



Decisão 01583/2023-9 - Plenário

Processo: 07573/2021-5

Classificação: Controle Externo - Fiscalização - Acompanhamento

UG: CESAN - Companhia Espírito Santense de Saneamento

Relator: Luiz Carlos Ciciliotti da Cunha

Interessado: CARLOS AURELIO LINHALIS

ACOMPANHAMENTO CONCOMITANTE – CESAN – LICITAÇÃO – CONCORRÊNCIA PÚBLICA INTERNACIONAL – SUBCONCESSÃO PARA CONSTRUÇÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE EFLUENTES SANITÁRIOS COM FINS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA DE REÚSO PARA UTILIZAÇÃO INDUSTRIAL – RETORNO DOS AUTOS À ÁREA TÉCNICA – DAR CIÊNCIA.

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

1. RELATÓRIO

Trata-se de acompanhamento concomitante, com base nos artigos 186-A a 186-D do RITCEES, cujo objetivo é a análise do processo administrativo de licitação da Concorrência Pública Internacional da Cesan, que tem por objeto a contratação de subconcessão para construção, operação e manutenção de estação de tratamento

de efluentes sanitários com fins de fornecimento de água de reuso para utilização industrial com vazão de 200 l/s.

Tramitando os autos, foi expedido, em 18/7/2022, o **Acórdão TC-842/2022** (Evento 100), com determinações e recomendações à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente:

ACÓRDÃO TC-842/2022 – PLENÁRIO

ACOMPANHAMENTO CONCOMITANTE – CESAN – LICITAÇÃO – CONCORRÊNCIA PÚBLICA INTERNACIONAL - SUBCONCESSÃO PARA CONSTRUÇÃO, OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO DE ESTAÇÃO DE TRATAMENTO DE EFLUENTES SANITÁRIOS COM FINS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA DE REÚSO PARA UTILIZAÇÃO INDUSTRIAL - DETERMINAR – RECOMENDAR – DAR CIÊNCIA – ARQUIVAR.

(...)

1. ACÓRDÃO TC-842/2022:

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

1.1. DETERMINAR à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, as seguintes providências, antes da publicação do edital:

1.1.1. Alteração da redação do subitem 6.1.2 da minuta do edital de modo permitir o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, para efeito de qualificação econômico-financeira, inclusive para o cálculo dos índices contábeis exigidos nos subitens 13.2 a 13.5 da minuta do edital.

1.1.2. Justificativa, fundamentadamente, no processo licitatório, nos termos da Súmula 289 do TCU, quanto aos índices de alavancagem e de cobertura de benefícios e seus respectivos valores ou exclusão da qualificação econômica exigida no edital.

1.1.3. Alteração **(I)** do subitem 29.5 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por encampação às “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”, sem estabelecer tal limite às multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95, e **(II)** do subitem 29.6.1 da minuta do contrato de modo a incluir em seu início a limitação da indenização por encampação “às 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, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95.

1.1.4. Alteração **(I)** do subitem 30.7 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por caducidade às “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”, sem estabelecer tal limite às multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95.

1.1.5. Alteração **(I)** do subitem 31.4 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por rescisão às “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 b valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95.

1.1.6. Alteração **(I)** do subitem 32.1.1 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por falência ou extinção da subconcessionária às “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”, sem estabelecer tal limite às multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95.

1.1.7. Alteração **(I)** da alínea “d)” do subitem 33.3 da minuta do contrato de modo a estabelecer a limitação da indenização por nulidade **“às 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, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95.

1.2. RECOMENDAR à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, as seguintes providências:

1.2.1. Junte, antes de proceder à licitação, como anexo do edital, os referenciais/parâmetros dos custos/despesas operacionais e administrativas, de forma a demonstrar que os valores/quantitativos utilizados na precificação de tais itens foram estimados com base em algum parâmetro referencial.

1.2.2. Ajuste da tarifa utilizada na planilha de modelagem econômico-financeira, de forma que a mesma seja compatível com a tarifa prevista no Edital, devendo o excedente de receita dessa modificação ser compensado por uma elevação no percentual de outorga, de modo a reequilibrar o fluxo de caixa à taxa de retorno projetada.

1.2.3. **(I)** Elabore planilha específica com o detalhamento dos serviços, referencial de custo (sintético, expedito ou paramétrico), metodologia, parâmetro ou memória de cálculo e fonte adotada, em relação aos itens instrumentação/sistema de automação e controle da ETE e CFTV.; e **(II)** exclua os itens relacionados ao comissionamento (linha 363 da aba “Capex Orçamento” no valor de R\$ 1.354.453,44) e ao meio ambiente (linha 363 da aba “Capex Orçamento” no valor de R\$ 1.354.453,44) do orçamento, totalizando a **redução da quantia de R\$ 2.708.906,88 do valor a ser investido.**

1.2.4. Realize os ajustes nos quantitativos dos serviços previstos, de forma a **(I)** corrigir a distância média de transporte do bota fora considerada no item “Movimento de Terra” para **no máximo** 6,5km, constante na Planilha 39/2022 e **(II)** corrigir a largura da vala considerada na rede de drenagem, reduzindo de 10,50m para 1,50m, na célula C4 da aba ‘8 – Arruamento_Drenag’ da Planilha 39/2022, **que resultarão na redução de R\$ 906.128,87 na planilha de investimentos do empreendimento.**

1.2.5. Revise, nos termos propostos no presente achado, itens relacionados ao transporte de materiais para aterro (linhas 222, 276 e 331 da aba “Capex Orçamento” no valor de R\$ 1.413.593,81) e ao escoramento com estaca prancha (linhas 227 e 336 da aba “Capex Orçamento” no valor de R\$ 1.663.236,24) do orçamento, totalizando a **redução da quantia de R\$ 3.076.830,05 do valor a ser investido.**

1.2.6. Elabore lista detalhada com todos os equipamentos que serão desmontados na ETE Camburi e inclua na descrição do serviço a informação sobre a devolução dos equipamentos no almoxarifado central da Cesan.

1.2.7. Revise os custos de carga, transporte e destinação final dos entulhos provenientes da demolição das estruturas da ETE Camburi, com **redução de custos de R\$ 126.838,48.**

1.2.8. Exclua da planilha orçamentária os custos relacionados ao esgotamento da lagoas da ETE Camburi (aba 'Capex Orçamento' – linha 354), resultando na **redução de custos em R\$ 1.687.328,34.**

1.2.9. Providencie que a mencionada documentação conste como anexo do futuro instrumento convocatório, de forma a demonstrar às empresas interessadas, o referencial de preço de mercado para a execução de parcela expressiva do contrato que se pretende licitar.

1.2.10. Revisão do quantitativo de compartimentos do item 1.4 – 'Sistema Biológico – Câmara Anóxica' da aba 'Capex Orçamento' (linha 49) de cinco para duas unidades, totalizando a **redução da quantia de R\$ 2.150.833,43 do valor a ser investido.**

1.2.11. Alteração do Anexo Metas e Indicadores a fim de vincular a remuneração da SPE ao seu desempenho.

1.2.12. I) alteração do Anexo Metas e Indicadores à fim de que **(a)** esclareça o que são "dados internos"; **(b)** faça constar em seu conteúdo a metodologia específica de apuração dos indicadores, tanto para as coletas das amostras quanto para suas análises, dentre as mais de 400 disponíveis no Standards Methods for the Examination of Water and Wastewater, e não se deixe tal obrigação sob a responsabilidade da SPE; e **II)** para a inclusão da versão mais atual do Standards Methods for the Examination of Water and Wastewater, traduzida para o português brasileiro, por tradutor juramentado.

1.2.13. Alteração do Anexo Metas e Indicadores à fim de que **(I)** faça constar em seu conteúdo a metodologia específica de apuração dos indicadores "físico-químicos" e "parâmetros operacionais obrigatórios", tanto para as coletas das amostras quanto para suas análises, dentre as mais de 400 disponíveis no Standards Methods for the Examination of Water and Wastewater e **(II)** inclua as informações sobre o conteúdo mínimo dos relatórios de desempenho.

1.2.14. Antes da publicação do edital, regularize a formalização do processo administrativo licitatório:

- Apresentando o edital original datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir
- Identificando a autoria de cada elemento técnico que venha a constituir anexo do processo;
- Fazendo constar nos autos sumário de documentos com a identificação dos autores por documento;
- Juntando aos autos as ART dos responsáveis pela elaboração de documentos técnicos que fazem parte dos elementos de projeto básico, inclusive as peças orçamentárias.

1.2.15. (III), faça constar como anexo do edital cópia do contrato de programa mantido entre o Estado do Espírito Santo, o município de Vitória, a Cesan e a ARSP e seus Anexos "Quadro de investimentos", "Convênio de Cooperação", "Laudo econômico-financeiro", "Relatório analítico de ativos" e "Plano Municipal de Saneamento Básico", este último já anexado aos presentes autos.

1.2.16. Inclua, na minuta do contrato, obrigação à Cesan de empregar os ganhos de eficiência proporcionados pela subconcessão na redução da tarifa do serviço de coleta, afastamento, tratamento e destinação de esgoto domiciliar urbano ou na ampliação/melhoria do serviço prestado, nos municípios atendidos pela estatal.

1.2.17. Altere a redação do item 8 da minuta do contrato de modo a deixar claro que a futura SPE deverá iniciar a operação no prazo de 36 meses a contar da data de eficácia do contrato.

1.2.18. **(I)** insira, como anexo do edital, cópia de todo o conjunto normativo regulatório referente ao serviço público de fornecimento de água de reúso e **(II)** adote no item 13 da minuta contratual, que trata do reajuste da tarifa, o conjunto normativo regulatório referente ao serviço público de fornecimento de água de reúso, aplicando a forma de reajuste (índice ou outro método) e a data-base previstas nesse conjunto normativo regulatório, caso exista.

1.2.19. Se realmente os cálculos de reequilíbrio econômico-financeiro forem tomar por base os **valores reais da proposta vencedora da licitação**, altere a minuta do contrato de subconcessão **(I)** fazendo constar, expressamente, tal previsão na minuta do contrato, **(II)** adotando, expressamente, na minuta do contrato, as cautelas cabíveis, de modo a evitar posturas oportunistas por parte dos licitantes, e **(III)** adotando, expressamente, na minuta do contrato, o método de fluxo de caixa marginal para eventuais reequilíbrios econômico-financeiros decorrente de novos investimentos.

1.2.20. Providencie **(I)** a alteração do subitem 18.1.1 da minuta do contrato de modo a especificar os bens que serão cobertos pelo seguro e qual o valor da indenização a ser contratada.

1.2.21. Providencie **(I)** a substituição do atual termo de compromisso de fornecimento/compra de água de reúso, assinado pela Cesan e pela Arcelor, por um novo Termo de Compromisso (a ser substituído pelo futuro contrato de fornecimento/compra de água de reúso), que preveja, entre outras, as obrigações elencadas nos subitens 21.1.37 e 21.37.1 a 21.37.6 da nova minuta do contrato (evento 82); **(II)** a inclusão no processo licitatório dos instrumentos de mandato e demais documentos societários que autorizem os signatários do termo de compromisso a representar legalmente a Arcelor no negócio.

1.2.22. Providencie, antes da publicação do edital, **(I)** a obtenção da escritura pública definitiva de doação do imóvel onde será construída a futura ETE ou assine contrato irrevogável e irretroatável de **promessa de doação com encargo**, contendo penalidades suficientes para coibir o descumprimento injustificado das obrigações assumidas e cláusula obrigando a Arcelor a contratar seguro que cubra todos os prejuízos causados pelo descumprimento das obrigações assumidas no contrato de promessa de doação com encargo, no qual a Cesan figure como cossegurada.

1.2.23. Providencie, antes da publicação do edital, **(I)** a inclusão, como anexo do edital, da minuta do contrato de fornecimento/compra de água de reúso a ser firmado entre a Arcelor e a Subconcessionária, contendo todos os direitos e obrigações dos contratantes, durante a vigência do contrato, bem como penalidades suficientes para coibir o descumprimento injustificado das obrigações assumidas e obrigação de contratar seguro que cubra todos os prejuízos causados pelo descumprimento injustificado das obrigações assumidas pelos contratantes.

1.3. DAR CIÊNCIA, na forma regimental, arquivando-se após o trânsito em julgado.

2. Unânime.

3. Data da Sessão: 14/07/2022 – 34ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

4.2. Conselheiro substituto: Marco Antônio da Silva (em substituição).

Foi notificado o senhor Carlos Aurélio Linhalis, então Diretor-Presidente da Cesan, das determinações e recomendações estabelecidas no Acórdão 842/2022-8 - Plenário, através do Ofício 5250/2022-5, em 17/10/2022 (Evento 105).

Não sendo juntadas documentações referentes ao Acórdão TC 842/2022-8 - Plenário, e/ou qualquer outra documentação em relação ao Processo 7573/2021, foi definido pela Secretaria-Geral das Sessões (SGS) “que o Acórdão 842/2022-8- Plenário transitou em julgado em 18 de outubro de 2022, dia subsequente ao término do prazo recursal” (Certidão de Trânsito em Julgado 1321/2022-4- Evento 107).

Após, através do Despacho 41926/2022-7 (Evento 109) a SGS encaminhou os autos à Segex “para prosseguimento do feito, observando-se as deliberações constantes no Acórdão TC 842/2022-8 - Plenário, para fins de cadastro, em cumprimento ao disposto nos artigos 195 e 456 do regimento Interno deste Tribunal.”

Em prosseguimento, a Segex, por meio do Despacho 42253/2022-7, de 18/10/2022 (Evento 110) encaminhou os autos ao NDR, nos seguintes termos: “considerando a existência de determinação e recomendação constantes do Acórdão TC 842/2022-8 - Plenário, remetemos os autos para as providências cabíveis, alertando que o processo encontra-se cadastrado no ‘módulo de acompanhamento das deliberações e decisões’ do TCE-ES, observando-se as disposições da Resolução TC-278/2014” e posterior encaminhamento ao Centro de Documentação e Arquivo – CDOC para arquivamento.

O Núcleo de Controle Externo de Fiscalização de Prog. De Desest Reg. procedeu à **Manifestação Técnica 4857/2022** (evento 111) que apresentou a seguinte proposta de encaminhamento:

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Em face do exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1 – Sugere-se seja considerado atendido o Acórdão 842/2022-8 – Plenário, em relação as Determinações 1.1.1 a 1.1.6 do mesmo;

4.2 - Sugere-se seja considerado descumprido o Acórdão 842/2022-8 – Plenário, em relação a Determinação 1.1.7 do mesmo;

4.3- Sugere-se que sejam os responsáveis advertidos que a não adoção da Determinação 1.1.7 do Acórdão 842/2022-8 - Plenário, bem como, das Recomendações constantes dos itens 1.2.1 a 1.2.23, do Acórdão 842/2022-8 –

Plenário, podem gerar sanções aos mesmos, caso, em futuras fiscalizações relativas à execução contratual, fique comprovado o nexo causal entre a não adoção das mesmas e eventuais prejuízos ao interesse público, à eficiente execução do contrato ou ao erário;

4.4 – Seja dada ciência aos responsáveis; e

4.5 – Seja arquivado o processo, nos moldes do art. 330, § 1º, do RITCEES.

Após, foi apresentada Petição Inicial 1502/2022 (evento 123) e Peça Complementar (evento 124) pela Cesan, no qual a empresa, através de seu Diretor-Presidente, expõe consideração em relação ao teor da Manifestação Técnica 4857/2022 (a qual analisou o cumprimento das determinações contidas no Acórdão TC 842/2022-8 – Plenário), especificamente, quanto ao efetivo e integral cumprimento da Determinação contida no item 1.1.7 do mencionado Acórdão.

Tendo sido novamente encaminhados os autos ao NDR, foi elaborada a **Manifestação Técnica 4889/2022** (evento 128) com a seguinte proposta de encaminhamento:

PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Em face do exposto, sugere-se a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 Juntada deste Protocolo ao Processo TC 7573/2021;

3.2 Alteração da proposta de encaminhamento sugerida na Manifestação Técnica 4857/2022 pela seguinte:

3.2.1 Seja considerado atendido o Acórdão 842/2022-8 – Plenário, em relação as Determinações 1.1.1 a 1.1.7 do mesmo;

3.2.2. Sejam os responsáveis advertidos que a não adoção das Recomendações constantes dos itens 1.2.1 a 1.2.23, do Acórdão 842/2022-8 – Plenário, podem gerar sanções aos mesmos, caso, em futuras fiscalizações relativas à execução contratual, fique comprovado o nexo causal entre a não adoção das mesmas e eventuais prejuízos ao interesse público, à eficiente execução do contrato ou ao erário;

3.2.3 Seja dada ciência aos responsáveis; e

3.2.4 Seja arquivado o processo, nos moldes do art. 330, § 1º, do RITCEES.

O *Parquet* de Contas, por meio do **Parecer 1526/2023** (evento 131), anuiu ao posicionamento técnico.

É o relatório. Passo a fundamentar.

V O T O

2. FUNDAMENTAÇÃO

Observando o Acórdão TC 842/2002-8 - Plenário (Evento 100), verifica-se que no mesmo constam determinações (itens 1.1.1 a 1.1.7 do referido Acórdão) e recomendações (itens 1.2.1 a 1.2.23) à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente.

Manifestou-se a área técnica da seguinte analisado o cumprimento de cada uma pela área técnica quando da elaboração das Manifestações Técnicas 4857/2022 e 4889/2022. Vejamos:

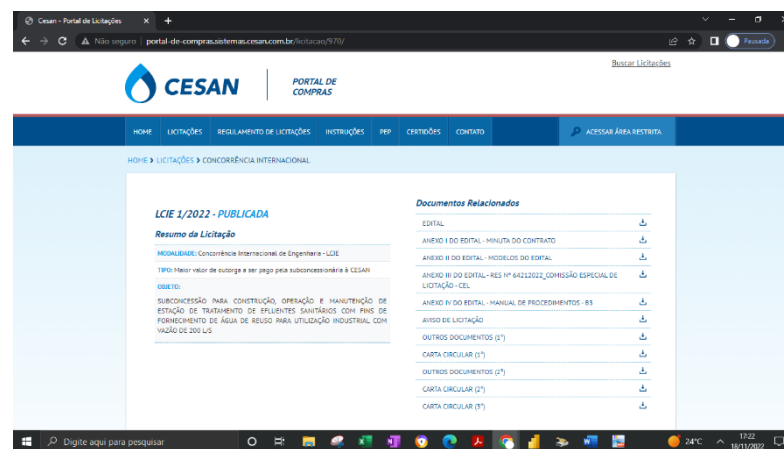
Manifestação Técnica 4857/2022

[...]

2-ANÁLISE

Observando-se o Acórdão TC 842/2002-8 - Plenário (Evento 100), verifica-se que, no mesmo, foram efetivadas determinações (itens 1.1.1 a 1.1.7 do referido Acórdão) à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, para que fossem adotadas providências antes da publicação do edital.

Como as razões das determinações foram detalhadas pelo Relator em seu Relatório e Análise da Minuta Contratual (que integrou seu Voto) e como o Edital de Subconcessão foi publicado (*print* a seguir), transcreveremos, para efetivação de nossa análise, cada determinação definida no Acórdão, as razões expostas pelo Relator e as providências adotadas no edital publicado, sendo, em seguida, analisado o cumprimento de cada uma:



2.1 - Análise quanto ao Cumprimento da Determinação 1.1.1:

1. ACÓRDÃO TC 842/2022:

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

1.1. DETERMINAR à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, as seguintes providências, antes da publicação do edital:

1.1.1. Alteração da redação do subitem 6.1.2 da minuta do edital de modo permitir **o somatório dos valores** de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, para efeito de qualificação econômico-financeira, inclusive para o cálculo dos índices contábeis exigidos nos subitens 13.2 a 13.5 da minuta do edital. (destaques do original)

No Voto do Relator, ponderou-se, com base nas indicações da área técnica (e transcrições da MT 662/2022), quando da análise da Minuta do Edital:

2.5 DA ANÁLISE DA MINUTA DO EDITAL

(...)

Participação de consórcios

- MT 662/2022

(...)

Quanto ao somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, para efeito de qualificação econômico-financeira, verificou-se que a redação do subitem 6.1.2 não foi alterada, continuando a permitir o somatório apenas para a apuração do patrimônio líquido.

Essa previsão contraria o inciso III do art. 33 da Lei 8.666/93, uma vez que não permite a somatória de valores para o cálculo dos índices contábeis exigidos para a qualificação econômico-financeira.

Nesse ponto, oportuno esclarecer que não se está recomendando a somatória de índices contábeis, pois tal prática estaria incorreta, mas sim a somatória dos valores utilizados para o cálculo dos índices exigidos no edital.

Marçal Justen Filho leciona sobre o tema com clareza ímpar, como se vê adiante:

Art. 33

[...]

9.2) O cálculo dos índices a partir de valores

Os índices mínimos exigidos como demonstração da boa situação econômico-financeira do licitante são sempre calculados a partir de valores. O patrimônio líquido é um “valor” constante do balanço e da documentação contábil do licitante, obtido pela soma e subtração de valores constantes das diversas rubricas contábeis.

Portanto, a questão reside não em “somar índices”, mas em somar os “valores” constantes da documentação contábil de cada consorciado. Se é possível e correto somar os valores de patrimônio líquido de cada empresa consorciada para fins de atingir o mínimo exigido em edital, também se impõe admitir o somatório de outros valores para fins de considerar a situação econômico-financeira conjunta dos consorciados.

Em todos os casos, trata-se sempre de operações aritméticas – extremamente simples, por sinal – envolvendo os valores existentes nas demonstrações contábeis dos licitantes consorciados.

O valor mínimo de capital social ou patrimônio líquido é estabelecido no ato convocatório para demonstrar que o licitante é titular de recursos compatíveis com os encargos inerentes à execução do objeto. Se um dos consorciados não dispuser de recursos suficientes, mas outro apresentar valor suficiente, o requisito será apurado em vista da situação conjunta.

A questão é similar no tocante aos índices. A ausência de preenchimento de um índice por um dos licitantes decorre da insuficiência de valores no seu ativo. Se é admissível somar valores de ativo e de passivo para fins de análise do patrimônio líquido, não se pode negar o cabimento de somatório similar para fins de cálculo de índices.

O somatório dos valores dos diversos consorciados elimina as distorções propiciadas pelo somatório de índices.

[...]

9.3) O descabimento do argumento da insuficiência individual

Não cabe contrapor que a solução acima propiciaria a participação de sujeitos que individualmente não teriam condições de preencher os índices e exigências de habilitação. É exatamente essa a função dos consórcios em licitações: ampliar a competitividade mediante a conjugação de esforços, recursos e experiências de licitantes, inclusive para o fim de assegurar a possibilidade de participação daqueles que isoladamente não preenchem os requisitos de habilitação.

Justamente por isso, aliás, a Lei de Licitações impôs a responsabilidade solidária dos licitantes. Essa solução se compatibiliza com a concepção de que a avaliação dos requisitos de habilitação dos consorciados deve fazer-se em conjunto, de modo “solidário”.

Diante do exposto, sugere-se a **manutenção parcial do achado** e a **expedição de determinação** à Cesan a fim de que altere a redação do subitem 6.1.2 da minuta do edital de modo permitir **o somatório dos valores** de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, para efeito de qualificação econômico-financeira, inclusive para o cálculo dos índices contábeis exigidos nos subites 13.2 a 13.5 da minuta do edital. (destaques do original)

Alterações verificadas no Edital de Concorrência Internacional 1/2022, quanto a esta Determinação 1.1.1:

6. CONSÓRCIOS

(...)

6.5 – Para a qualificação econômico-financeira das empresas consorciadas será permitido o somatório dos valores de cada consorciado, **na proporção de sua respectiva participação**, na forma prevista no item 15, salvo aquelas referentes a Garantia de Proposta, que poderá, a critério do Proponente, ser prestada por uma única empresa ou partilhada pelas diferentes consorciadas nos termos previstos neste Edital. (grifo nosso)

(...)

15. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

(...)

15.2. Índice de Liquidez Corrente igual ou maior que 1 (um inteiro) estabelecido pela fórmula: $ILC = \text{Ativo Circulante} / \text{Passivo Circulante}$

15.3. Índice de Endividamento Total menor ou igual a 1,0 (um inteiro) estabelecido pela fórmula: $ET = (\text{Passivo Circulante} + \text{Passivo não circulante}) / \text{Ativo Total}$

15.3.1. No caso de consórcio, será permitido o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação. (grifos nosso)

Análise: Observando-se as alterações introduzidas nos itens 6.5 e 15.3.1 do Edital publicado (que grifamos), verifica-se que a Determinação prevista no item 1.1.1 do Acórdão TC 842/2022-8 - Plenário foi atendida.

2.2 - Análise quanto ao Cumprimento da Análise da Determinação 1.1.2:

1. ACÓRDÃO TC-842/2022:

(...)

1.1.2. Justificativa, fundamentadamente, no processo licitatório, nos termos da Súmula 289 do TCU, quanto aos índices de alavancagem e de cobertura

de benefícios e seus respectivos valores ou exclusão da qualificação econômica exigida no edital. (destaques do original)

No Voto do Relator, ponderou-se, com base nas indicações da área técnica (e transcrições da MT 662/2022), quando da análise da Minuta do Edital:

2.5 DA ANÁLISE DA MINUTA DO EDITAL

(...)

Qualificação econômico-financeira

- MT 662/2022

A MT 662/2022 se pronunciou, *ipsis litteris*, da seguinte maneira:

O subitem 13.3 da minuta do edital exige índice de endividamento total menor ou igual a 0,8, sendo usual a comprovação de índice menor ou igual a 1,0.

Não se encontrou nos documentos enviados pela Cesan qualquer justificativa para a exigência de índice em valor não usual.

Oportuno salientar que a justificativa para utilização de índice em valor não usual deve ser respaldada por estudo técnico atualizado que comprove estatisticamente que as empresas do setor econômico de saneamento básico tenham índice de endividamento menor ou igual a 0,8, conforme Súmula TCU 289

Da mesma forma, **os índices de alavancagem (IA) e de cobertura de benefícios (ICB), previstos nos subitens 13.4 e 13.5**, aplicáveis aos fundos de investimentos e às entidades de previdência complementar, também contrariam a Súmula 289 do TCU, pois não são usuais e não estão **respaldados por parâmetros atualizados de mercado** que comprovem estatisticamente que os fundos de investimentos e as entidades de previdência complementar em boa situação econômico-financeira apresentam, respectivamente, IA igual ou inferior a 14 e ICB superior a 0,7 além de suas fórmulas incluírem lucratividade.

(...)

- Análise

Compulsando a nova minuta do edital (evento 81), verificou-se que o subitem 13.3 foi alterado e estabeleceu índice de endividamento total menor ou igual a 1.

Com relação **aos índices de alavancagem (subitem 13.4) e de cobertura de benefícios (subitem 13.5)**, verificou-se que **não foram alterados** e tampouco foi apresentada qualquer justificativa ou estudo que respaldem a sua utilização.

Dessa forma, reiteram-se os argumentos da MT 662/2022 em relação aos índices de alavancagem e de cobertura de benefícios

Diante do exposto, **sugere-se a manutenção parcial do achado e a expedição de determinação** à Cesan a fim de justificar, fundamentadamente, no processo licitatório, nos termos da Súmula 289 do TCU, os índices de alavancagem e de cobertura de benefícios e seus respectivos valores ou excluí-los da qualificação econômica exigida no edital. (destaques do original)

Análise: Observando-se a anterior Minuta do Edital (analisada quando da MT 662/2022-1) verifica-se que no item 13 relativo a Qualificação Econômico-Financeira dois itens (13.4 e 13.5) onde se explicitavam condições para os índices de alavancagem e de cobertura de benefícios:

MINUTA ANTERIOR DO EDITAL DE LICITAÇÃO

EDITAL DE LICITAÇÃO

CESAN Nº XXX/2022

(...)

13. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

(...)

13. 4 e 13.5 – índices de fundo de investimento e previdência complementar
13.4. Os fundos de investimentos, em substituição aos índices exigidos nos itens 13.2 e 13.3 acima, **deverão comprovar Índice de Alavancagem (IA)** igual ou inferior a 14,0 (quatorze), apurado a partir das demonstrações financeiras do último exercício, de acordo com a seguinte fórmula:
$$IA = \frac{CT}{PL}$$

Onde:

CT = passivo real, menos o patrimônio líquido e os diversos.
PL= capital social integralizado, mais as reservas capitalizáveis e lucros, menos os prejuízos.

3.5. As entidades de previdência complementar, em substituição aos índices exigidos nos itens nos itens 13.2 e 13.3, **deverão comprovar Índice de Cobertura de Benefícios (ICB)** igual ou superior a 0,7 (sete décimos), apurado a partir das demonstrações financeiras do último exercício, de acordo com a seguinte fórmula:

$$ICB = (AT - CC - EO - EC - F - BC - PMI) / BaC$$

Onde:

AT = Ativo Total

CC = Contribuições Contratadas

EO = Exigível Operacional

EC = Exigível Contingencial

F = Fundos

BC = Benefícios Concedidos

PMI = Provisões Matemáticas a Integralizar

BaC = Benefícios a Conceder (grifos nossos)

No Edital publicado verifica-se que o Item 15 traz os requisitos da Qualificação Econômico-Financeira, observando-se que os subitens, onde se explicitavam condições para os índices de alavancagem e de cobertura de benefícios, **foram excluídos:**

15. QUALIFICAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

15.1. Publicação do balanço do último exercício anual já exigível, acompanhado das respectivas demonstrações financeiras, que possibilite a apuração dos dados abaixo relacionados.

15.1.1. Se a Proponente não estiver obrigada à publicação, deverá apresentar cópia autenticada do balanço assinado pelo responsável legal e pelo contador registrado no órgão profissional competente, com indicação do número de registro.

15.1.2. Quando se tratar de empresa recém-constituída, que ainda não fechou o primeiro balanço anual, o balanço inicial é o que deve ser apresentado

15.1.3. Caso a Proponente esteja inscrita no Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, os documentos mencionados no item 15.1 poderão ser substituídos, parcialmente, por:

15.1.3.1. Comprovante da entrega digital do livro contábil com o balanço patrimonial e as demonstrações financeiras exigíveis na forma da lei;

15.1.3.2. Comprovante da assinatura digital do livro contábil pelo diretor responsável e por profissional de contabilidade habilitado e devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade – CRC, comprovando sua regularidade perante o respectivo conselho;

15.1.3.3. Cópia do termo de abertura e encerramento do respectivo livro contábil; e,

15.1.3.4. Termo de autenticação do livro contábil com o balanço patrimonial e as demonstrações financeiras pelo órgão competente.

15.2. Índice de Liquidez Corrente igual ou maior que 1 (um inteiro) estabelecido pela fórmula:

$$\text{ILC} = \text{Ativo Circulante} / \text{Passivo Circulante}$$

15.3. Índice de Endividamento Total menor ou igual a 1,0 (um inteiro) estabelecido pela fórmula:

$$\text{ET} = (\text{Passivo Circulante} + \text{Passivo não circulante}) / \text{Ativo Total}$$

15.3.1. No caso de consórcio, será permitido o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação.

15.4. Comprovação de que o patrimônio líquido da Proponente até a data de entrega da documentação e das propostas é igual ou superior a R\$ 14.000.000,00 (quatorze milhões de reais), correspondentes a aproximadamente 10% do valor estimado dos investimentos, em moeda corrente nacional ou o equivalente em moeda estrangeira, convertidos pela taxa de câmbio vigente na data da publicação do resultado ou no dia útil subsequente.

15.4.1. Em caso de Consórcio, deverá ser comprovado um patrimônio líquido até a data de recebimento das propostas igual ou superior a R\$ 18.200.000,00 (dezoito milhões e duzentos mil reais) em moeda corrente nacional ou o equivalente em moeda estrangeira, convertidos pela taxa de câmbio vigente na data da publicação do resultado ou no dia útil subsequente.

15.5. Certidão negativa de falência, recuperação judicial e extrajudicial, expedida pelo(s) cartório(s) de distribuição da sede das mesmas.

15.5.1. No caso de certidão positiva de recuperação judicial, a Proponente deverá juntar certidão emitida pela instância judicial competente, que certifique que o respectivo Plano de Recuperação já foi homologado em juízo e que a interessada está apta econômica e financeiramente a participar do presente certame, ficando obrigada a cumprir todos os requisitos de qualificação econômico-financeira.

15.5.2. No caso de silêncio do documento a respeito de sua validade, a certidão negativa de falência, recuperação judicial e recuperação extrajudicial, para fins de habilitação, deverá apresentar data de emissão de, no máximo, 90 (noventa) dias anteriores à data fixada para a Sessão Pública.

15.5.3. Para o caso de empresas em recuperação extrajudicial: está ciente de que no momento da assinatura do contrato deverá apresentar comprovação documental de que as obrigações do Plano de Recuperação Extrajudicial estão sendo cumpridas.

15.5.3. No caso de fundos de investimento deverá ser observada a certidão de que trata o item 11.6.

Pelo exposto, verifica-se que a Determinação prevista no item 1.1.2 do Acórdão TC 842/2022-8 - Plenário foi cumprida, visto que os itens relativos a Índice de Alavancagem e a Índice de Cobertura de Benefícios foram excluídos.

2.3 - Análise quanto ao Cumprimento da Determinação 1.1.3:

1. ACÓRDÃO TC-842/2022:

(...)

1.1.3. Alteração **(I)** do subitem 29.5 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por encampação às “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”, sem estabelecer tal limite às multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95, e **(II)** do subitem 29.6.1 da minuta do contrato de modo a incluir em seu início a limitação da indenização por encampação **“às 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, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95. (destaques do original)

No Voto do Relator, ponderou-se, com base nas indicações da área técnica (e transcrições da MT 662/2022), quando da análise da Minuta do Edital:

2.5 DA ANÁLISE DA MINUTA CONTRATUAL

(...)

Indenização por encampação

- MT 662/2022

A MT 662/2022 se pronunciou, *ipsis litteris*, da seguinte maneira:

O inciso II do subitem 29.3 da minuta do contrato, prevê a indenização da subconcessionária por débitos remanescentes perante instituições financeiras credoras sem limitá-la aos débitos relativos às “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”, em expressa contrariedade ao que dispõe o § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95.

Além disso, o texto do subitem 29.5 carece de clareza, uma vez que não pode haver limite ao recebimento das multas e indenizações e qualquer outros valores devidos pela subconcessionária à Cesan, ficando muito mais compreensível e claro o texto se ele se limitar a dizer que serão deduzidas da indenização por encampação as multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela subconcessionária à Cesan, sem prejuízo de cobrança de eventual saldo devedor remanescente da subconcessionária, caso seus débitos superem a indenização que lhe for devida pela encampação.

Fazendo-se a correção do subitem 29.5, nos moldes apontados no parágrafo anterior, estar-se-á corrigindo também a ilegalidade de sua parte final que, igualmente ao apontado em relação ao inciso II do subitem 29.3, não limita a indenização por encampação às “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”.

O texto do subitem 29.6.1 da minuta do contrato está com sua redação quase que totalmente adequada ao que dispõe o § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95, faltando apenas incluir em seu início a limitação da indenização por encampação **“às parcelas”** dos investimentos, uma vez que a indenização cobrirá apenas as parcelas não amortizadas ou depreciadas dos investimentos e não a integralidade dos investimentos.

Dessa forma, uma maneira de solucionar a contradição existente entre os subitens 29.3 e 29.5 em relação ao subitem 29.6.1 seria esclarecer no texto

dos dois primeiros subitens que a indenização por encampação será apurada na forma do subitem 29.6 e seus subitens 29.6.1, 29.6.2 e 29.6.3.

Diante do exposto, **sugere-se recomendar à Cesan** a alteração (I) do subitem 29.3 da minuta do contrato de modo a limitar a indenização por encampação às “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”, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95, (II) do subitem 29.5 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por encampação **às “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”, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95, e (III) do subitem 29.6.1 da minuta do contrato de modo a incluir em seu início a limitação da indenização por encampação **“às 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, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95.

- Resposta da Cesan

A Cesan alegou em suas justificativas (evento 63), em síntese, que **(I)** foram acatadas todas as recomendações sugeridas por este E. Tribunal para alterar os subitens da Cláusula 29 do contrato.

- Análise

Compulsando a nova minuta do contrato (evento 82), verificou-se que o apontamento relativo ao subitem 29.3 foi solucionado com sua alteração.

No entanto, a alteração do subitem 29.5 não solucionou inteiramente o apontamento feito na MT 662/2022, uma vez que ainda está limitando as multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela subconcessionária ao poder concedente ao valor das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, ao passo que o que está sujeito a tal limite é a indenização devida à subconcessionária pelo poder concedente e não os valores devidos ao poder concedente pela subconcessionária, que podem suplantam o valor da indenização devida à subconcessionária e ser cobrados de outras maneiras que não através de desconto sobre essa indenização.

Com relação ao subitem 26.6.1, não foi feita nenhuma alteração em sua redação, persistindo o apontamento feito na MT 662/2022, pois é preciso que o texto do subitem, em seu início, informe que as **parcelas dos investimentos** em bens reversíveis que ainda não estiverem depreciados ou amortizados e que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido são indenizáveis e **não todos os investimentos** em bens reversíveis que ainda não estiverem depreciados ou amortizados e que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Diante do exposto, sugere-se a **manutenção parcial do achado e a expedição de determinação** à Cesan, a fim de que providencie a alteração **(I)** do subitem 29.5 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por encampação às “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”, sem estabelecer tal limite às multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95, e **(II)** do subitem 29.6.1 da minuta do contrato de modo a incluir em seu início a limitação da indenização por encampação **“às 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, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95. (destaques do original)

Alterações verificadas na Minuta Contratual (anexa ao Edital de Concorrência Internacional 1/2022), quanto a esta Determinação 1.1.3:

29.5. As multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária 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.

29.6. A CESAN, previamente à encampação da Subconcessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação do montante da indenização eventualmente devida à SPE, que incluirá:

29.6.1. **As parcelas dos investimentos** realizados pela Subconcessionária em bens reversíveis que ainda não estiverem depreciadas ou amortizadas e que tenham sido realizadas com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, devidamente corrigidos monetariamente pelo IPCA-IBGE, desde a sua realização até o pagamento de indenização; (grifos nossos)

Análise: Observando-se as alterações introduzidas nos itens 29.5 e 29.6.1 da Minuta Contratual, anexa ao Edital publicado (que grifamos), verifica-se que estão em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 e 37, da Lei 8.987/95 e, também, com a Determinação prevista no item 1.1.3 do Acórdão TC 842/2022-8 – Plenário, que, portanto, foi atendida.

2.4 - Análise quanto ao Cumprimento da Determinação 1.1.4:

1. ACÓRDÃO TC-842/2022:

(...)

1.1.4. Alteração *(I)* do subitem 30.7 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por caducidade às “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”, sem estabelecer tal limite às multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95. (destaques do original)

No Voto do Relator, ponderou-se, com base nas indicações da área técnica (e transcrições da MT 662/2022), quando da análise da Minuta do Edital:

2.5 DA ANÁLISE DA MINUTA CONTRATUAL

(...)

Indenização por caducidade
- **MT 662/2022**

A MT 662/2022 se pronunciou, *ipsis litteris*, da seguinte maneira:

O subitem 30.7 da minuta do contrato apresenta o mesmo problema redacional apontado em relação ao subitem 29.5, apresentando, em seu final, contradição em relação ao disposto no subitem 30.6.

Dessa forma, reiteram-se aqui as considerações feitas no apontamento constante no subitem 3.9.9 desta manifestação técnica relativas ao subitem 29.5.

Diante do exposto, **sugere-se recomendar à Cesan** a alteração do subitem 30.7 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por encampação às “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”, em conformidade com o disposto no § 5º do art. 38 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95.

- Resposta da Cesan

A Cesan alegou em suas justificativas (evento 63), em síntese, que **(I)** foi acatada a sugestão deste E. Tribunal de Contas para alterar a redação do subitem 30.7 da minuta do contrato.

- Análise

Compulsando a nova minuta do contrato (evento 82), verificou-se que a redação do subitem 30.7 foi alterada, mas não solucionou inteiramente o apontamento feito na MT 662/2022, uma vez que ainda está limitando as multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela subconcessionária ao poder concedente ao valor das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, ao passo que o que está sujeito a tal limite é a indenização devida à subconcessionária pelo poder concedente e não os valores devidos ao poder concedente pela subconcessionária, que podem suplantar o valor da indenização devida à subconcessionária e ser cobrados de outras maneiras que não através de desconto sobre essa indenização.

A situação é mesma da análise do subitem anterior desta ITC relativa ao subitem 29.5 da minuta do contrato.

Diante do exposto, sugere-se a **manutenção do achado e a expedição de determinação** à Cesan, a fim de que providencie a alteração **(I)** do subitem 30.7 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por caducidade às “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”, sem estabelecer tal limite às multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95. (destaques do original)

Alterações verificadas na Minuta Contratual (anexa ao Edital de Concorrência Internacional 1/2022), quanto a esta Determinação 1.1.4:

30.7. As multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária 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. (grifo nosso)

Análise: Verificando-se o que estabelece a legislação para o caso de caducidade:

Lei 8.985/1995:

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. (grifo nosso)

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

(...)

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º **A indenização** de que trata o parágrafo anterior, **será devida na forma do art. 36** desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária. (grifo nosso)

Observando-se as alterações introduzidas no item 30.7 da Minuta Contratual, anexa ao Edital publicado (que grifamos), verifica-se que está de acordo com legislação e, também, com a Determinação prevista no item 1.1.4 do Acórdão TC 842/2022-8 - Plenário.

2.5 - Análise quanto ao Cumprimento da Determinação 1.1.5:

1. ACÓRDÃO TC-842/2022:

(...)

1.1.5. Alteração (*I*) do subitem 31.4 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por rescisão às “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”, sem estabelecer tal limites às multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95. (destaques do original)

No Voto do Relator, ponderou-se, com base nas indicações da área técnica (e transcrições da MT 662/2022), quando da análise da Minuta do Edital:

2.5 DA ANÁLISE DA MINUTA CONTRATUAL

(...)

Indenização por rescisão

- MT 662/2022

A MT 662/2022 se pronunciou, *ipsis litteris*, da seguinte maneira:

O subitem 31.4 da minuta do contrato apresenta o mesmo problema redacional apontado em relação ao subitem 29.5, apresentando em seu final contradição em relação ao disposto no subitem 31.3.

Dessa forma, reiteram-se aqui as considerações feitas no apontamento constante no subitem 3.9.9 desta manifestação técnica relativas ao subitem 29.5.

Diante do exposto, **sugere-se recomendar à Cesan** a alteração do subitem 31.4 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por encampação às “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”, em conformidade com o disposto no § 5º do art. 38 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95.

- Resposta da Cesan

A Cesan alegou em suas justificativas (evento 63), em síntese, que **(I)** foi acatada a sugestão deste E. Tribunal de Contas para alterar a redação do subitem 31.4 da minuta do contrato.

- Análise

Compulsando a nova minuta do contrato (evento 82), verificou-se que a redação do subitem 31.4 foi alterada, mas não solucionou inteiramente o apontamento feito na MT 662/2022, uma vez que ainda está limitando as multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela subconcessionária ao poder concedente ao valor das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, ao passo que o que está sujeito a tal limite é a indenização devida à subconcessionária pelo poder concedente e não os valores devidos ao poder concedente pela subconcessionária, que podem suplantar o valor da indenização devida à subconcessionária e ser cobrados de outras maneiras que não através de desconto sobre essa indenização.

A situação é mesma das análises dos dois subitens anteriores desta ITC relativas aos subitens 29.5 e 30.7 da minuta do contrato.

Diante do exposto, sugere-se a **manutenção do achado e a expedição de determinação à Cesan**, a fim de que providencie a alteração **(I)** do subitem 31.4 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por rescisão às “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”, sem estabelecer tal limite às multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95. (destaques do original)

Alterações verificadas na Minuta Contratual (anexa ao Edital de Concorrência Internacional 1/2022), quanto a esta Determinação 1.1.5:

31.4. As multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN serão descontados da indenização prevista para o caso de rescisão, **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. (grifo nosso)

Análise: Observando-se as alterações introduzidas no item 31.4 da Minuta Contratual, anexa ao Edital publicado (que grifamos), verifica-se que a Determinação prevista no item 1.1.5 do Acórdão TC 842/2022-8 - Plenário foi cumprida.

2.6 - Análise quanto ao Cumprimento da Determinação 1.1.6:

1. ACÓRDÃO TC-842/2022:

(...)

1.1.6. Alteração **(I)** do subitem 32.1.1 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por falência ou extinção da subconcessionária às “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”, sem estabelecer tal limite às multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95. (destaques do original)

No Voto do Relator, ponderou-se, com base nas indicações da área técnica (e transcrições da MT 662/2022), quando da análise da Minuta do Edital:

2.5 DA ANÁLISE DA MINUTA CONTRATUAL

(...)

Indenização por falência ou extinção da subconcessionária

- MT 662/2022

A MT 662/2022 se pronunciou, *ipsis litteris*, da seguinte maneira:

O subitem 32.1.1 (primeiro) da minuta do contrato, apresenta contradição com o subitem de mesma numeração (segundo), pois o primeiro não limita a indenização por falência ou extinção da subconcessionária às “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”, em conformidade com o disposto no § 5º do art. 38 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95, enquanto que o segundo faz menção a esse limite ao estabelecer que a indenização será paga nos termos dos subitens 30.6 e 30.7.

Dessa forma, sugere-se excluir o subitem 32.1.1 (primeiro) da minuta do contrato.

Diante do exposto, **sugere-se recomendar à Cesan** a exclusão do subitem 32.1.1 (primeiro) da minuta do contrato.

- Resposta da Cesan

A Cesan alegou em suas justificativas (evento 63), em síntese, que **(I)** por um equívoco de formatação do arquivo, o número 32.1.1 se repetiu e isso será ajustado na minuta final do contrato; **(II)** no tocante à norma cuja retirada é sugerida, a CESAN entende que ela merece ser mantida na minuta do contrato, pois contém uma norma que delimita a responsabilidade da CESAN no caso de a futura SPE incorrer em falência; **(III)** pelo texto proposto, em caso de falência, a indenização cabível será limitada a quitação de eventuais saldos de contratos de empréstimo firmados para levantar recursos para investimentos em bens reversíveis, sendo importante a manutenção desse item para mitigar o risco de crédito do projeto.

- Análise

Primeiramente, é preciso deixar claro que a MT 662/2022 recomendou a exclusão apenas **do primeiro subitem 32.1.1** porque o segundo subitem 32.1.1, ao referenciar o subitem 30.7 já contemplava a regra estabelecida no primeiro subitem 32.1.1, tornando-se, portanto, redundante.

Quanto ao subitem 30.7, importante destacar que a MT 662/2022 também sugeriu sua alteração, pois continha duas irregularidades, uma delas idêntica à irregularidade apontada em relação ao primeiro subitem 32.1.1.

Esclarecido este ponto, compulsando a nova minuta do contrato (evento 82), verificou-se que, apesar de as justificativas terem afirmado que corrigiram o erro de numeração, a minuta do contrato continua com dois subitens 32.1.1.

Além disso, o primeiro subitem 32.1.1 continua com a mesma redação e, portanto, com o mesmo problema apontado na MT 662/2022.

Isto porque a redação do primeiro subitem 32.1.1 continua não limitando a indenização devida à subconcessionária às “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”, estando em desconformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95.

A situação é mesma da análise desta ITC relativa ao subitem 29.3.

Assim, se a Cesan pretende manter o primeiro subitem 32.1.1, é necessário que adeque sua redação, como já recomendado na MT 662/2022.

Diante do exposto, sugere-se a **manutenção do achado e a expedição de determinação** à Cesan, a fim de que providencie a alteração **(I)** do subitem 32.1.1 da minuta do contrato de modo a tornar clara sua redação e a limitar a indenização por falência ou extinção da subconcessionária às “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”, sem estabelecer tal limite às multas, indenizações e quaisquer outros valores devidos pela Subconcessionária à CESAN, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95. (destaques do original)

Alterações verificadas na Minuta Contratual (anexa ao Edital de Concorrência Internacional 1/2022), quanto a esta Determinação 1.1.6:

32.1.1. Na hipótese de extinção do Contrato por falência da Subconcessionária, a indenização **ficará limitada apenas** às 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. (grifo nosso)

Análise: Observando-se as alterações introduzidas no item 32.1.1 da Minuta Contratual, anexa ao Edital publicado (que grifamos), verifica-se que a Determinação prevista no item 1.1.6 do Acórdão TC 842/2022-8 - Plenário foi acatada.

2.7 - Análise quanto ao Cumprimento da Determinação 1.1.7:

1. ACÓRDÃO TC-842/2022:

(...)

1.1.7. Alteração **(I)** da alínea “d)” do subitem 33.3 da minuta do contrato de modo a estabelecer a limitação da indenização por nulidade **“às 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, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95. (destaques do original)

No Voto do Relator, ponderou-se, com base nas indicações da área técnica (e transcrições da MT 662/2022), quando da análise da Minuta do Edital:

2.5 DA ANÁLISE DA MINUTA CONTRATUAL

(...)

Indenização por nulidade

- MT 662/2022

A MT 662/2022 se pronunciou, *ipsis litteris*, da seguinte maneira:

O subitem 33.3 da minuta do contrato contém duas alíneas “c)”, tratando a primeira da sub-rogação pela Cesan de saldos remanescentes assumidos pela subconcessionária com financiadores, com possibilidade de indenização, não limitadas às “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 que a segunda alínea “c)” trata de indenização nos moldes do artigo 36 da lei 8.987/95.

Diante do exposto, **sugere-se recomendar à Cesan**, em relação ao apontado no parágrafo anterior, a exclusão da primeira alínea “c)” do subitem 33.3 da minuta do contrato e a inclusão na segunda alínea “c)” da alternativa de sub-rogação pela Cesan dos saldos remanescentes de financiamentos assumidos pela concessionária, com o limite, tanto da

indenização quanto da sub-rogação, às “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, na forma do artigo 36 da Lei 8.987/95.

- Resposta da Cesan

A Cesan alegou em suas justificativas (evento 63), em síntese, que **(I)** a recomendação será integralmente acolhida e incorporada a minuta do contrato.

- Análise

Compulsando a nova minuta do contrato (evento 82), verificou-se que foram alteradas as redações das duas alíneas “c” do subitem 33.3, tendo sido alterada a denominação da segunda alínea “c” para alínea “d”

Em relação à atual alínea “c”, entende-se que foi sanado o apontamento. Contudo, em relação à atual alínea “d” ainda é necessário que sua redação sofra um pequeno ajuste apenas para fazer constar que a indenização é limitada **às parcelas dos investimentos** em bens reversíveis que ainda não estiverem depreciados ou amortizados e que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido são indenizáveis **e não a todos os investimentos** em bens reversíveis que ainda não estiverem depreciados ou amortizados e que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Diante do exposto, sugere-se **a manutenção parcial do achado e a expedição de determinação à Cesan**, a fim de que providencie a alteração (I) da alínea “d” do subitem 33.3 da minuta do contrato de modo a estabelecer a limitação da indenização por nulidade **“às 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, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95. (destaques do original)

Análise: Observando-se a anterior Minuta Contratual, integrante da Minuta do Edital (analisada quando da MT 662/2022-1), verifica-se que no item 33, subitem 33.3, alínea “d”, foi definida que a indenização devida a Concessionária incluiria custos de manutenção, mas sem limitar-se às 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:

33. NULIDADE

(...)

33.3. Na hipótese de nulidade do presente Contrato cujo motivo não seja imputável à Subconcessionária, a CESAN responsabilizar-se-á por eventuais

indenizações a ela devidas, sendo-lhes ressarcidos os prejuízos regulamentares que comprovadamente houver sofrido, tendo ainda direito a:

- a) Devolução da Garantia de Execução do Contrato;
- b) Pagamentos devidos pela execução do Contrato até a data da anulação, incluindo principal, juros, multas e outros acessórios;
- c) Sub-rogação, pela CESAN, dos saldos remanescentes assumidos pela Subconcessionária com os Financiadores, ou, a critério da CESAN, indenização à Subconcessionária, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses;
- c) Indenização à Subconcessionária, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, limitada aos investimentos em bens reversíveis que ainda não tenham sido amortizados ou depreciados e que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

d) Custo de desmobilização, incluindo o valor de todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações devidas a empregados, fornecedores e outros terceiros credores da Subconcessionária a qualquer título. (grifo nosso)

Verifica-se que a alínea “d” do item 33.3 **não havia sido alterada**, estando em desacordo com a legislação, com a análise da MT 662/2022-1, levando o Acórdão 842/2022-8 determinar sua alteração, em sua Determinação 1.1.7.

Alterações verificadas na Minuta Contratual publicada (anexa ao Edital de Concorrência Internacional 1/2022), quanto a esta Determinação 1.1.7:

33. NULIDADE

(...)

33.3. Na hipótese de nulidade do presente Contrato cujo motivo não seja imputável à Subconcessionária, a CESAN responsabilizar-se-á por eventuais indenizações a ela devidas nos termos previstos na cláusula 30, sendo-lhes ressarcidos os prejuízos regulamentares que comprovadamente houver sofrido, tendo ainda direito a:

a) Devolução da Garantia de Execução do Contrato;

b) Pagamentos devidos pela execução do Contrato até a data da anulação, incluindo principal, juros, multas e outros acessórios;

c) sub-rogação pela CESAN dos saldos remanescentes de financiamentos assumidos pela concessionária, com o limite, tanto da indenização quanto da sub-rogação, **às parcelas** dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados;

d) Indenização à Subconcessionária, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, limitada às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados que tenham sido realizados com o objetivo de garantia a continuidade e atualidade do serviço concedido. (grifo nosso)

e) Custo de desmobilização, incluindo o valor de todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações devidas a empregados, fornecedores e outros terceiros credores da Subconcessionária a qualquer título. (grifo nosso)

Análise: Comparando-se a Minuta de Contrato anteriormente encaminhada (quando da análise da MT 662/2022-1), verifica-se que a alínea “d” do item 33.3 daquela, **foi mantida na Minuta Contratual, anexa ao Edital publicado, sob a forma de sua alínea “e”, de seu item 33.3** (que grifamos).

Desta forma verifica-se que a Determinação prevista no item 1.1.7 do Acórdão TC 842/2022-8 - Plenário **foi descumprida**.

3- CONCLUSÃO

Pelas limitações expostas no item 1.2 esta MT, **não foi analisado o cumprimento das Recomendações** 1.2.1 à 1.1.23 do Acórdão 842/2022-8 - Plenário, devendo, entretanto, serem os responsáveis advertidos que a não adoção das mesmas poderá ensejar em suas responsabilizações, caso se comprove nexos causal, em apuração de eventuais prejuízos ao interesse público, à eficiente execução do contrato, ou ao erário.

Pelo exposto no item 2 (e sub itens 2.1, 2.2, 2.3, 2.4, 2.5, e 2.6) desta MT, verifica-se que as Determinações contidas nos itens 1.1.1, 1.1.2, 1.1.3, 1.1.4, 1.1.5, e 1.1.6 do Acórdão 842/2022-8 - Plenário foram atendidas e dessa forma, **consideram-se cumpridas estas determinações do referido Acórdão**.

No entanto, conforme analisado no item 2.7 desta MT, verifica-se que a Determinação contida no item 1.1.7 do Acórdão 842/2022-8 – Plenário não foi

realizada e, dessa forma, **sendo descumprida a Determinação 1.1.7 do referido Acórdão.**

Observa-se que a maior parte das Determinações do Acórdão 842/2022-8 – Plenário foram cumpridas, sendo exceção a Determinação 1.1.7 e, analisando-se os possíveis prejuízos à licitação, ao erário e à execução contratual decorrentes desse descumprimento, entende-se que a probabilidade de ocorrência dos citados prejuízos é baixa, não justificando, neste momento, alguma medida mais incisiva por parte desta Corte (como uma cautelar paralisando a licitação, por exemplo).

Desta forma entende-se possível a manutenção do Edital publicado, com a Minuta contratual com esta inconformidade, contudo, devem ser advertidos os responsáveis que o descumprimento desta Determinação poderá ensejar em responsabilização e sanções aos mesmos, caso fique comprovado o nexo causal entre a não adoção desta Determinação e eventuais prejuízos ao interesse público, à eficiente execução do contrato ou ao erário.

Dessa forma, **consideram-se parcialmente cumpridas as determinações** do Acórdão 842/2022-8 - Plenário e **sugere-se o arquivamento** dos autos do Processo TC 7573/2021-5, com base no inciso I do artigo 5º da Resolução TC 278/2014.

Diante do exposto, a análise em sede de monitoramento segue o disposto no inciso I do artigo 4º da Resolução TC 278/2014, não sendo necessária aplicação de sanção.

Sugere-se, finalmente, o **arquivamento dos autos**, conforme inciso I do artigo 5º da Resolução TC 278/2014.

4 PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Em face do exposto, submete-se à consideração superior a seguinte proposta de encaminhamento:

4.1 – Sugere-se seja considerado atendido o Acórdão 842/2022-8 – Plenário, em relação as Determinações 1.1.1 a 1.1.6 do mesmo;

4.2 - Sugere-se seja considerado descumprido o Acórdão 842/2022-8 – Plenário, em relação a Determinação 1.1.7 do mesmo;

4.3- Sugere-se que sejam os responsáveis advertidos que a não adoção da Determinação 1.1.7 do Acórdão 842/2022-8 - Plenário, bem como, das Recomendações constantes dos itens 1.2.1 a 1.2.23, do Acórdão 842/2022-8 – Plenário, podem gerar sanções aos mesmos, caso, em futuras fiscalizações relativas à execução contratual, fique comprovado o nexo causal entre a não adoção das mesmas e eventuais prejuízos ao interesse público, à eficiente execução do contrato ou ao erário;

4.4 – Seja dada ciência aos responsáveis; e

4.5 – Seja arquivado o processo, nos moldes do art. 330, § 1º, do RITCEES.

Manifestação Técnica 4889/2022

2- ANÁLISE

Inicialmente, cabe destacar que essa manifestação se limitará à análise do atendimento da determinação exarada no item 1.1.7 do Acórdão TC 842/2022-8 – Plenário.

Em relação a esse apontamento, cabe transcrever a análise realizada no item 3.6.13 da ITC 2012/2022 em sua íntegra, bem como o item 1.1.7 do Acórdão TC 842/2022-8 – Plenário:

Item 3.6.13 da ITC 2012/2022

Compulsando a nova minuta do contrato (evento 82), verificou-se que foram alteradas as redações das duas alíneas “c” do subitem 33.3, tendo sido alterada a denominação da segunda alínea “c” para alínea “d”

Em relação à atual alínea “c”, entende-se que foi sanado o apontamento. Contudo, em relação à atual alínea “d” ainda é necessário que sua redação sofra um pequeno ajuste apenas para fazer constar que a indenização é limitada **às parcelas dos investimentos** em bens reversíveis que ainda não estiverem depreciados ou amortizados e que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido são indenizáveis **e não a todos os investimentos** em bens reversíveis que ainda não estiverem depreciados ou amortizados e que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Diante do exposto, sugere-se **a manutenção parcial do achado e a expedição de determinação à Cesan**, a fim de que providencie a alteração (l) da alínea “d”) do subitem 33.3 da minuta do contrato de modo a estabelecer a limitação da indenização por nulidade **“às 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, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95. (destaques do original)

Acórdão TC-842/2022 - Plenário:

1.1. DETERMINAR à Cesan, na pessoa de seu Diretor-Presidente, as seguintes providências, antes da publicação do edital:

1.1.7. Alteração (l) da alínea “d”) do subitem 33.3 da minuta do contrato de modo a estabelecer a limitação da indenização por nulidade **“às 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, em conformidade com o disposto no § 4º do art. 35 c/c o art. 36 da Lei 8.987/95.

A comparação que deve ser realizada para verificar o cumprimento do Acórdão é entre o item 33.3 da minuta de contrato constante no evento 82 e o do evento 114 (minuta do contrato publicada, integrante do Edital de Licitação Cesan LCI 1/2022).

Para facilitar a visualização, segue a íntegra do item 33.3 nas duas minutas:

Item 33.3 da Minuta do Contrato constante no evento 82:

33. NULIDADE

(...)

33.3. Na hipótese de nulidade do presente Contrato cujo motivo não seja imputável à Subconcessionária, a CESAN responsabilizar-se-á por eventuais indenizações a ela devidas nos termos previstos na cláusula 30, sendo-lhes ressarcidos os prejuízos regulamentares que comprovadamente houver sofrido, tendo ainda direito a:

- a) Devolução da Garantia de Execução do Contrato;
- b) Pagamentos devidos pela execução do Contrato até a data da anulação, incluindo principal, juros, multas e outros acessórios;
- c) sub-rogação pela CESAN dos saldos remanescentes de financiamentos assumidos pela concessionária, com o limite, tanto da indenização quanto da sub-rogação, às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados;

d) Indenização à Subconcessionária, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, limitada aos investimentos em bens reversíveis que ainda não tenham sido amortizados ou depreciados e que tenham sido realizados com o objetivo de garantia a continuidade e atualidade do serviço concedido.

e) Custo de desmobilização, incluindo o valor de todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações devidas a empregados, fornecedores e outros terceiros credores da Subconcessionária a qualquer título.

Item 33.3 da Minuta Contratual publicada (anexa ao Edital de Concorrência Internacional 1/2022):

33. NULIDADE

(...)

33.3. Na hipótese de nulidade do presente Contrato cujo motivo não seja imputável à Subconcessionária, a CESAN responsabilizar-se-á por eventuais indenizações a ela devidas nos termos previstos na cláusula 30, sendo-lhes ressarcidos os prejuízos regulamentares que comprovadamente houver sofrido, tendo ainda direito a:

a) Devolução da Garantia de Execução do Contrato;

b) Pagamentos devidos pela execução do Contrato até a data da anulação, incluindo principal, juros, multas e outros acessórios;

c) sub-rogação pela CESAN dos saldos remanescentes de financiamentos assumidos pela concessionária, com o limite, tanto da indenização quanto da sub-rogação, às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados;

d) Indenização à Subconcessionária, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, **limitada às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis**, ainda não amortizados ou depreciados que tenham sido realizados com o objetivo de garantia a continuidade e atualidade do serviço concedido.

e) Custo de desmobilização, incluindo o valor de todos os encargos e ônus decorrentes de multas, rescisões e indenizações devidas a empregados, fornecedores e outros terceiros credores da Subconcessionária a qualquer título. **(grifo nosso)**

Na comparação entre os itens 33.3 das duas Minuta de Contrato, verifica-se que a minuta publicada (evento 114) foi alterada conforme sugerido na ITC e determinado no item 1.1.7 do Acórdão TC 842/2022-8 – Plenário, de forma que se pode concluir que este item realmente foi atendido pela Cesan ao publicar o Edital de Licitação Cesan LCI 1/2022, surgindo a necessidade de retificação do encaminhamento sugerido na Manifestação Técnica 4857/2022.

3- PROPOSTA DE ENCAMINHAMENTO

Em face do exposto, sugere-se a seguinte proposta de encaminhamento:

3.1 Juntada deste Protocolo ao Processo TC 7573/2021;

3.2 Alteração da proposta de encaminhamento sugerida na Manifestação Técnica 4857/2022 pela seguinte:

3.2.1 Seja considerado atendido o Acórdão 842/2022-8 – Plenário, em relação as Determinações 1.1.1 a 1.1.7 do mesmo;

3.2.2. Sejam os responsáveis advertidos que a não adoção das Recomendações constantes dos itens 1.2.1 a 1.2.23, do Acórdão 842/2022-8 – Plenário, podem gerar sanções aos mesmos, caso, em futuras fiscalizações relativas à execução contratual, fique comprovado o nexo causal entre a não adoção das mesmas e eventuais prejuízos ao interesse público, à eficiente execução do contrato ou ao erário;

3.2.3 Seja dada ciência aos responsáveis; e

3.2.4 Seja arquivado o processo, nos moldes do art. 330, § 1º, do RITCEES.

Pois bem.

Considerando que foi juntada aos autos pelo Diretor Presidente da Cesan, Senhor Munir Abud de Oliveira, a Petição Intercorrente 00292/2023 (evento 137) e Peças Complementares (eventos 138 a 205), apresentando o Relatório Técnico-Jurídico de revisão dos documentos da Concorrência Pública Internacional CESAN n. 01/2022, não verifico como pertinente, no momento, o acompanhamento do posicionamento técnico acima exarado, no intuito de que se possibilite a avaliação da documentação juntada antes da republicação do Edital, por parte do corpo técnico desta Corte, sendo necessário, portanto, o retorno dos autos à Área Técnica para manifestação quanto à documentação juntada.

3. DOS DISPOSITIVOS:

Ante o exposto, divergindo do posicionamento técnico e ministerial, **VOTO** no sentido de que o Colegiado aprove a minuta de deliberação que submeto à apreciação.

LUIZ CARLOS CICILIOTTI DA CUNHA

Conselheiro Relator

1. DECISÃO TC-1583/2023-9

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

1.1. DETERMINAR o retorno dos autos à área técnica para manifestação, considerando a documentação juntada aos autos na **Petição Intercorrente**

00292/2023 (evento 137) e Peças Complementares (eventos 138 a 205) pelo Diretor Presidente da Cesan, Senhor Munir Abud de Oliveira.

1.2. DAR CIÊNCIA aos interessados na forma regimental.

2. Unânime

3. Data da Sessão: 01/06/2023 – 25ª Sessão Ordinária do Plenário.

4. Especificação do quórum:

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

5. Membro do Ministério Público de Contas: Luis Henrique Anastácio da Silva - procurador-geral.

CONSELHEIRO RODRIGO FLÁVIO FREITAS FARIAS CHAMOUN

Presidente