestrutura correspondente.

2. As economias residenciais factíveis de esgoto in loco, ainda pendentes de atualização cadastral até a data da formulação da meta contratual, contribuirão para o atingimento de metas de disponibilidade, sem que a contratada entregue obra correspondente.

3. As economias residenciais advindas de novos empreendimentos imobiliários com sistema coletor de esgoto executado pelo próprio empreendedor (loteamentos, condomínios, etc.) contribuirão para o atingimento de metas de disponibilidade, sem que a contratada entregue infraestrutura correspondente.

4. A obrigação para universalização não é objetiva em termos de quantidade de itens de investimento e, dada a possibilidade prevista no contrato de aditivos de novos investimentos nos Municípios da área de Concessão, há risco de pagamento em duplicidade.

5. A definição dos valores de parâmetros como “quantidade de habitantes por domicílios” e “quantidade de domicílios por ligações” está sujeita a divergências, inclusive já observado em fiscalização anterior deste TCEES . Naquele caso, houve impasse sobre a “taxa de habitantes por economias residenciais” pois agência reguladora entendeu que o valor adotado pela Concessionária não conduzia a resultado que representava o cenário autêntico.

É notório que os dados do setor de saneamento apresentam baixo nível de confiabilidade e isso favorece a assimetria de informações. Visando melhorar a confiabilidade dos dados do saneamento, a Associação Brasileira de Agências Reguladoras – ABAR criou, com o projeto Acertar , metodologia para auditoria e certificação de informações declaradas pelos prestadores de serviço ao Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento - SNIS. A metodologia foi aplicada na Cesan e os resultados estão disponíveis em relatório que indica, por exemplo, que as informações de população total atendida com água e população total atendida com esgoto,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

necessárias para medida de universalização de ambos os serviços, foram classificadas com nota 2 (a médio nível de confiança e baixa exatidão ou exatidão não avaliada) em uma faixa que vai de 0 a 7.

Além disso, em ações de controle realizadas por esta Corte em contratos de mesma natureza , foram observados problemas com relação à regulação de investimento por mecanismo de remuneração por desempenho. Portanto, o risco de inexecução de investimentos necessários à prestação do serviço e na qualidade pactuada pode ser considerado relevante e anteriormente apontado.

Assim, tendo em vista que os principais investimentos serão remunerados por indicador desproporcional à disponibilidade do serviço e com os demais problemas relatados acima, há o risco relevante de a Concessionária receber quantia sem efetuar investimento correspondente, elevando indevidamente seus lucros.

Diante de todo o exposto entende-se que a manutenção da forma de regulação de investimento conforme a minuta de contrato apresentada é ilegal e a opção diligente e prudente é a reavaliação da forma de regulação dos investimentos considerando mecanismo de remuneração por disponibilidade do serviço proporcional ao cronograma físico estimado, ou seja, cujo universo é a quantidade de ligações, redes e EEEB e de capacidade de ETEs estimadas inicialmente e o percentual disponibilizado é em função da quantidade de ligações, redes e EEEB e de capacidade de ETEs entregues pela Concessionária, apurados no cadastro técnico por ela entregue.

Diante do exposto, sugere-se notificar a unidade gestora, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, determinar que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a reavaliação do mecanismo de regulação de investimentos, para adequar o indicador de disponibilidade para ser composto pelos seguintes índices de: (a) percentual de ligações executadas em relação à quantidade prevista no Edital; (b) percentual de redes executadas em relação à quantidade prevista no Edital; (c) percentual de EEEB executadas em relação à quantidade prevista no Edital; (d)

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

percentual de acréscimo de capacidade de tratamento executado em relação ao acréscimo previsto no Edital.

Diante do exposto, sugere-se notificar a unidade gestora, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, determinar que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a reavaliação dos índices de atendimento e cobertura com serviço para apresentar aderência àqueles contidos na Norma de Referência ANA 8/2024 sobre o estabelecimento de metas progressivas de universalização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e sistema de avaliação.

3.25.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Com relação a esse Achado, o d. NDR determina que, antes da publicação do edital, se comprove a reavaliação:

(i) do mecanismo de regulação de investimentos, para adequar o indicador de disponibilidade para ser composto pelos seguintes índices de: (a) percentual de ligações executadas em relação à quantidade prevista no Edital; (b) percentual de redes executadas em relação à quantidade prevista no edital; (c) percentual de EEEB executadas em relação à quantidade prevista no edital; (d) percentual de capacidade de tratamento executado em relação ao acréscimo previsto no Edital.

(ii) dos índices de atendimento e cobertura com serviço para apresentar aderência àqueles contidos na Norma de Referência ANA 8/2024 sobre o estabelecimento de metas progressivas de universalização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e sistema de avaliação.

Com relação ao item (i), recorde-se que o Projeto consiste em PPP de esgotamento sanitário para 43 municípios operados pela CESAN, divididos em 02 lotes, tendo como objeto a universalização do esgotamento sanitário na área da concessão. O projeto foi elaborado de forma a atender às metas estabelecidas nos contratos de programa e contratos de concessão firmados entre a CESAN e os municípios, bem como às metas estabelecidas pela Lei Federal 14.026/2020.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O art. 11-B da Lei Federal 11.445/2007 estipula as metas de universalização dos serviços de esgotamento sanitário, de modo que o principal objetivo da referida lei é a busca pela referida universalização.

Desta forma, para fins de mensuração dos avanços nas metas estabelecidas para universalização dos serviços de esgotamento sanitário, foram estabelecidas metas de cobertura e atendimento, as quais foram atualizadas, nesta oportunidade, para atender à NR 8 da ANA. Essa mensuração permite, inclusive, a avaliação do avanço dos investimentos realizados pela concessionária, uma vez que a ampliação das ligações, redes, elevatórias e ETEs é necessária para o atingimento das metas de cobertura e atendimento.

Assim, o indicador de Cobertura tem por objetivo medir a disponibilidade de infraestrutura para coleta, afastamento, e tratamento do esgotamento sanitário, enquanto o indicador de atendimento tem por objetivo medir a disponibilidade de infraestrutura em uso, uma vez que está relacionada à quantidade de economias ativas, as quais precisam estar conectadas com o sistema de tratamento de esgoto. Desta forma, para o atendimento aos indicadores ICE e IAE será necessário realizar a ampliação do sistema existente.

Vale destacar que a inclusão de indicadores específicos para monitorar etapas da construção da infraestrutura aproximaria o Projeto de uma visão de um contrato tradicional de obras e investimentos, no qual a remuneração está atrelada diretamente à execução do serviço, o que diverge da estrutura de incentivos, remuneração e lógica de resultados inerentes à natureza concessória do Projeto.

Outro aspecto a mencionar, a Concessionária não fará jus da remuneração da parcela de obras no primeiro ano, sendo remunerada a partir do segundo ano do contrato contados a partir da emissão da ordem de início dos serviços. Outro aspecto a se observar nos gráficos apresentados a seguir, é que para os primeiros 8 anos de projeto que necessitam de maior investimento, estimasse [sic] em

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

torno de R$ 757 milhões e R$ 233 milhões em investimentos para os lotes A e B respectivamente, enquanto se prevê remuneração pela parcela de obras em torno de R$ 479 milhões e R$229 milhões para os lotes A e B respectivamente no mesmo período, demonstrando que além de conter um regramento de carência de um ano para início dos recebimentos da parcela de obras, não antecipação de investimento. Por fim, vale destacar que qualquer desconto apresentado pelas proponentes também serão [sic] aplicados na parcela de obras.

Nesse sentido, a CESAN entende que não há alterações a serem feitas quanto a esse ponto.

3.25.4 Análise Técnica

Em primeiro lugar, a Cesan alegou que alterou os índices de cobertura e atendimento para aderência à NR 8 da ANA. De fato, o fez, ainda que caiba adequação, conforme a análise conclusiva do achado A20(Q6, Q9), pela descrição taxativa da forma de obtenção de dados, nos termos das respectivas ficha de indicadores.

Ainda que o futuro contrato adote os índices de cobertura a atendimento delineados pela ANA, as incertezas derivadas da apuração de dados não são afastadas: é notório que os dados do setor de saneamento carecem de confiabilidade e a utilização de dados gerados pela Concessionária favorecem à assimetria de informações.

A Cesan não demonstrou a fundamentação pela escolha da forma de regulação e da escolha pela alocação do risco da incerteza do anteprojeto do investimento.

Alegou que a inclusão de indicadores específicos para monitorar etapas da construção da infraestrutura aproximaria o Projeto de uma visão de um contrato tradicional de obras e investimentos, no qual a remuneração está atrelada diretamente à execução do serviço, o que diverge da estrutura de incentivos, remuneração e lógica de resultados inerentes à natureza concessória do Projeto.

Tal alegação não afasta o fato de que há elevado nível de incerteza do valor do investimento e, por se tratar de projeto brownfield, há risco

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

de a futura Concessionária receber pagamento sem que tenha realizado entregas de infraestrutura proporcionais ao investimento previsto.

A literatura de referência aponta que, ainda que a modelagem baseada em indicadores de desempenho seja ideal da perspectiva teórica, na prática é preciso avaliar o caso concreto e, diante de suas particularidades, compreender em que circunstâncias cada modelo se aplica melhor.

A forma de o poder concedente expressar as exigências de investimentos nos projetos também se sofisticou ao longo o tempo. A legislação avançou para incorporar conceitos técnicos e o processo de estruturação de projeto passou a refletir detidamente sobre quais obrigações deveriam ter caráter obrigatório e quais poderiam ser desempenhadas a partir de elementos referenciais. Aprofundou-se a preocupação de proporcionar flexibilidade e espaço para a iniciativa privada propor soluções e tecnologias não vislumbradas durante a modelagem da parceria. Ademais, passou-se a reconhecer que projetos com diversas características exigem disciplina diferente de investimentos.

Como consequência, a complexidade no tratamento dos investimentos em contratos de parceria aumentou substancialmente sem, contudo, uma correspondente reflexão teórica que buscasse justificar e sistematizar práticas já consolidadas. O presente artigo pretende contribuir para a redução desse espaço entre a experiência prática e a reflexão teórica, colaborando na compreensão do papel de investimentos em diferentes contextos de parceria, de forma a pensar em como discipliná-los.

[...]

No contexto específico das parcerias regidas pela Lei Federal n. 11.079/2004, há autores que defendem que a regra de valor mínimo de contrato prevista no art. 2º, § 4º, I21, corresponde, em verdade, à exigência legal de investimentos mínimos nas PPPs. [...]

Independentemente das controvérsias em torno da interpretação do referido artigo de lei, faz sentido, no contexto de parcerias nas quais

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

há dispêndio de recursos públicos, que esses compromissos de longo prazo sejam, necessariamente, condicionados a determinado investimento mínimo pela iniciativa privada, a ser definido na modelagem do projeto.

[...]

Além disso, há casos em que as dificuldades práticas de se atrelar investimentos necessários ao cumprimento dos indicadores de desempenho justificam a formulação dessas obrigações como de investimento obrigatório descolado de indicadores específicos. Exemplo disso é o setor rodoviário, no qual, historicamente, há intenso debate entre agências reguladoras e concessionárias quanto ao atingimento de níveis de serviço que demandam investimentos para manutenção dos indicadores de desempenho.

[...]

Em resumo, é possível modelar os investimentos tanto sob a forma de indicador de desempenho ou como obrigação de investimento específico previsto em contrato – em ambos os casos a concessionária está obrigada a executá-los como atividade necessária ao cumprimento do escopo contratual.

Ainda que a modelagem baseada em indicadores de desempenho seja ideal da perspectiva teórica, na prática a composição entre esses dois mecanismos não encontra receituário único: é preciso avaliar o caso concreto e, diante de suas particularidades, compreender em quais circunstâncias cada modelo se aplica melhor.

[...]

A importância de calibrar corretamente os investimentos diante das demandas reais do ativo não significa que o processo de modelagem não deva considerar as necessidades futuras de investimentos no projeto. Isto é, o processo de estruturação de um projeto de infraestrutura pode e deve se debruçar sobre a necessidade de investimentos durante o lapso temporal do contrato e há diversas formas de fazer isso: estipulando-se gatilhos de nível de serviço que, quando atingidos, demandam investimentos, ou ainda prevendo investimentos contingentes, entre outros.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

[...]

[g.n]

Portanto, diante do risco apontado no Relatório de Acompanhamento 11/2024, requer o projeto reavaliação para criação de mecanismo mais acurado à verificação de cumprimento de investimentos.

A Cesan não apresentou forma substitutiva de mitigar o risco em contraponto à sugestão contida no referido Relatório. Apenas explicou sobre o fluxo de desembolso previsto para investimento (cronograma de investimento), o que se entende, corrobora a necessidade de considerar a possibilidade de investimentos obrigatórios e investimentos contingentes.

Um exemplo de regulação de investimentos em projetos Brownfield com objeto disperso geograficamente, assim como o caso de esgotamento sanitário, são os projetos de PPP para Iluminação Pública. Tem-se observado nesses contratos a remuneração por marcos de entregas de modernização do parque instalado e a utilização de bancos de créditos .

O guia “PPP de Iluminação Pública - Guia Prático de Estruturação de Projeto do Governo Federal explica o seguinte sobre marcos de modernização e banco de créditos.

A partir do início da Fase de Modernização, a Concessionária irá executar as atividades necessárias ao cumprimento dos Marcos da Concessão. Estes Marcos representam as etapas em que a Concessionária comprova a realização dos investimentos no parque de IP. Como critérios que serão avaliados para cumprimentos dos Marcos, pode-se citar:

-Modernização (substituição pela tecnologia LED) dos pontos de IP;

-Eficientização (redução da carga instalada) dos pontos de IP;

- Implantação dos projetos de Iluminação Especial; e

- Implantação do Sistema de telegestão

[...]

O Banco de Créditos representa um saldo de solicitações à disposição da Prefeitura, medido em créditos. Trata-se de um instrumento que visa atender demandas de maneira flexível, considerando a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

impossibilidade de se prever como será a expansão da rede de IP do Município e as variações de investimento necessários, considerando o local de implantação do ponto.

Importante destacar que os créditos não expiram, ou seja, os créditos não utilizados se acumulam, podendo ser utilizados ao longo da vida do contrato, em anos subsequentes.

Importante destacar que os créditos não expiram, ou seja, os créditos não utilizados se acumulam, podendo ser utilizados ao longo da vida do contrato, em anos subsequentes.

O Banco de Créditos é uma forma flexível de atender demandas do Município, incluindo:

- Crescimento vegetativo horizontal que compreende expansão da rede de IP devido à expansão ou ao surgimento de novos logradouros públicos e aumento populacional;
- Operação e Manutenção de pontos de iluminação pública adicionais (pontos instalados por Empreendedores);
- Demandas pontuais que compreendem solicitações extraordinárias do Poder Concedente, a serem solicitadas em razão do desenvolvimento futuro do Município; e
- Realocação de pontos de IP, devido à necessidade de alteração das configurações viárias.

Esse banco de créditos deve ser incluído como demanda constante adicional anual dentro do Modelo Econômico-Financeiro referencial do projeto.

[...]

Os créditos podem ser compensados/utilizados em período subsequentes; e

- Os créditos não utilizados devem ser alvo de compensação ao final do contrato de PPP, de forma a não levar ao enriquecimento sem causa do Concessionário.

[g.n]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O mecanismo defendido pelo Governo Federal para PPP de Iluminação Federal é uma forma de regulação que mitiga o risco da Concessionária receber pagamento sem que tenha realizado entregas de infraestrutura proporcionais ao investimento previsto, tanto pelo marco de investimento em modernização, que pode ser comparado à universalização, quanto pelo banco de crédito, para o crescimento vegetativo horizontal.

É preciso destacar, novamente, que em ações de controle realizadas por esta Corte em contratos de PPP para universalização do esgotamento sanitário , foram observados problemas com relação à regulação de investimento por mecanismo de remuneração por desempenho. Portanto, o risco de inexecução de investimentos necessários à prestação do serviço e na qualidade pactuada pode ser considerado relevante e anteriormente apontado.

Pelo exposto, conclui-se pela manutenção do achado, com alteração da proposta de deliberação para determinar a reavaliação fundamentada, por profissional com habilitação suficiente, da forma de regulação dos investimentos, considerando a possibilidade de estabelecer (a) investimentos obrigatórios e contingentes e (ii) mecanismo de remuneração por disponibilidade do serviço proporcional ao cronograma físico estimado, ou seja, cujo universo é a quantidade de ligações, redes e EEEB e de capacidade de ETEs estimadas inicialmente e o percentual disponibilizado é em função da quantidade de ligações, redes e EEEB e de capacidade de ETEs entregues pela Concessionária, apurados no cadastro técnico por ela entregue.

Além disso, conforme análise do Achado 20, sugere-se determinar, antes da publicação do edital, a reavaliação dos índices de atendimento e cobertura com serviço para apresentar aderência àqueles contidos na Norma de Referência ANA 8/2024 sobre o estabelecimento de metas progressivas de universalização dos serviços de abastecimento de água e de esgotamento sanitário e sistema de avaliação.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.26 INSUFICIÊNCIA DE MEIOS DE FISCALIZAÇÃO

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.26 A26(Q6) - Insuficiência de meios de fiscalização
> 3.26.1 Critérios:
> Lei - 11.079/2003, art. 5º, VI
> Lei - 11.079/2004, art. 3º
> Lei - 11.079/2004, art. 5º
> Lei - 8.987/1995, art. 23, III
> Lei - 8.987/1995, art. 23, VII
> Lei - 11.079/2004, art. 5, VII
> Lei - 11.079/2003, art. 5º, X
> 3.26.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> O contrato de concessão administrativa precisa estabelecer critérios, indicadores, fórmulas, parâmetros definidores da qualidade do serviço e a forma de fiscalização da execução contratual.
> Lei 8.987/1995
> Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
> [...]
> III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
> [...]
> VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
>
> Lei 11.079/2004

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

[...]

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

VI – os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII – os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

[...]

X – a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

[...]

Art. 6 [...]

§ 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

[g. n.]

Apesar do Caderno de Encargos anexo ao Contrato trazer várias obrigações, não estabelece a forma objetiva de fiscalização além daquela estabelecida para remuneração variável por desempenho.

A minuta do Contrato estabelece o procedimento de fiscalização para pagamento da parcela de contraprestação mensal conforme a seguir.

CLÁUSULA DÉCIMA – PROCEDIMENTO PARA PAGAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL

[...]

10.7.1. O VERIFICADOR INDEPENDENTE fará sua avaliação com base nas informações prestadas pela CONCESSIONÁRIA e pela

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

CESAN e com base em sua própria atividade de verificador, inclusive mediante diligências “in loco” para confirmação de dados, se necessário.

10.7.2. Após a verificação do resultado dos INDICADORES DE DESEMPENHO, o VERIFICADOR INDEPENDENTE deverá informar à CONCESSIONÁRIA para fins da emissão da nota fiscal referente aos meses nos quais haverá incidência do FDO e do FDS, em linha com o ANEXO 4.

10.8. O procedimento para aferição dos INDICADORES DE DESEMPENHO e respectivo cálculo da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL observará o descrito no ANEXO 4 – METAS E INDICADORES DE DESEMPENHO.

10.9. A CONCESSIONÁRIA incorrerá em multa a que se refere a subcláusula 39.6 e seguintes, por cada dia útil de atraso em relação ao prazo previsto no ANEXO 4 – METAS E INDICADORES DE DESEMPENHO, no que se refere ao envio do relatório contendo os dados necessários para aferição dos INDICADORES DE DESEMPENHO, caso seja responsável pelo atraso.

10.10. Caso o VERIFICADOR INDEPENDENTE não cumpra com o prazo estipulado para elaboração do relatório de verificação do cumprimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO, a CESAN pagará à CONCESSIONÁRIA os valores indicados no relatório apresentado pelas PARTES. Quando da entrega do relatório pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE, eventual divergência será apurada e a diferença entre o valor pago e o valor indicado pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE será descontada da(s) fatura(s) subsequentes, acrescido de correção monetária.

10.11. Na hipótese de a CESAN não ter contrato vigente com nenhum VERIFICADOR INDEPENDENTE, a Nota Final de desempenho será aquela indicada no relatório da CONCESSIONÁRIA e aprovada pela CESAN, até a regularização da contratação do VERIFICADOR INDEPENDENTE pela CESAN.

10.12. Eventual discordância entre a CONCESSIONÁRIA e a CESAN quanto aos INDICADORES DE DESEMPENHO determinados pelo

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

VERIFICADOR INDEPENDENTE não impedirá a CESAN de realizar o respectivo desconto no pagamento da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL correspondente, com base na nota final atribuída.

10.13. A PARTE que não concordar com a nota final dos INDICADORES DE DESEMPENHO estipulada pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE poderá solicitar a instalação da COMISSÃO TÉCNICA, para discutir os fatores que motivaram a discordância em relação à nota dos INDICADORES DE DESEMPENHO.

10.13.1. A instalação da COMISSÃO TÉCNICA não impede o pagamento dos valores eventualmente incontroversos, pela CESAN.

10.13.2. A PARTE que solicitar a instalação da COMISSÃO TÉCNICA, também poderá requerer a presença de representante legal e técnico do VERIFICADOR INDEPENDENTE, com vistas a contribuir para a discussão.

10.13.3. A tentativa de composição de conflitos que tenham por base desacordos em relação à nota final dos INDICADORES DE DESEMPENHO por meio da COMISSÃO TÉCNICA é requisito necessário para formalização de tal pedido pela via da arbitragem.

10.14. Sem prejuízo das sanções aplicáveis, a CESAN poderá realizar a retenção de pagamentos à CONCESSIONÁRIA para reparar irregularidades nos BENS REVERSÍVEIS que tenham sido verificados em vistorias realizadas pela CESAN e, uma vez comunicadas à CONCESSIONÁRIA, não tenham sido reparadas no prazo assinalado pela CESAN.

10.14.1. A retenção ocorrerá caso a CESAN assuma os custos do reparo ou remediação, no caso de a CONCESSIONÁRIA permanecer inerte após instada a adotar as providências cabíveis no prazo indicado pela CESAN, o qual levará em conta a gravidade e a complexidade da situação e da providência a ser adotada.

[g.n]

Como pode ser observado, o procedimento de fiscalização definido para realização mensal é a verificação, pelo verificador independente, por recalculo dos índices de desempenho previstos no mecanismo de remuneração, a partir de relatório apresentado pela(s) futura(s)

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

concessionária(s). Não é identificado procedimento padronizado para as “vistorias para identificar irregularidades nos bens reversíveis”, com periodicidade, requisitos específicos, etc.

Com relação aos projetos, o Contrato estabelece que a Cesan verificará a ocorrência de erro técnico grave ou desatendimento flagrante às disposições do Edital, das normas de segurança e da boa técnica de engenharia. Em seus termos.

[...]

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA – OBRAS E SERVIÇOS SOB RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA

[...]

22.10. A CONCESSIONÁRIA encaminhará à CESAN, em até 03 (três) meses da conclusão de cada uma das obras executadas, 3 (três) exemplares completos dos memoriais descritivos e peças gráficas (desenhos “as built”), definitivas, em meio eletrônico e impresso que permita a sua reprodução de acordo com as normas técnicas aplicáveis.

22.11. Com o recebimento dos 3 (três) exemplares completos dos memoriais descritivos e peças gráficas (“as built”), a CESAN emitirá o termo de constatação da conclusão da obra.

[...]

22.13. Com antecedência de, no mínimo, 60 (sessenta) dias ao início da execução das obras, a CONCESSIONÁRIA deverá encaminhar à CESAN os projetos executivos e demais estudos, para sua ciência, eximindo a CESAN de qualquer responsabilidade técnica.

22.13.1. A CESAN poderá, excepcionalmente e desde que de forma tecnicamente fundamentada, requerer, num prazo máximo de 30 (trinta) dias após o recebimento do projeto executivo, a revisão de seu conteúdo ou de parcelas deste quando se verificar erro técnico grave ou desatendimento flagrante às disposições do EDITAL, das normas de segurança, da boa técnica de engenharia, do CONTRATO e de seus ANEXOS.

22.14. A não solicitação pela CESAN da revisão do conteúdo dos projetos executivos, nos termos da subcláusula 22.13.1, não exime a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

CONCESSIONÁRIA de responsabilidade quanto aos erros e defeitos técnicos porventura verificados nos projetos, nas respectivas obras executadas, das normas de segurança, da boa técnica de engenharia.
[...]
[g. n.]

Não é identificado procedimento padronizado para essa verificação. Entende-se que a transferência do risco de projeto não exime a Cesan da fiscalização quanto ao atendimento a requisitos de projeto. A deficiência de requisitos de projeto inclusive quanto à atualidade, sustentabilidade e eficiência foi objeto de aponte em achado específico.

Por outro lado, a minuta do Contrato é taxativa sobre os poderes de fiscalização. Em seus termos.

CAPÍTULO VI – FISCALIZAÇÃO

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA – FISCALIZAÇÃO

26.1. A fiscalização da CONCESSÃO, abrangendo todas as atividades da CONCESSIONÁRIA durante todo o PRAZO DA CONCESSÃO, será executada pela CESAN, por meio da Unidade Gestora de PPP (O-UGP), ou unidade que a substitua, sem prejuízo da fiscalização dos serviços realizada por órgãos reguladores e fiscalizadores.

26.2. A CONCESSIONÁRIA, além das demais obrigações de prestar as informações estabelecidas no EDITAL, no CONTRATO e na legislação aplicável, preparará e apresentará à CESAN, anualmente, até o 10º dia útil de maio de cada ano, as demonstrações financeiras relativas ao exercício fiscal do ano anterior, incluindo, dentre outros, o Relatório da Administração, o Balanço Patrimonial, Demonstração dos Lucros ou Prejuízos acumulados, a Demonstração de Resultados do Exercício, a Demonstração dos Fluxos de Caixa e as Notas Explicativas do Balanço.

26.2.1. As informações exigidas na subcláusula 26.2 têm por objetivo, exclusivamente, permitir à CESAN fiscalizar a solidez financeira da CONCESSIONÁRIA.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

26.3. Até o término do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA, a CONCESSIONÁRIA deverá apresentar a equipe necessária para garantir a operacionalidade efetiva do CONTRATO, a qual deverá ser exclusiva para essa CONCESSÃO. A dedicação exclusiva deve ser garantida em nível de gestão para os seguintes processos:

I. Administrativo/Financeiro;

II. Operação e Manutenção;

III. Projetos e Obras;

IV. Meio Ambiente, Segurança e Qualidade.

26.4. Durante todo o PRAZO DA CONCESSÃO, a CONCESSIONÁRIA deverá:

26.4.1. Prestar informações e esclarecimentos requisitados pela CESAN, garantindo-lhe o acesso, a qualquer tempo, a todas as dependências do SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO;

26.4.2. Acatar imediatamente as determinações que a CESAN vier a fazer, no âmbito de seus poderes de fiscalização, sem prejuízo de apresentar o recurso cabível, nos termos da legislação aplicável;

26.4.3. Explicar detalhadamente eventuais desvios entre o andamento dos serviços e o cronograma em vigor e, tratando-se de atrasos, apresentar as medidas que estão sendo tomadas para superá-los.

26.5. Para exercer completa fiscalização sobre a CONCESSIONÁRIA, a CESAN terá amplos poderes, inclusive para:

26.5.1. Exigir da CONCESSIONÁRIA a estrita obediência às especificações e normas contratuais e legais.

26.5.2. Rejeitar ou sustar qualquer serviço em execução que ponha em risco a segurança, a ordem pública, e bens de terceiros.

26.6. Se a CONCESSIONÁRIA não acatar as determinações da CESAN, dentro de seus poderes de fiscalização, esse terá o direito de tomar, diretamente ou através de terceiros, as providências necessárias para corrigir a situação, sendo a CONCESSIONÁRIA responsável por suportar todos os custos incorridos, observado no que for aplicável a subcláusula 10.14.1.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

26.7. A CESAN poderá se utilizar das garantias prestadas pela CONCESSIONÁRIA para cobertura dos custos incorridos por força da aplicação do disposto nesta Cláusula, sem prejuízo do direito da CONCESSIONÁRIA de apresentar o recurso cabível nos termos da legislação aplicável.

[g. n.]

Entende-se que é exigível que o contrato exponha o procedimento de fiscalização por vistorias, diligências e exame de projetos com predefinição de escopo, periodicidade, regras de amostragem, entre outros. A indefinição deste procedimento, associada à deficiência de requisitos/indicadores/padrões de nível de serviço, concorre para fiscalização deficiente no âmbito da execução contratual e fragilizam a parcela de regulação exercida por meio de sanções e/ou retenção de pagamentos.

Diante do exposto, sugere-se notificar a unidade gestora, para prestar esclarecimentos, bem como ao final, mantendo-se o achado, determinar que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a elaboração de procedimentos de fiscalização por vistorias, diligências, exame de projetos e outros instrumentos vislumbrados por seu corpo técnico, com predefinição de escopo, periodicidade e regras de amostragem para cada parcela relevante do objeto.

3.26.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

No âmbito desse Achado, o d. NDR questiona que os meios de fiscalização previstos no Contrato seriam insuficientes.

Nessa linha, o NDR entende que seria necessário expedir determinação para:

“que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a elaboração de procedimentos de fiscalização por vistorias, diligências, exame de projetos e outros instrumentos vislumbrados por seu corpo técnico, com predefinição de escopo, periodicidade e regras de amostragem para cada parcela relevante do objeto".

Cabe frisar que os dispositivos sobre fiscalização do Contrato do Projeto são bastante similares aos da PPP Cariacica. Ainda, a

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

fiscalização pela CESAN deverá seguir, no que for aplicável, os dispositivos do art. 181 e ss. do RLC que tratam sobre fiscalização.

Assim, a CESAN realizou ajuste para indicar que a fiscalização também observará os dispositivos do RLC.

3.26.4 Análise Técnica

O Relatório de Acompanhamento indicou a necessidade de constar do edital o método de fiscalização pela insuficiência de descrição de procedimentos como vistorias, diligências, exame de projetos, entre outros. A descrição contemplaria a definição dos procedimentos, sua periodicidade e regras de amostragem para cada parcela relevante do objeto.

A Cesan informou que os dispositivos sobre fiscalização do Contrato do Projeto são bastante similares aos da PPP Cariacica. Entende-se que a existência de modelagem de contrato anterior não afasta a necessidade da melhoria apontada. Nesse ponto, destaca-se que as ações de controle realizadas por esta Corte em outros contratos de PPP para universalização do esgotamento sanitário identificaram lacunas de fiscalização que, entende-se, são fontes para melhorias de contratos futuros.

A Cesan informou ainda que a fiscalização deve seguir, no que couber, o “RLC”. Infere-se que o “RLC” é o Regulamento de Licitações da Cesan - revisão 2 aprovado pelas Deliberações 5047/2023 e 5074/2023 . A seguir transcreve-se a Seção XI, que traz o art. 181 e seguintes.

Seção XI Da gestão e fiscalização dos contratos

Art. 181. A gestão e a fiscalização do contrato consistem na verificação da conformidade da sua escorreita execução e da alocação dos recursos necessários, de forma a assegurar o perfeito cumprimento do pactuado, devendo ser exercido pelo gestor do contrato designado pela CESAN, que poderá ser auxiliado pelo fiscal do contrato, cabendo ao responsável legal ou preposto da Contratada o acompanhamento dessas atividades.

§ 1º. Em razão da especificidade do contrato, quando envolver complexidade e mais de uma especialidade, ou por questões de

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

conveniência da CESAN, a fiscalização da execução contratual poderá ser realizada por meio de um grupo ou comissão de profissionais da Companhia, designados previamente pelo(a) Diretor(a) da Área demandante.

§ 2º. A critério da CESAN, a fiscalização ou acompanhamento técnico da obra poderá se realizar por empresa contratada para este fim ou por meio de convênio ou parcerias com outros órgãos ou instituições.

§ 3º. A Contratada deverá designar e indicar seu representante legal ou seu preposto, que a representará e se responsabilizará por todos os aspectos técnicos e legais, devendo efetuar o acompanhamento contínuo e periódico da execução do contrato.

§ 4º. As partes anotarão em registro próprio, todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

§ 5º. As partes deverão adotar procedimentos e métodos de gestão que além de atender o presente RLC, assegurem o cumprimento dos requisitos preconizados na Licitação, Contrato, Termo de Referência, Projetos e Especificações - sempre de acordo com as normas e legislação pertinentes. Eventuais necessidades de alteração no projeto, especificações ou nas quantidades deverão obrigatoriamente ser formalizadas tempestivamente para que não ocorra situação de comprometimento de recursos sem a respectiva cobertura financeira e prazos contratuais.

Art. 182. As decisões e providências que ultrapassarem a competência dos Gestores e/ou Fiscais deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas necessárias e convenientes.

Art. 183. É competência do gestor ou fiscal da CESAN, dentre outras:

I - provocar a instauração de processo administrativo com o objetivo de apurar responsabilidade ou prejuízo resultante de erro ou vício na execução do contrato ou de promover alteração contratual, especialmente no caso de solução adotada em projeto inadequado, desatualizado tecnologicamente ou inapropriado ao local específico;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> II - identificar a necessidade de modificar ou adequar a forma de execução do objeto contratado; e
> III - atestar a plena execução do objeto contratado, inclusive promovendo a avaliação de desempenho do contratado, conforme instrumento convocatório.
> Art. 184. É dever do representante ou preposto da Contratada, dentre outros:
> I - zelar pela manutenção, durante todo o período de execução do contrato, das condições estabelecidas no Instrumento Convocatório e das Normas Regulamentadoras e Legislação correlata do Meio Ambiente e Segurança e Medicina de Trabalho, como também da regularidade fiscal e obrigações trabalhistas;
> II - zelar pela execução ou fornecimento do objeto contratual em conformidade com as normas técnicas vigentes e manuais da CESAN;
> III - zelar pela plena, total e perfeita execução do objeto contratado.
> [g.n]
> Como pode ser observado, na seção sobre fiscalização, o RLC nada traz sobre descrição de métodos e procedimentos.
> Portanto, conclui-se pela manutenção do achado.
> Por todo o exposto, conclui-se pela manutenção do achado A26(Q6) com seguinte proposta de deliberação: determinar que faça constar do edital/minuta do contrato a descrição precisa do procedimento de fiscalização por vistorias, diligências, exame de projetos e outros instrumentos vislumbrados por seu corpo técnico, com predefinição de escopo, periodicidade e regras de amostragem para cada parcela relevante do objeto bem como a estrutura de governança a ser utilizada no âmbito da gestão contratual.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.27 DEFICIÊNCIA NO DETALHAMENTO DOS PROCEDIMENTOS DE MEDIÇÃO DOS INDICADORES

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

**A27(Q5) - Deficiência no detalhamento dos procedimentos de medição dos indicadores**

**Critérios:**

**O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, *ipsis litteris*, da seguinte maneira:**

O indicador IRC – índice de remoção de carga poluente do esgoto recebido na Estação de Tratamento de Esgoto (ETE) - mede o percentual de remoção de demanda bioquímica de oxigênio (DBO) na comparação entre os resultados das análises laboratoriais do DBO afluente e o DBO efluente em todas as estações de tratamento de esgoto em operação pela Concessionária, sendo que, nos municípios com mais de uma estação, será considerada uma média de acordo com o volume tratado no período de referência.

As metas estabelecidas para este indicador, para cada um dos municípios integrantes da concessão, encontram-se no Anexo 2 do Edital - Caderno de Encargos (Evento 22).

Ocorre que, na análise do indicador, verificou-se que não foi detalhada adequadamente a forma como se dará a medição, haja vista o fato dele ser medido separadamente em cada município, mas, a nota do indicador ser única.

Assim, não está claro qual será a metodologia utilizada para se calcular a nota final do indicador IRC após apurar a eficiência de remoção de DBO em relação à meta estabelecida para cada município.

Será uma média simples?

Será uma média ponderada considerando o somatório da capacidade nominal das estações de tratamento de cada município?

Será uma média ponderada considerando a vazão observada em cada município no período?

Tal metodologia deve estar clara para evitar questionamentos ao longo da execução contratual.

Outros indicadores cujos procedimentos de aferição das metas não estão claros são os ICE (índice de cobertura de esgoto) e IAE (índice de atendimento de esgoto). Tais indicadores medem o número de economias residenciais com sistema de coleta e tratamento de esgoto disponível e o de economias residenciais ativas com sistema de coleta e tratamento de esgoto, respectivamente

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

As metas para esses indicadores estão disponíveis na Peça Complementar 04502/2024-9 (ICE) e na Peça Complementar 04958/2024-5 (IAE). Como é possível verificar nos documentos mencionados, há metas especificas para cada município e um valor global.

Na descrição dos indicadores é informado que os dados que devem ser utilizados na fórmula são os da área da concessão, o que dá a entender que será realizado um único cálculo abrangendo todos os municípios do contrato.

Assim, não está claro se as metas específicas previstas para cada município precisarão serem atingidas pela Concessionária, ou se basta atingir o valor global.

Destaca-se que, se o indicador for medido apenas com o somatório global das economias da área da concessão, tal metodologia permite a compensação entre os municípios, ou seja, se um município tiver um número de ligações superior à meta estabelecida, poderá a Concessionária deixar de realizar o número mínimo de ligações em algum outro município, e mesmo assim atingir a meta.

Tal compensação poderá prejudicar o cumprimento das metas de universalização previstas no novo marco do saneamento em algum município.

Ante o exposto, sugere-se a notificação da Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que se manifeste quanto ao teor do presente apontamento, apresentando as justificativas que entender necessárias em caso de discordância. Por outro lado, caso concorde com o apontamento, a justificativa apresentada deve informar essa concordância e juntar as medidas tomadas para melhorar o detalhamento dos procedimentos dos indicadores.

Após a apreciação das justificativas apresentadas pelo Responsável, e em caso de manutenção do presente achado, sugere-se a expedição de Determinação à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, o detalhamento adequado dos procedimentos dos indicadores IRC, ICE e IAE, de forma que não restem dúvidas quanto ao procedimento e à metodologia que devem ser adotados para a medição e a verificação do atingimento de metas, conforme fundamentação constante neste apontamento.

**Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:**

Com relação a esse Achado, o d. NDR determina que, antes da publicação do edital, se comprove o detalhamento adequado dos procedimentos dos indicadores IRC, ICE e IAE, de modo que não restem dúvidas quanto ao procedimento e à metodologia que devem ser adotados para a medição e a verificação do atingimento de metas.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

O item 4 do Anexo 04 – Metas e Indicadores de Desempenho apresenta o regramento geral do cálculo do desempenho da concessionária e o detalhamento de cada indicador. O item 4.6 do referido anexo apresenta o seguinte texto:

“A avaliação dos indicadores será realizada com base na ÁREA DA CONCESSÃO. Inicialmente, será calculado o INDICADOR DE DESEMPENHO do Município. Se o INDICADOR DE DESEMPENHO de qualquer Município resultar em NOTA ZERO, essa NOTA será automaticamente atribuída a todos os Municípios para esse indicador”.

Visando ao atendimento da determinação do d. NDR, foram realizados aprimoramentos no Anexo 04 – Metas e Indicadores de Desempenho para deixar mais clara a metodologia adotada para medição e verificação dos indicadores IRC, ICE e IAE, atendendo também às determinações dos Achados nº 20 e 31.

**Análise Técnica**

A Cesan informou que **acatou** o posicionamento do NDR. Desta forma, resta realizar a conferência sobre a revisão de documentos para suficiência do detalhamento dos procedimentos de medição dos indicadores.

Quanto ao detalhamento do indicador IRC – índice de remoção de carga poluente do esgoto recebido na Estação de Tratamento de Esgoto (ETE), destaca-se que a alteração da metodologia de medição do indicador tornou o detalhamento sugerido no Relatório de Acompanhamento desnecessário.

Desse modo, entende-se que, para esse indicador as alterações realizadas pela Cesan foram suficientes para afastar o apontamento realizado.

Em relação aos indicadores ICE (índice de cobertura de esgoto) e IAE (índice de atendimento de esgoto) em que pese terem sido detalhadas, as metodologias estabelecidas ainda podem gerar dúvidas.

Isso porque, nos itens 5.1.6 do ICE e 5.2.5 do IAE é informado que as metas estão no Caderno de Encargos.

Entretanto, após apresentar a fórmula de cálculo, há outro quadro de metas/notas com o qual o percentual calculado no ICE ou no IAE deve ser comparado.

As fórmulas para se calcular o ICE e o IAE são as seguintes:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

$$ICE = \left[ \frac{\left( \begin{array}{l} Quant.\,de\,economias\,resid.\,ativas\,com\,tratamento\,de\,esgoto + Quant.\,de\,economias\,não\,resid.\,ativas\,com\,tratamento\,de\,esgoto + \\ Quant.\,de\,economias\,resid.\,inativas\,com\,tratamento\,de\,esgoto + Quant.\,de\,economias\,não\,resid.\,inativas\,com\,tratamento\,de\,esgoto + \\ Quant.\,de\,economias\,resid.\,factíveis\,com\,tratamento\,de\,esgoto + Quant.\,de\,economias\,não\,resid.\,factíveis\,com\,tratamento\,de\,esgoto \end{array} \right) x\,100}{Quantidade\,de\,domicílios\,residenciais\,e\,não\,residenciais,\,ocupados\,ou\,não\,ocupados,\,existentes} \right]$$

$$IAE = \left[ \frac{(Quantidade\,de\,economias\,residenciais\,ativas\,com\,tratamento\,de\,esgoto) x\,100}{Quantidade\,de\,domicílios\,residenciais\,ocupados\;\;existentes} \right]$$

Já o quadro de metas/notas são os seguintes:

| Nota | Meta |
|---|---|
| 1,00 | ICE ≥ 98% |
| 0,70 | 96% ≤ ICE < 98% |
| 0,50 | 95% ≤ ICE < 96% |
| 0 | ICE < 95% |

| Nota | Meta |
|---|---|
| 1,00 | IAE ≥ 98% |
| 0,70 | 93% ≤ IAE <98% |
| 0,50 | 88% ≤ IAE < 93% |
| 0 | IAE < 88% |

Considerados as fórmulas dos índices ICE e AIE e os quadros com metas e notas acima, pode ser interpretado que já no primeiro ano do contrato a concessionária deve apresentar uma cobertura/atendimento de 98%, o que não é factível.

Assim, a única interpretação factível, mas não é a que está escrita na descrição do indicador, é a de que antes de se apurar a nota para esses indicadores é necessário realizar uma comparação do percentual encontrado para cada índice (ICE e IAE) com o total de cada lote (valores para cada ano constantes no Apêndice I do Caderno de Encargos). Assim, somente após essa comparação é que se irá apurar a nota do indicador, conforme tabelas acima transcritas.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Ante o exposto, sugere-se a **manutenção do presente achado, com a expedição de recomendação à Cesan**, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que, antes da publicação do edital, detalhe adequadamente os procedimentos dos indicadores ICE e IAE, de forma que não restem dúvidas quanto à metodologia que deve ser adotada para a medição e a verificação do atingimento de metas, conforme fundamentação constante neste apontamento.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.28 DEFICIÊNCIA NO DETALHAMENTO DOS PROCEDIMENTOS DO INDICADOR IRA

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.28 A28(Q5) - Deficiência no detalhamento dos procedimentos do indicador IRA.
> 3.28.1 Critérios:
> 3.28.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> O indicador de regularidade ambiental – IRA - tem como objetivo monitorar o percentual de condicionantes ambientais atendidas dentro do prazo para os sistemas em operação (licenças e outorgas vigentes).
> Tal indicador foi implementado com o objetivo de garantir a regularidade ambiental na operação do sistema de esgotamento. Ele é calculado a partir do número de condicionantes ambientais e de outorga com atendimento em dia, no mês, dividido pelo número de condicionantes ambientais e de outorga que devem ser atendidas no mês vigente.
> Entretanto, em que pese o aspecto fundamental que este indicador pretende medir, ele depende da atuação de órgãos que não são parte no contrato, o que pode fazer com que o resultado seja ineficaz.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Além disso, não há um detalhamento claro de como será medido esse indicador, haja vista as várias situações que podem ocorrer ao longo da execução contratual.

Seguem abaixo alguns questionamentos/afirmações que necessariamente ocorrerão na medição do indicador e que precisam ser considerados para avaliar a pertinência, ou não, da manutenção deste indicador:

a) o indicador não esclarece o que acontecerá caso a Concessionária não obtenha a licença ambiental e/ou a portaria de outorga. Neste ponto, cabe deixar claro que a Concessionária pode usar inúmeros artifícios para dar a entender (processualmente) que está tomando medida para a obtenção das licenças/portarias de outorgas, quando na verdade está apenas postergando o processo (ofícios protelatórios e sem atender na íntegra o que o órgão ambiental requer).

Maurício Portugal Ribeiro , inclusive esclarece que tal prática é um artifício muitas vezes utilizados pelas Concessionárias, quando o contrato permite, para postergar investimentos, nos seguintes termos:

O descumprimento de contratos de concessão não é um fenômeno novo no mundo. E os remédios a serem adotados contra esse mal dependem do tipo de descumprimento.

Há descumprimentos que resultam da imprevidência, sem má-fé, dos participantes do leilão. É o fenômeno chamado de “maldição do vencedor”. Ocorre quando participantes do leilão, deslumbrados com alguma circunstância específica ou desinformados sobre os reais custos para implantar e operar um projeto, fazem propostas que depois descobrem ser inviáveis.

Outras vezes — e esse parece ser o caso do Brasil — o descumprimento é evento planejado por empresas que já entram na licitação contando com a leniência ou conivência do órgão fiscalizador e com a lentidão e resistência do governo de decretar a caducidade de contratos de concessão descumpridos (pelo temor de assumir o ônus político do insucesso da concessão).

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Nesse contexto, ocorrem os falsos cumprimentos de contrato: o concessionário finge que cumpre o contrato, se negando, contudo, a realizar os investimentos necessários à prestação do serviço com a qualidade prevista no contrato. Segue auferindo as receitas tarifárias e administrando no varejo as acusações de descumprimento do contrato, usando, muitas vezes, vezos (sic) marotos para culpar os órgãos ambientais, o regulador, o governo e o acaso pelos problemas na prestação dos serviços. Isso geralmente acontece em concessões de projetos brownfield (isto é, que já estão implantados como rodovias e aeroportos existentes quando da licitação), nos quais é possível iniciar a cobrança de tarifas antes de realizar grandes investimentos.
O pretexto mais utilizado para o descumprimento dos prazos é a falta da licença ambiental. Culpa-se, assim, o "radicalismo dos órgãos ambientais" pelo atraso na realização das obras. Para isso, o ardil já empregado no passado é o concessionário causar o atraso no próprio processo de licenciamento, seja pela não realização dos estudos ambientais requeridos, seja por não trazer ao processo de licenciamento os documentos exigidos.

b) o indicador estabelece que devem ser consideradas na medição as condicionantes que devem ser atendidas no mês, entretanto a medição deste indicador será trimestral. Além disso, não deixa claro como serão tratados descumprimentos de condicionantes ocorridos em períodos anteriores e que ainda não foram sanados pela Concessionária;
c) também deixa dúvidas na medição a afirmação constante no subitem 5.10.3 "Por condicionantes ambientais e de outorga com atendimento em dia compreendem aquelas que estão em conformidade com os prazos estabelecidos". A dúvida ocorre pois não está claro o que quer dizer "em conformidade com os prazos estabelecidos".
Assim, se a condicionante fixa um prazo para cumprimento de determinada providência, a Concessionária não atende no prazo, mas envia um ofício ao Órgão Ambiental solicitando prorrogação de prazo,

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

essa condicionante será considerada atendida mesmo sem resposta do órgão ambiental?

d) E se for considerada atendida, essa consideração será até o final do prazo estabelecido pela própria Concessionária no ofício encaminhado? Nesse caso não há o risco de os prazos passarem a ser estabelecidos pela Concessionária em vez do órgão ambiental titular?

e) Será necessária uma manifestação do Órgão Ambiental estabelecendo novo prazo? (manifestação essa que, como é de conhecimento comum, especialmente da Cesan que enfrenta essa situação rotineiramente, via de regra não ocorre.)

f) E no caso de solicitação de prazo reiterada, mesmo assim a condicionante será considerada atendida, sem nenhuma consideração da Cesan sobre a real necessidade da prorrogação, ou se a providência constante na condicionante já poderia ter sido atendida? (cabe lembrar trecho já citado de Maurício Portugal destacando que as Concessionárias muitas vezes se utilizam de artifícios protelatórios para não atender as obrigações ambientais, principalmente as que requerem investimentos).

g) E se porventura, quando da fiscalização do órgão ambiental (a qual normalmente só ocorre no momento de renovação das licenças – às vezes a cada dez anos) esse entenda que a prorrogação de prazo solicitada pela Concessionária não era pertinente, ou seja, a Concessionária deveria ter entregado a condicionante ambiental no prazo, o que deverá acontecer com o indicador? Deverá ser considerado um descumprimento desde o prazo constante na condicionante até a data da manifestação do órgão ambiental como não atendido (ou até a data em que a Concessionária efetivamente atendeu a condicionante)?

h) E no caso de recurso, como proceder? Esperar o julgamento do recurso e em caso de manutenção do entendimento de não atendimento da condicionante considerar no indicador como condicionante não atendida desde a data inicial do descumprimento?

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

A análise desses questionamentos demostra que, salvo sejam estabelecidos detalhamentos dos procedimentos do indicador que realmente induzam a Concessionária a ter incentivos para cumprir as condicionantes ambientais no prazo estabelecido pelo órgão competente, o ideal seria a sua substituição.

Na análise de contratos recentes firmados para concessão do serviço de esgotamento sanitário (CEDAE e CASAL ), verifica-se que, a regularidade ambiental é medida apenas com a Concessionária apresentando todas as licenças e portarias de outorga exigidas no sistema de esgotamento sanitário.

Entende-se que a Cesan estabeleceu esse indicador zelando pelo atendimento de certas condicionantes ambientais que são importantes para ela, entretanto, como esse indicador, pelos problemas já apresentados neste apontamento, dificilmente induzirá a concessionária a se esforçar para atendê-los, o ideal seria estabelecer como nível de serviço o atendimento das condicionantes que são mais importantes e que se relacionam diretamente com a qualidade do serviço prestado pela Concessionária.

Exemplo de condicionante prevista em todas as licenças e portarias de outorga e que se relaciona diretamente com a qualidade dos serviços prestados é a qualidade do efluente que sai das estações de tratamento.

Em que pese ter sido estabelecido um indicador para medir a eficiência na remoção de DBO, existem outros elementos que são despejados nos corpos hídricos e que a legislação estabelece níveis máximos aceitáveis. Além disso, a simples medição da eficiência na remoção de DBO não garante que a quantidade dessa substância que será despejada no corpo receptor estará em conformidade com o limite estabelecido na legislação ambiental.

Isso porque, em corpos hídricos como pouca vazão pode ter casos que mesmo com uma eficiência de tratamento que atenda ao estabelecido no indicador, o limite de DBO despejado esteja superior ao ambientalmente suportável pelo corpo híbrido, conforme critérios definidos na legislação.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Assim, entende-se que seria muito mais efetivo para garantir o atendimento à legislação ambiental, a exigência apenas da apresentação de licenças e portarias de outorgas vigentes exigidas no sistema de esgotamento sanitário e o estabelecimento como nível de serviço das obrigações ambientais mais importantes e relacionadas com a qualidade do serviço prestado pela Concessionária, deixando a cargo do órgão ambiental competente a fiscalização do cumprimento das demais condicionantes por ele impostas.

Ante o exposto, sugere-se a notificação da Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que se manifeste quanto ao teor do presente apontamento, apresentando as justificativas que entender necessárias em caso de discordância. Por outro lado, caso concorde com o apontamento, a justificativa apresentada deve informar essa concordância e juntar as medidas tomadas para tornar o indicador efetivamente sensível ao que pretende medir.

Após a apreciação das justificativas apresentadas pelo Responsável, e em caso de manutenção do presente achado, sugere-se a expedição dos seguintes encaminhamentos:

I. Determinação para a Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, o detalhamento adequado dos procedimentos do indicador IRA, de modo que ele seja capaz de efetivamente induzir a Concessionária a atender às condicionantes ambientais na forma e no prazo estabelecido pelos órgãos ambientais competentes, conforme fundamentação constante neste subitem;

II. Caso não seja possível o detalhamento na forma estabelecida na determinação acima, sugere-se a expedição de recomendação à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que substitua o indicador IRA por um que meça se as estações de tratamento estão com as licenças vigentes, e estabelecendo como nível de serviço (através de indicador de desempenho ou no caderno de encargos) as obrigações ambientais

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

mais importantes e relacionadas com a qualidade do serviço prestado pela Concessionária.

3.28.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Inicialmente, o objetivo do IRA é verificar o atendimento às condicionantes estabelecidas nas licenças de operação e outorgas das estações de tratamento de esgoto pela concessionária. A CESAN limita-se a monitorar e acompanhar os trabalhos realizados pela concessionária, sem realizar juízo de valor quanto aos pedidos/processos protocolados pela concessionária junto ao órgão responsável, cabendo à CESAN verificar à observância às diretrizes ambientais estabelecidas no edital, contrato e seus anexos, a partir de evidências que serão apresentadas pela concessionária.

Ressalta-se que os órgãos responsáveis possuem gestão e procedimentos próprios, de forma que a CESAN e a concessionária não podem interferir nos prazos por eles estabelecidos para fiscalização ou retorno de processos, sendo possível apenas a contínua comunicação e acompanhamento.

Porém, foram realizados aprimoramentos no Anexo 04 – Metas e Indicadores de Desempenho em relação ao IRA, para esclarecer a forma de apuração do indicador e incorporar metodologia para acompanhamento da situação das licenças de operação das estações de tratamento de esgoto.

3.28.4 Análise Técnica

A Cesan informou que acatou o posicionamento do NDR. Desta forma, resta realizar a conferência sobre a revisão de documentos para suficiência do detalhamento dos procedimentos do indicador IRA.

Na análise do indicador IRA (item 5.10 do Anexo 4 – Metas e Indicadores de Desempenho – evento 22581), verifica-se um maior detalhamento dos procedimentos, de forma a reduzir possíveis conflitos de interpretação ao longo da execução contratual.

Verifica-se também que o indicador passou a considerar a obrigação de obtenção de todas as Licenças Ambientais e Portarias de Outorgas

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

(destaca-se que já há ressalva quanto ao peso atribuído para cada indicador no item 3.20 desta ITC).

Ante o exposto, sugere-se o afastamento do presente apontamento.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

**2.29 DEFICIÊNCIA NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS IMPOSTOS SOBRE A RENDA (IMPOSTO DE RENDA PESSOA JURÍDICA E CONTRIBUIÇÃO SOCIAL SOBRE O LUCRO LÍQUIDO)**

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.29 A29(Q7) - Deficiência na apuração da base de cálculo dos impostos sobre a renda (Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido)
>
> 3.29.1 Critérios:
>
> 3.29.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
>
> A base de cálculo dos impostos sobre a renda (Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IPRJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL) utilizada para se calcular o montante devido para esses tributos foi a constante na linha 167 da aba “DRE” das planilhas dos estudos de viabilidade econômico-financeiros do projeto (Planilha Eletrônica 79 – LOTE 1 e Planilha Eletrônica 80 – LOTE 2).
>
> Essa base de cálculo foi apurada considerando uma demonstração intitulada no estudo como “Demonstração de Resultado – Gerencial” a qual está detalhada nas linhas 128 a 172 da aba “DRE”.
>
> Ocorre que, nessa demonstração de resultado (Demonstração de Resultado – Gerencial) a base de cálculo para apuração dos impostos sobre a renda não foi devidamente ajustada para retratar adequadamente a forma de apuração desses impostos (IRPJ e CSLL) definida na Instrução Normativa RFB 1.700/2017, especificamente nos arts. 168 e 169 .

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Em resumo, o regulamento da Receita Federal estabelece que o lucro decorrente da receita da fase de construção cuja contrapartida seja ativo financeiro poderá ser tributado na medida do seu efetivo recebimento, entretanto, na demonstração de resultado elaborada não foram abatidos os custos de construção, sendo tributada a receita de construção de forma integral (receita de construção embutida na contraprestação e diferida ao longo do contrato).

Ou seja, o que foi posto à tributação não foi o lucro (receitas menos despesas) da atividade de construção, e sim a receita de construção integral (todo o faturamento), o que não está de acordo com o estabelecido na legislação tributária.

Ressalta-se que usualmente em uma estruturação de PPP como o contrato ainda não está em execução, não sendo possível se mensurar a margem de lucro do serviço de construção, as receitas de construção e de serviços são reconhecidas no limite dos custos incorridos (conforme, inclusive, o art. 45 do Pronunciamento Técnico CPC 47 dispõe que deve ser feito).

Destaca-se que o próprio estudo, ao calcular a receita de construção e a receita de serviços, o faz considerando justamente os custos incorridos, conforme se pode verificar na análise das fórmulas constantes nas células das linhas 25 (receita de construção) e 85 da aba “Projeções-Auxiliar” do estudo de viabilidade econômico-financeiro.

Assim, como em estruturações de PPP, as receitas de construção e de serviço são idênticas aos seus custos, o que resta como lucro da operação é receita financeira apurada (devidamente descontada dos impostos sobre o faturamento, no caso, PIS e Cofins), a qual deve ser tributada de forma diferida, conforme o já transcrito art. 169 da Instrução Normativa 1700/2017 da RFB.

Ante o exposto, sugere-se a notificação da Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que se manifeste quanto ao teor do presente apontamento, apresentando as justificativas que entender necessárias em caso de discordância. Por outro lado, caso concorde com o apontamento, a justificativa

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

apresentada deve informar essa concordância e juntar nova planilha a apuração dos impostos sobre a renda realizada de forma correta.

Após a apreciação das justificativas apresentadas pelo Responsável, e em caso de manutenção do presente achado, sugere-se a expedição de determinação à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a alteração da metodologia de apuração dos impostos sobre a renda, de forma a atender adequadamente às normas expedidas pela Receita Federal do Brasil para apuração desses tributos nas parceiras públicos-privadas, conforme fundamentação constante neste apontamento.

3.29.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Nesse aspecto, é importante ressaltar que na modelagem econômico-financeira utilizou-se os conceitos apresentados pelo Comitê de Pronunciamentos Contábeis - CPC por meio da Interpretação Técnica ICPC 01, referente à correlação dos Contratos de Concessão às Normas Internacionais de Contabilidade do International Financial Reporting Standards - IFRS, emitidas pelo International Accounting Standards Board - IASB.

A ICPC 01 indica que a infraestrutura de serviços públicos " não será registrada como ativo imobilizado do concessionário", uma vez que o contrato de concessão não transfere à concessionária o direito de controlar o uso da infraestrutura de serviços públicos.

De acordo com a referida interpretação, o concessionário deve reconhecer e mensurar a receita dos serviços que presta de acordo com o CPC 47 – Receita de Contrato com Cliente. Além disso, a remuneração auferida pela concessionária deve corresponder a um ativo financeiro, pois teria direito contratual de receber caixa do poder concedente:

"O Concessionário deve reconhecer um ativo financeiro à medida em que tem o direito contratual incondicional de receber caixa ou outro ativo financeiro do Poder Concedente pelos serviços (...). O Concessionário tem o direito incondicional de receber caixa se o

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Poder Concedente garantir em contrato o pagamento (a) de valores preestabelecidos ou determináveis, ou (b) insuficiência, se houver, dos valores recebidos dos usuários dos serviços públicos com relação aos valores preestabelecidos ou determináveis, mesmo se o pagamento estiver condicionado à garantia pelo concessionário de que a infraestrutura atende a requisitos específicos de qualidade ou eficiência."

Sendo assim, para o projeto em análise é aplicável a remuneração à concessionária correspondente a um ativo financeiro. Considerou-se que o reconhecimento do ativo financeiro pela concessionária se dará pelo custo de construção. E a amortização do ativo financeiro ocorre na medida do recebimento da Parcela de Obras (PO) referente ao serviço de construção executado pela concessionária.

Adicionalmente, à medida que as contraprestações são pagas pela CESAN, o saldo do ativo financeiro é reduzido, sendo que ao final do período de concessão o saldo do ativo financeiro deve ser igual a 0 (zero).

Outro aspecto é que os valores a serem pagos à concessionária como Parcela de Obras (PO) serão contabilizados na CESAN como ativo intangível. E à medida que as obras forem concluídas pela concessionária, a CESAN fará a transferência contábil de ativo de contrato para ativo intangível em operação. A partir desse momento, tais ativos intangíveis passam a ser depreciados/amortizados diretamente pela CESAN.

O entendimento era de que, como os investimentos não serão registrados como ativo imobilizado ou intangível do concessionário, considerou-se que não haveria a incorporação dos efeitos da depreciação / amortização desses valores para cálculo do IRPJ e CSLL do concessionário. E mais, a depreciação / amortização dos investimentos, ficaria integralmente a cargo da CESAN, a medida do reconhecimento desses investimentos no balanço da companhia.

Por outro lado, melhor analisando o apontamento deste Achado, a CESAN entende que a apuração do resultado da operação da PPP deve ser unicamente decorrente da receita financeira apurada do

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

ativo financeiro (abatendo os tributos indiretos). E essa receita financeira deve ser tributada de forma diferida, de acordo com o art. 169 da Instrução Normativa 1700/2017 da RFB, como apontado pelo d. NDR.

Para tanto, realizou-se um ajuste na planilha da modelagem econômico-financeira para cálculo da base tributável do IRPJ e CSLL. Ou seja, fez-se necessário a realização de adições e exclusões ao resultado contábil antes do imposto de renda projetado nas Demonstrações Financeiras, de modo a adequar a base tributável à legislação fiscal aplicável, especialmente quanto à inclusão da amortização dos investimentos para cálculo do IRPJ e CSLL.

Assim, os ajustes envolvem a exclusão da receita e do custo de construção, reversão da receita reconhecida pelo ajuste a valor presente do ativo financeiro, inclusão das receitas decorrentes do efetivo recebimento da contraprestação e inclusão da amortização dos investimentos reconhecidos no ativo financeiro, conforme a curva do seu efetivo recebimento.

Significa que, em relação à versão anterior, ajustou-se a base tributável do IRPJ e CSLL de modo a considerar os efeitos da amortização dos investimentos na apuração dos tributos diretos (IRPJ e CSLL). A amortização foi reconhecida no resultado do exercício, de acordo com a curva de benefício econômico esperado ao longo do prazo da concessão (ou seja, à medida do efetivo recebimento das contraprestações).

Os cálculos da amortização foram realizados com base na curva da receita estimada ao longo da concessão (a taxa de amortização do período é feita com base na proporção da receita efetiva em cada ano em relação à projeção de receita total), e seus valores são refletidos automaticamente nos resultados e nos cálculos dos tributos diretos (IRPJ e CSLL).

Com a realização deste ajuste e de outras alterações indicadas neste documento (especialmente quanto à projeção de população e volumes), recalculou-se os Preços Unitários (Pu) por m3 de esgoto medido, de modo a obter uma Taxa Interna de Retorno (TIR) do

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

projeto igual ao Custo Médio Ponderado de Capital (WACC) de 7,73%.

Ou seja, para cada lote, utilizando-se os valores estimados de investimentos (CAPEX), de custos e despesas operacionais (OPEX), assim como os valores definidos para a Parcela de Obras (PO) e as projeções do número de economias e de volume medido de esgoto, a Parcela de Serviços (PS) nos dois lote foi recalculada, resultando nos seguintes Preços Unitários (Pu) por m3 de esgoto medido: R$ 4,15 para o Lote A e R$ 4,20 para o Lote B (esses valores incorporam também os efeitos dos ajustes realizados nos estudos técnicos, especialmente quanto à revisão da população e volumes). Com esses ovos resultados, assegura-se uma Taxa Interna de Retorno (TIR) do projeto igual ao Custo Médio Ponderado de Capital (WACC) de 7,73%, em ambos os lotes.

Por fim, a nova planilha da modelagem econômico-financeira, com o ajuste na apuração dos tributos sobre a renda, é encaminhada juntamente com esta justificativa ao TCE.

3.29.4 Análise Técnica

A Cesan informou que acatou o posicionamento do NDR. Desta forma, resta realizar a conferência sobre a revisão de documentos para suficiência na apuração da base de cálculo dos impostos sobre a renda (Imposto de Renda Pessoa Jurídica e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido).

Na análise das planilhas com os estudos econômico-financeiros verificou-se que a apuração dos impostos sobre a renda considerada no fluxo de caixa do projeto se deu na aba “DRE” linhas 132 a 197, sendo que o cálculo realizado passou a descontar da base de cálculo do imposto os custos de construção amortizados (estes calculados nas linhas 444 a 450 da aba “Projeções-Auxiliar”).

Ante o exposto, entende-se que a irregularidade apresentada neste item foi corretamente sanada, de forma que se sugere o afastamento do presente apontamento.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.30 DEFICIÊNCIA NA ESTIMATIVA DE VOLUME DE ÁGUA E ESGOTO PRODUZIDOS

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.30 A30(Q7) - Deficiência na estimativa de volume de água e esgoto produzidos.
> 3.30.1 Critérios:
> 3.30.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> Para a quantificação das despesas e das receitas do projeto foram realizadas estimativas populacionais, de número de domicílios e, consequentemente, de habitantes por domicílio.
> Na análise das planilhas eletrônicas dos estudos que contém a estimativa de receitas, custos operacionais e de investimento de cada município, juntamente com as planilhas em que foram realizadas as projeções de crescimento populacional e de domicílios (Planilhas Eletrônicas 126 e 127/2024), verificou-se que os dados iniciais (2023) foram retirados das seguintes fontes:
> Número de domicílios com o serviço de água: informação retirada do cadastro comercial da Cesan (2023). Destaca-se que essa informação é o somatório das ligações ativas mais as inativas.
> Número de habitantes por domicílio: informação retirada do Censo 2010;
> População atendida com água: fórmula que retorna o menor número entre a população do município no Censo 2022 e a de um cálculo realizado considerando o número de economias (total, ativas mais inativas) no cadastro comercial da Cesan (2023) x a taxa de ocupação dos domicílios considerada no Censo 2010 x habitantes por domicílio considerando o Censo de 2010.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Na análise das fontes utilizadas para o cálculo da população é possível verificar que algumas informações não foram atualizadas, tendo sido consideradas as do Censo de 2010.

Essa mistura de informações gera inconsistências para o projeto, haja vista que o número de habitantes por domicílio vem diminuindo nos últimos anos, sendo que, para o município de Viana, por exemplo, ele reduziu de 3,35 para 2,76 .

Para melhor ilustrar, seguimos com o município de Viana como exemplo. Para este município a população, segundo o Censo do 2022 é de 73.423, enquanto o número de economias no cadastro comercial da Cesan (2023) é de 22.586, a taxa de ocupação dos domicílios considerada no Censo 2010 é de 0,87 e o número de habitantes por domicílio considerando o Censo de 2010 é de 3,35, de forma que foi encontrado o montante de 65.557 habitantes.

Assim, como a fórmula retorna o menor valor entre as duas populações calculadas, foi utilizado o montante de 65.557 habitantes.

Esse quantitativo de habitantes se refere a população atendida com água, haja vista que a fórmula que alcançou esse valor utiliza como base o número de economias com água no cadastro da Cesan.

Entretanto, conforme se pode verificar no Painel de Controle (Saneamento básico) deste Tribunal, apenas 68,20% (dados do SNIS, ref. 2022) dos habitantes do município são atendidos com água.

Assim, tomando a população total do Censo 2022 e multiplicando pelo percentual que tem acesso ao serviço de água, temos um quantitativo de cerca de 50.000 habitantes atendidos com água.

Veja que, caso a variável número de habitantes por município fosse atualizada para o índice encontrado no Censo de 2022 (2,76), o número de habitantes atendido com o serviço de água ficaria em 54.000, algo aparentemente mais próximo da realidade.

Ante o exposto, é fundamental, para que o projeto reflita a realidade do saneamento no Espírito Santo, que a variável “habitantes por domicílio” seja atualizada de acordo com a realidade atual, refletida no Censo 2022.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Destaca-se que essa variável impacta no volume de esgoto produzido, que influencia na receita (parcela variável) e em rubricas de despesa, como “energia elétrica”, “remoções de lodo” e produtos químicos”.

Além da importância de se atualizar a variável “habitantes por domicílio”, entende-se que providência fundamental e que traria uma segurança maior para a concessão seria a utilização do volume de água produzido real, haja vista que a Cesan detém essa informação.

Veja, o volume de água é calculado no projeto considerando a multiplicação da população com acesso ao serviço de água (e esta é calculada na forma já apresentada neste apontamento) por uma variável estimada de consumo médio por pessoa .

Ou seja, o cálculo realizado considera por volta de quatro variáveis para se estimar o valor de água produzido. Em que pese este cálculo realizado utilizar uma metodologia válida para quem não detém a informação do consumo real, não se vislumbra uma coerência em se realizar esse cálculo estimado quando se conhece o volume real observado do serviço na região.

Destaca-se que a utilização do volume real reduz incertezas o que resulta em propostas mais fidedignas por parte das licitantes.

Ainda em relação ao volume de água, verificou-se que o cálculo deste não considera eventual ampliação de acesso a este serviço nos municípios que ainda não estão universalizados (em relação a água).

Voltemos novamente para o exemplo de Viana. Neste município, 68,2% (conforme dados do SNIS 2022) da população tem acesso a água. Caso seja utilizado o número de residências com acesso a água esse percentual atinge 74,9% (22.586 : 30.162 ). Conforme obrigação legal constante no art. 11 B do Marco de Saneamento , até o final de 2033, o índice atendimento de água deverá ser de 99% da população.

Assim, a Cesan, que permanecerá com o serviço de água, deverá ampliar esse serviço, de forma a atingir a meta estabelecida, o que, consequentemente, elevará o número de economias e de habitantes atendidos com o serviço de água.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Entretanto, essa ampliação do serviço de água que ocorrerá nos municípios que ainda não estão universalizados, não está considerada no projeto, conforme se pode observar na metodologia de estimativa de crescimento populacional realizada nas Planilhas Eletrônicas 126 e 127/2024.

Essa não consideração impacta diretamente em rubricas de receitas (um maior número de residências com acesso a água gera um maior volume de esgoto, item que é a base da remuneração variável da futura Concessionária), despesas (um maior volume de esgoto e de residências impacta em quase todos os custo de operação) e investimentos (como os indicadores relacionados ao número de ligações de esgoto, indicadores ICE e IAE, consideram em sua fórmula uma razão entre o número de ligações de esgoto sobre o número de água, a ampliação nas ligações de água irá requerer um maior número de ligações de esgoto para se atingir a meta estabelecida, ou seja, mais investimentos na construção de mais redes, ligações prediais e intradomiciliares, entre outros).

Desta forma, o projeto deve considerar a projeção de crescimento das ligações de água, não só para o crescimento populacional e de domicílios (o que já está sendo considerado), mas também para a ampliação do serviço de água pela Cesan, visando a universalização prevista na legislação.

Ante o exposto, sugere-se a notificação da Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que se manifeste quanto ao teor do presente apontamento, apresentando as justificativas que entender necessárias em caso de discordância. Por outro lado, caso concorde com o apontamento, a justificativa apresentada deve informar essa concordância e juntar a atualização: da estimativa populacional e de domicílios atendidos, considerando o Censo 2022; da estimativa do volume de água, considerando uma projeção de crescimento do percentual de atendimento de água nos municípios ainda cujos esse serviço ainda não está universalizado.

Além disso, deve ser avaliada a possibilidade de se utilizar, quando possível, dados reais extraídos do sistema comercial da Cesan.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Após a apreciação das justificativas apresentadas pelo Responsável, e em caso de manutenção do presente achado, sugere-se a expedição de:

i. Determinação à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a atualização da variável “habitantes por domicílio” de acordo com a realidade atual, refletida no Censo 2022 e considere na estimativa de volume de água uma projeção de ampliação de acesso a este serviço nos municípios que ainda não estão universalizados, tudo conforme fundamentação constante neste apontamento;

ii. Recomendação à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que avalie a possibilidade de se utilizar, quando possível, dados reais extraídos do sistema comercial da Cesan, de modo a reduzir incertezas inerentes às estimativas realizadas, haja vista que eles representam a realidade atual do serviço, conforme fundamentação constante neste apontamento.

3.30.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Neste item, a Cesan primeiramente presta esclarecimentos acerca da metodologia que a FGV utilizou para a projeção da população. Após ela explica a metodologia sugerida pelo Tribunal, informando, na sequência, que ela foi acatada parcialmente.

Para justificar o acolhimento parcial a Cesan demonstra que, para determinados municípios, a metodologia proposta pela área técnica não é adequada, tendo em vista o fato de a Cesan não atender a totalidade do município, e haver distorção entre as características da população urbana e rural.

Apresenta a tabela abaixo demonstrando o método utilizado em cada município:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Informa ainda que, para o cálculo do volume per capita passou a considerar o volume acumulado medido entre o período de janeiro a outubro de 2023 dividido pela população calculada na nova projeção.

3.30.4 Análise Técnica

A Cesan informou que acatou o posicionamento do NDR com adaptações. Desta forma, resta realizar a conferência sobre a revisão de documentos para suficiência da estimativa de volume de água e esgoto produzidos.

Inicialmente cabe destacar que a Cesan não indicou onde e quais alterações foram realizadas.

Na análise dos documentos juntados aos autos, verificou-se uma planilha contendo o cálculo do volume de esgoto coletado (Planilha Eletrônica 98/2024), entretanto, não foi possível relacionar os valores ali informados com nenhuma rubrica constante nas planilhas do estudo econômico-financeiro.

Também não foi possível verificar se outras rubricas que utilizavam a taxa de ocupação de domicílios (como “Produtos Químicos e” “Remoção de Lodo”) foram atualizadas.

Ante o exposto, mesmo estando correta a metodologia apresentada pela Cesan em suas justificativas, não foi possível verificar se a transposição desses cálculos para o estudo econômico-financeiro foi realizada de forma adequada e considerando todos os itens impactados por ele.

Assim, tendo em vista a impossibilidade de verificação do integral atendimento ao apontamento, sugere-se sua manutenção, com encaminhamento de expedição de:

i. Determinação à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que, antes da publicação do edital, atualize a variável “habitantes por domicílio” de acordo com a realidade atual, refletida no Censo 2022 e considere na estimativa de volume de água uma projeção de ampliação de acesso a este serviço nos municípios que ainda não estão universalizados, tudo conforme fundamentação constante neste apontamento;

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

ii. Recomendação à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que avalie a possibilidade de se utilizar, quando possível, dados reais extraídos do sistema comercial da Cesan, de modo a reduzir incertezas inerentes às estimativas realizadas, haja vista que eles representam a realidade atual do serviço, conforme fundamentação constante neste apontamento.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 2.31 DEFICIÊNCIA NA DEFINIÇÃO DAS METAS DO INDICADOR IRC - ÍNDICE DE REMOÇÃO DE CARGA ORGÂNICA

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.31 A31(Q5) - Deficiência na definição das metas do indicador IRC - Índice de Remoção de Carga Orgânica
> 3.31.1 Critérios:
> 3.31.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
> O indicador IRC – índice de remoção de carga poluente do esgoto recebido na Estação de Tratamento de Esgoto (ETE), mede, conforme estabelecido no subitem 5.9 do Anexo 4 do Edital – Metas e Indicadores de Desempenho, o percentual de remoção de demanda bioquímica de oxigênio (DBO) na comparação entre os resultados das análises laboratoriais do DBO afluente e o DBO efluente em todas as estações de tratamento de esgoto em operação pela Concessionária, sendo que, nos municípios com mais de uma estação, será considerado uma média de acordo com o volume tratado no período de referência.
> As metas estabelecidas para este indicador, para cada um dos municípios integrantes da concessão, encontram-se no Anexo 2 do Edital - Caderno de Encargos (Evento 22).

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Visando apurar se essas metas estão adequadas, realizou-se um cotejo entre a eficiência na remoção do DBO obtida pela Cesan, na prestação direta do serviço, nos últimos dois anos, com as fixadas Caderno de Encargos (evento 22) e que serão exigidas da futura Concessionária. Para essa comparação considerou-se estações mais relevantes de cada lote (Barra de São Francisco, Nova Venécia e Vitória no lote I e Guarapari e Viana no lote II).

Os resultados obtidos estão demonstrados na tabela 1 abaixo, que apresenta as médias trimestrais de eficiência de cada estação, a média de cada município , bem como a meta estabelecida para cada município:

Tabela 1 – Eficiência das estações de tratamento de esgoto x metas previstas no indicador de desempenho.

| Município | Estação de Tratamento | 1tri/22 | 2tri/22 | 3tri/22 | 4tri/22 | 1tri/23 | 2tri/23 | 3tri/23 | 4tri/2023 | 2024 | Média Geral |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Vitória | Mulembá I | 96,7% | 91,3% | 96% | 95% | 96% | 95% | 95% | 98% | 95% | |
| Vitória | Mulembá II | 94,7% | 87,9% | 95% | 95% | 97% | 92% | 92% | 92% | 91% | |
| Média Vitória | | 95,7% | 89,6% | 95,6% | 95,0% | 96,6% | 93,5% | 93,6% | 95,1% | 93% | 94,2% |
| Meta estabelecida | | 86% de 2025 a 2029 e 87% a partir de 2030 | | | | | | | | | |
| Guarapari | Aeroporto | 97,1% | 93,4% | 95% | 97% | 95% | 99% | 95% | 96% | 93% | |
| Guarapari | Centro | 98,1% | 91,3% | 96% | 97% | 98% | 92% | 92% | 97% | 94% | |
| Guarapari | Meaípe | 90,7% | 97,3% | 96% | 96% | 99% | 99% | 98% | 99% | 99% | |
| Média Guarapari | | 95,3% | 94,0% | 95,7% | 97,0% | 97,2% | 96,6% | 95,0% | 97,4% | 95% | 96,0% |
| Meta estabelecida | | 85% de 2025 a 2029 e 87% a partir de 2030 | | | | | | | | | |

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

| | | | | | | | | | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|---|
| Viana | Marcílio de Noronha* | 90,8% | 87,8% | 90% | 86% | 86% | 88% | | | | | | |
| Meta estabelecida | 80% de 2025 a 2028 e 85% a partir de 2029 | | | | | | | | | | | | |
| Nova Venécia | Sede 75 l/s | 98,6% | 98,1% | 98% | 98% | 99% | 98% | 96% | 97% | 96% | 97,9% | | |
| Meta estabelecida | 85% de 2025 a 2029 e 87% a partir de 2030 | | | | | | | | | | | | |
| Barra S. Francisco | Sede 42 l/s | 77,8% | 74,9% | 75% | 71% | 77% | 71% | 76% | 75% | 70% | 74,3% | | |
| Meta estabelecida | 75% de 2025 a 2029 e 80% a partir de 2030 | | | | | | | | | | | | |

A tabela 1 demonstra que o percentual fixado para esse indicador é consideravelmente inferior ao atualmente obtido na prestação do serviço diretamente pela Cesan. Chama a atenção os casos de Vitória (média 94%, enquanto se está exigindo uma eficiência de 86%), Guarapari, (média 96%, enquanto se está exigindo uma eficiência de 85%) e Nova Venécia (média de 98% enquanto se está exigindo uma eficiência de 85%).

Nessa análise verificou-se que apenas no caso do município de Barra de São Francisco o percentual de remoção de DBO exigido na contratação está congruente com o observado nos últimos anos de operação da Cesan.

A exigência de uma obrigação de eficiência na remoção de DBO tão inferior à obtida pela Cesan não é coerente, haja vista que a estimativa da maioria dos custos do projeto foi realizada considerando o montante que a Cesan desembolsa para operar diretamente esses serviços, conforme pode-se verificar nas pag. 12 e 13 do Plano de Negócios Referencial (evento 180).

Além disso, os ativos que a Cesan opera (estações de tratamento) são os mesmos que serão operados pela Concessionária, sendo que no projeto ainda foi acrescido um montante de recursos para melhorias no sistema.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Outro ponto que ilustra a inadequabilidade das metas definidas é o fato de que a eficiência na remoção de DBO definida para as estações de tratamento do município de Guarapari não é suficiente nem para atender à eficiência mínima constante na licença ambiental. Isso porque, conforme já apresentado, foi definida uma meta de remoção de carga orgânica de 85% para o município, enquanto as licenças ambientais de suas estações exigem uma eficiência mínima de 90% (licenças constantes no Anexo 2187/2024).

Desta forma, não se vislumbra nenhuma coerência em se entregar um serviço a uma Concessionária para a mesma, sendo remunerada com valores semelhantes aos que a Cesan gasta para realizar o serviço diretamente (e ainda acrescido de todos os impostos, custos indiretos, lucro, etc.), prestar um serviço de qualidade inferior.

Neste ponto, cabe transcrever Atricon (2022 , p. 81), que, em documento intitulado “Diagnóstico sobre o Serviço de Transporte Coletivo por Ônibus”, enumera boas práticas que devem ser observadas na estruturação da Concessões , e, em relação à definição de metas, dispõe o seguinte:

Após o desenho dos procedimentos de medição, outro ponto fundamental para o sucesso da medição do desempenho é a realização de uma precisa definição das metas que deverão ser atingidas pelo concessionário. O estabelecimento de metas tem relação com o nível de serviço exigido, o qual se relaciona com a precificação realizada.

Destaca-se que ao final da fundamentação constante no mencionado documento, a entidade propõe recomendações ao Poder Público de modo geral, sendo que, para a definição de metas dos indicadores de desempenho é proposta a seguinte:

4.3.11 Estabelecer metas capazes de induzir o concessionário a prestar um serviço de qualidade, proporcional ao nível utilizado em sua precificação, utilizando para isso referências de estudos técnicos (item 2.3.5) (Atricon 2022, p. 163)

Destaca-se ainda o disposto no art. 6.º, §§ 1.º e 2.º, da Lei 8.987/95 (Lei de Concessões), que deixa claro que a toda concessão

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

pressupõe a prestação de um serviço adequado, e este compreende sua melhoria e expansão, conforme se pode verificar na íntegra do mencionado diploma legal:

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Assim, verifica-se que não há coerência, e nem motivação legal ou financeira, que justifique a exigência de um serviço em qualidade inferior ao que a Cesan obtém prestando-o diretamente.

Ante o exposto, sugere-se a notificação da Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que se manifeste quanto ao teor do presente apontamento, apresentando as justificativas que entender necessárias em caso de discordância. Por outro lado, caso concorde com o apontamento, a justificativa apresentada deve informar essa concordância e juntar novo Edital com a definição de metas adequadas.

Após a apreciação das justificativas apresentadas pelo Responsável, e em caso de manutenção do presente achado, sugere-se a expedição de determinação à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a alteração das metas estabelecidas para o indicador IRC, de forma que elas reflitam o nível de serviço precificado e induzam a futura Concessionária a prestar um serviço de qualidade, conforme fundamentação constante neste apontamento.

3.31.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Quanto a este achado, a CESAN informa que acatou a determinação, alterando as metas do indicador IRC estabelecidas inicialmente. Os aprimoramentos foram realizados no Anexo 04 – Metas e Indicadores de Desempenho.

3.31.4 Análise Técnica

A Cesan informou que acatou o posicionamento do NDR. Desta forma, resta realizar a conferência sobre a revisão de documentos para suficiência da definição das metas do indicador IRC - Índice de Remoção de Carga Orgânica.

Na análise das alterações promovidas pela Cesan, verifica-se que toda a metodologia de apuração do indicador IRC foi alterada. Tal alteração se deu visando atender tanto ao disposto neste apontamento, quanto ao constante no A20 (item 2.20 do Relatório de Acompanhamento).

A nova metodologia considera o percentual de amostras realizadas dentro do padrão estabelecido, conforme fórmula abaixo:

O padrão de saída de tratamento estabelecido foi o seguinte:

Assim, é possível verificar que, se a estação de tratamento possuir portaria de outorga, a concentração máxima definida neste documento será o padrão de saída de tratamento estabelecido, de forma que critérios estabelecidos nos contratos de programas, nas licenças ambientais, entre outros, só serão considerados quando não houver necessidade de emissão de portaria de outorga para lançamento do efluente no corpo hídrico.

Entretanto, tal critério para a definição do padrão de saída de tratamento não é adequado.

Isso porque, as portarias de outorga estabelecem a concentração máxima de DBO permitida no efluente, que pode variar de acordo com a vazão do corpo hídrico receptor , ou seja, corpos hídricos com maior vazão têm capacidade de diluir um efluente com maior concentração de DBO do que os que têm uma vazão mais restrita.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Já as licenças ambientais emitidas pelo Iema estabelecem que o empreendedor deve garantir a eficiência mínima de tratamento estabelecida em projeto, ou seja, o que é verificado é a diferença entre a concentração de DBO do esgoto que entrou na estação (afluente) e a que saiu dela (efluente). Assim, se a eficiência mínima de tratamento estabelecida em projeto de determinada estação é de 90%, quer dizer que esgoto entrou na estação com uma concentração de 100 mg/l, ele deve sair com 10 mg/l.

Destaca-se que nas licenças mais antigas não é especificado qual é essa eficiência, limitando-se a informar que é a estabelecida em projeto. Segue abaixo, para uma melhor visualização, trechos de uma licença emitida recentemente e uma mais antiga:

- ano 2021 – Guarapari

- ano 2015 – Castelo

Assim, os critérios estabelecidos nas portarias de outorgas e nas licenças ambientais são distintos e complementares, de forma que, a depender da vazão do corpo hídrico receptor, os critérios da portaria de outorga poderão ser mais ou menos restritivos.

Dessa forma, não é adequado estabelecer uma preferência para os critérios, pois isso permite, por exemplo, o não atendimento aos parâmetros estabelecidos em licença ambiental, em contrato de programa, ou ainda na legislação ambiental, sem o respectivo desconto na contraprestação a ser paga à concessionária ou qualquer outro tipo de penalização.

Além disso, causa preocupação a situação específica do município de Vitória. Isso porque, as Estações de Mulembá I e II não necessitam de portaria de outorga (quando o lançamento do efluente se dá em estuário a portaria é dispensada) e a licença ambiental não estabelece nenhuma eficiência mínima de tratamento (Licença constante no evento 354). Assim, a eficiência de tratamento de referência para essas estações será a estabelecida no Contrato de Programa, que, para o ano de 2025 é de 86% (pag. 11 do evento 141), eficiência muito

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

inferior a observada atualmente nas estações, cuja média dos dois últimos anos é 94,2%, conforme tabela contante no Relatório de Acompanhamento 11/2024.

Destaca-se que, conforme observado pela equipe do NDR em auditoria realizada no Contrato Cesan 34/2014 - PPP de esgotamento sanitário no município da Serra (Processo TC 8838/2018) - essa folga na meta fixada pode levar a uma precarização do serviço, de forma a se entregar o mínimo exigido. Para ilustração, segue gráfico elaborado pela equipe de auditoria :

Na análise do gráfico, é possível verificar que a Concessionária recebeu o serviço com uma eficiência de tratamento superior a 95%, e, ao longo da execução contratual, passou a precarizar o serviço, até chegar na meta estabelecida.

Destaca-se que o efluente das Estações de Mulembá I e II são lançados no canal da passagem, região que vem recebendo investimentos para desenvolver seu potencial turístico , de forma que é essencial que o efluente ali lançado mantenha o padrão de qualidade observado nos últimos anos.

Ainda em relação à meta estabelecida para o município de Vitória, cabe repetir o argumento já apresentado no Relatório de Acompanhamento, de que a precificação realizada no projeto considerou os mesmos custos operacionais realizados pela Cesan, a Concessionária irá gerir o mesmo ativo, e ainda está sendo prevista uma verba para investimentos em melhorias, de forma que não faz sentido a fixação de meta inferior à eficiência obtida pela Cesan na prestação direta do serviço.

Destaca-se que o Acórdão 709/2021-Plenário, proferido no bojo do Processo 8838/2018, manteve o apontamento “estabelecimento de metas inadequadas em indicadores de desempenho contratual”, o qual tratava justamente da definição de metas de remoção de DBO em patamares inferiores aos obtidos pela Cesan na execução direta do serviço.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

> Ante o exposto, sugere-se a manutenção do presente apontamento, com expedição de determinação à Cesan, na pessoa do seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que:
>
> i. altere o padrão de saída do tratamento estabelecido no indicador IRC, de forma que seja considerado o mais restritivo entre os constantes nas portarias de outorga, legislação estadual, legislação municipal, licença ambiental, contrato de programa, contrato de concessão ou resolução CONAMA 430/2011;
>
> ii. especificamente no caso do município de Vitória, tendo em vista as especificidades citadas neste apontamento, altere o padrão de saída do tratamento definido no indicador IRC, de forma que reflita um nível de serviço semelhante ao atualmente prestado pela Cesan na execução direta do serviço.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

**2.32 DEFICIÊNCIA NA DEFINIÇÃO DAS METAS PARA OS INDICADORES IRE, IDR E IDE**

Assim consta na Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6:

> 3.32 A32(Q5) - Deficiência na definição das metas para os indicadores IRE, IDR e IDE.
>
> 3.32.1 Critérios:
>
> 3.32.2 O Relatório de Acompanhamento 11/2024-7 (evento 325) se manifestou, ipsis litteris, da seguinte maneira:
>
> Na análise das metas estabelecidas para os indicadores IRE - Índice de Reclamações de Esgoto, IDR - Índice de Desobstrução de Ramal de Esgoto e IDE - Índice de Desobstrução de Rede de Esgoto, verificou-se que elas não estão congruentes com a realidade do serviço, de forma que esse descompasso pode trazer distorções no momento da execução do serviço, como atingimento de metas mesmo sem realizar o serviço com a qualidade desejada, ou não

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

atingimento das metas mesmo prestando um serviço acima da qualidade desejada.

Abaixo segue análise individualizada das metas de cada indicador mencionado em relação aos números utilizados em suas medições, observados no ano de 2023.

i. Indicador IRE - Índice de Reclamações de Esgoto

O indicador IRE - Índice de Reclamações de Esgoto busca avaliar a percepção dos usuários em relação aos serviços prestados pela Concessionária.

Ele é calculado a partir da relação entre o número de reclamações de esgoto registradas pelos clientes através dos códigos atualmente adotados pelo sistema comercial da Cesan, a saber: macro 4610, 4950, 4980 e 9020 e o número total de economias residenciais com sistema de coleta e tratamento de esgoto disponível, conforme seguinte fórmula:

Assim é possível verificar que o número de reclamações se dá em função do número de economias residenciais.

Destaca-se que esse quantitativo não engloba todas as reclamações registradas, sendo consideradas na medição apenas aquelas cadastradas no sistema comercial da Cesan sob as macros 4610, 4950, 4980 e 9020. O indicador traz alguns exemplos de reclamações incluídas na medição do indicador: serviços não realizados ou executados fora do prazo de atendimento, solicitações reincidentes, problemas de tráfego, ruído de obra, pavimentação, odor, entre outras.

O número de economias residenciais informadas pela Cesan nos municípios enquadrados nos dois lotes é de 286.303 (dados de 2023, informação disponível no evento 228).

A meta estabelecida para o indicador estabelece que só terá desconto quando o número de reclamações for superior a 1%, o que, no ano de 2023, equivaleria a uma média 2.860 reclamações por período de medição, que, conforme a descrição do indicador, é trimestral.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Após solicitação de informações por este Tribunal, a Cesan informou que o número de reclamações registradas no sistema comercial macros 4610, 4950, 4980 e 9020 no ano de 2023 foi de apenas 986 (informação disponível no evento 228), sendo que, como o ano é composto de 4 trimestres, pode-se concluir que o valor médio trimestral no ano de 2023 foi de aproximadamente 250 reclamações.

Assim, é possível verificar que a meta estabelecida para esse indicador está muito fora da realidade atual de reclamações do serviço, sendo que o número de reclamações dos usuários pode ser elevado em dez vezes o atual, e mesmo assim a Concessionária receberá 100% neste indicador.

Desta forma, a fixação de uma meta deslocada da realidade do serviço, demonstra que a Concessionária não precisará se esforçar para receber a pontuação máxima neste indicador tornando-o inócuo.

ii. Indicador IDR - Índice de Desobstrução de Ramal de Esgoto

O indicador IDR - Índice de Desobstrução de Ramal de Esgoto visa controlar o número máximo de obstruções aceitáveis que acontecem nos ramais do sistema.

Ele é calculado a partir da relação entre o número de solicitações de serviços relativas à verificação de desobstrução em ramal de esgoto no período de referência, inclusive recorrências, e o número de ligações de esgoto ativas, conforme a seguinte fórmula:

Assim, no cálculo do indicador, o número de desobstruções em ramal se dá em função do número de ligações ativas com sistema de coleta e tratamento de esgoto.

O número de ligações ativas informado pela Cesan em 2023 (evento 228) é de 128.148.

A meta estabelecida para o indicador estabelece que só terá desconto quando o número de solicitações de serviço referente a verificação de desobstrução de ramal for superior a 2,5% das ligações ativas, no período da medição (que é trimestral), o que equivale a um montante de 3.200.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

Após solicitação de informações por este Tribunal, a Cesan informou que o número de solicitações de serviços referentes à desobstrução em ramal de esgoto, incluindo casos recorrentes, registrados no sistema comercial da empresa no ano de 2023 foi de 7.900 (informação disponível no evento 228), sendo que, como o ano é composto de 4 trimestres, pode-se concluir que o valor médio trimestral no ano de 2023 foi de aproximadamente 1.975 solicitações.

Assim, considerando os dados de 2023, é possível verificar que mesmo com a elevação do número de solicitações de desobstrução de ramal em mais de 50% do número observado em 2023, a Concessionária ainda atingirá a pontuação máxima no indicador.

Assim, verifica-se que a meta precisa ser ajustada pela representar a realidade do serviço e induzir a futura Concessionária a realizar, pelo menos, o mesmo nível de manutenção realizado atualmente pela Cesan.

iii. Indicador IDE - Índice de Desobstrução de Rede de Esgoto

O indicador IDE - Índice de Desobstrução de Rede de Esgoto visa controlar o número de obstruções que acontecem nas redes do sistema de esgotamento sanitário.

Ele é calculado a partir da relação entre o número de solicitações de serviços relativas à verificação de desobstrução em rede de esgoto no período de referência, inclusive recorrências, e a extensão da rede, em quilômetros, conforme fórmula abaixo:

Assim, no cálculo do indicador, o número de desobstruções de rede de esgoto se dá em função da extensão da rede de esgoto.

Conforme dados informados pela Cesan, a extensão da rede de esgoto em 2023 é de 1.956,3 Km.

A meta estabelecida para o indicador estabelece que só ocorrerá desconto se o IDE for superior a 0,3, ou seja, considerando os dados de 2023, o limite permitido, em cada trimestre, é de aproximadamente 590 solicitações de desobstrução de rede.

Após solicitação de informações por este Tribunal, a Cesan informou que o número de solicitações de serviços referentes à desobstrução

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

em rede de esgoto, incluindo casos recorrentes, registrados em seu sistema comercial em 2023, foi de 7.828 (informação disponível no evento 228), sendo que, como o ano é composto de 4 trimestres, pode-se concluir que o valor médio trimestral de 2023 foi de aproximadamente 1.950 solicitações.

Assim, considerando os dados de 2023, é possível verificar que foi estabelecido como meta um valor não condizente com o número de solicitações de desobstrução de rede médio trimestral observado no ano de 2023, de forma que, provavelmente, a futura Concessionária terá dificuldade em atender ao indicador.

Assim, considerando as informações apresentadas de descompasso entre as metas fixadas e os dados reais do serviço, sugere-se a notificação da Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que se manifeste quanto ao teor do presente apontamento, apresentando as justificativas que entender necessárias em caso de discordância. Por outro lado, caso concorde com o apontamento, a justificativa apresentada deve informar essa concordância e juntar novo Edital com a definição de metas adequadas.

Após a apreciação das justificativas apresentadas pelo Responsável, e em caso de manutenção do presente achado, sugere-se a expedição de determinação à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, Sr. Munir Abud de Oliveira, para que comprove nos autos, antes da publicação do edital, a alteração das metas estabelecidas para os indicadores IRE, IDR e IDE, de forma que elas reflitam a realidade do serviço atualmente prestado, e sejam capazes de induzir a futura Concessionária a prestar um serviço de qualidade, conforme fundamentação constante neste apontamento.

3.32.3 Quanto ao achado, a Cesan alegou (eventos 334 a 349) que:

Quanto a este achado, a CESAN informa que acatou a determinação, alterando as metas dos indicadores IRE, IDR e IDE estabelecidas inicialmente. Os aprimoramentos foram realizados no Anexo 04 – Metas e Indicadores de Desempenho. Para o estabelecimento das

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

metas foram utilizados como base a média de serviços do ano de 2023.

3.32.4 Análise Técnica

A Cesan informou que acatou o posicionamento do NDR. Desta forma, resta realizar a conferência sobre a revisão de documentos para suficiência da definição das metas para os indicadores IRE, IDR e IDE.

Na análise das alterações realizadas nas metas dos indicadores IRE (nova meta na pag. 19 do evento 342), IDR (novas metas nas pags. 22/23 do evento 342) e IDE (novas metas nas pags. 24/25 do evento 342), verifica-se que, após as alterações, elas estão congruentes com ocorrido no ano de 2023.

Ou seja, após realizar os cálculos constantes nas fórmulas de cada indicador, verificou-se que as metas estão congruentes com os números de reclamações (IRE), de solicitações de desobstrução de ramal (IDR) e de solicitações de desobstrução de redes (IDE) informados pela Cesan como sendo o ocorrido no ano de 2023 (dados de 2023, informação disponível no evento 228), utilizando-se a mesma metodologia de extração de dados e mesma fonte informadas nos indicadores.

Ante o exposto, sugere-se o afastamento do presente apontamento.

Diante do exposto, acompanho o entendimento técnico em relação ao presente achado, por seus próprios fundamentos, e o adoto como razões de decidir.

## 3. DISPOSITIVO

Diante do exposto, considerando a fundamentação constante do item 2 acima, acompanhando parcialmente o entendimento da Área Técnica e do Ministério Público de Contas, VOTO no sentido de que os Eminentes Conselheiros aprovem a seguinte proposta de Acórdão que submeto à consideração.

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

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

**LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA**
**Conselheiro Relator**

## 1. ACÓRDÃO TC-1346/2024:

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

**1.1. MANTER** os achados descritos nos subitens 2.1, 2.7, 2.8, 2.9, 2.11, 2.12, 2.13, 2.14, 2.17, 2.18, 2.19, 2.20, 2.21, 2.22, 2.23, 2.24, 2.25, 2.26, 2.27, 2.30 e 2.31, conforme fundamentação contida nos respectivos subitens da fundamentação do presente voto.

**1.2. EXPEDIR DETERMINAÇÕES, CIÊNCIA E RECOMENDAÇÕES à Cesan**, na pessoa de seu Sr. Diretor-Presidente, **Sr. Munir Abud de Oliveira**, com base na Resolução TC 361/2022[4], a fim de que providencie, antes da publicação do edital, as alterações/adequações, conforme fundamentação contida nos subitens 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.6, 2.7, 2.8, 2.9, 2.10, 2.11, 2.12, 2.13, 2.14, 2.15, 2.16, 2.17, 2.18, 2.19, 2.20, 2.21, 2.22, 2.23, 2.24, 2.25, 2.26, 2.27, 2.30 e 2.31 do presente voto, nos termos propostos pela Área Técnica, nos termos da **Instrução Técnica Conclusiva 03543/2024-6.**

[4] Resolução TC 361/2022
Art. 1º A elaboração de deliberações que contemplem medidas a serem tomadas pelas unidades jurisdicionadas do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo (TCEES) observará o disposto nesta Resolução.
Art. 2°. Para efeito desta Resolução, considera-se:
I - determinação: deliberação de natureza mandamental que impõe ao destinatário a adoção, em prazo fixado, de providências concretas e imediatas com a finalidade de prevenir ou corrigir irregularidade ou ilegalidade, remover seus efeitos ou abster-se de executar atos irregulares ou ilegais;
II - ciência: deliberação de natureza declaratória que cientifica o destinatário sobre:
a) a ocorrência de irregularidade ou ilegalidade, quando as circunstâncias não exigirem providências concretas e imediatas, sendo suficiente, para fins do controle, induzir a prevenção de situações futuras análogas; ou
b) a existência de risco relevante ao cumprimento das finalidades de órgão, entidade, sistema, programa, projeto ou atividade governamental, quando o risco não configure irregularidade ou ilegalidade; e
III - recomendação: deliberação de natureza colaborativa que apresenta ao destinatário oportunidades de melhoria, com a finalidade de contribuir para o aperfeiçoamento da gestão ou dos programas e ações de governo.
[...]

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

**1.3. RECOMENDAR a Cesan,** em relação ao subitem 2.5 do presente voto, que, caso opte por limitar a adjudicação de mais de um lote a mesma licitante, que preveja no edital que após a desistência, deverá haver a convocação dos licitantes sucessivos para informar se aceitam ou não a adjudicação do lote pelo mesmo valor proposto pelo licitante desistente, respeitada, obviamente, a ordem classificatória, bem como preveja que a não aceitação por nenhum deverá gerar nova licitação desse lote, com o impedimento de participação do licitante que adjudicou o lote diverso.

**1.4. NOTIFICAR a Cesan**, na pessoa de seu Sr. Diretor-Presidente, **Sr. Munir Abud de Oliveira**, para conhecimento das deliberações, com a advertência de que a não adoção das determinações desta Corte de Contas poderá implicar na interposição de representação ou ser objeto de achado de fiscalização, com possibilidade de suspensão da licitação, imputação de débito e responsabilização dos agentes envolvidos, caso se comprove nexo causal entre suas condutas e eventuais prejuízos ao interesse público, à eficiente execução do contrato, ou ao erário.

**1.5.** DAR CIÊNCIA aos interessados, na forma regimental, ARQUIVANDO-SE os autos após o trânsito em julgado.

**2. Unânime.**

**3.** Data da Sessão: 12/12/2024 - 65ª Sessão Ordinária do Plenário.

**4.** Especificação do quórum:

**4.1.** Conselheiros: Domingos Augusto Taufner (presidente), Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha (relator), Sérgio Aboudib Ferreira Pinto, Rodrigo Flávio Freire Farias Chamoun, Rodrigo Coelho do Carmo e Davi Diniz de Carvalho

**4.2.** Conselheiro substituto: Donato Volkers Moutinho (em substituição).

CONSELHEIRO DOMINGOS AUGUSTO TAUFNER

**Presidente**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB

CONSELHEIRO LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

**Relator**

CONSELHEIRO SÉRGIO ABOUDIB FERREIRA PINTO

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREIRE FARIAS CHAMOUN

CONSELHEIRO RODRIGO COELHO DO CARMO

CONSELHEIRO DAVI DINIZ DE CARVALHO

CONSELHEIRO DONATO VOLKERS MOUTINHO

**Em substituição**

Fui presente:

PROCURADOR DE CONTAS LUCIANO VIEIRA

**Procurador-geral**

ODILSON SOUZA BARBOSA JÚNIOR

**Secretário-geral das Sessões**

Assinado digitalmente. Conferência em www.tcees.tc.br Identificador: 03717-9B406-E24DB