

PROCESSO: TCE-RJ Nº 119.659-7/23

ORIGEM: CONSÓRCIO PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DO NORTE E NOROESTE FLUMINENSE - CIDENNF

ASSUNTO: REPRESENTAÇÃO EM FACE DE LICITAÇÃO

INTERESSADO: SECRETARIA-GERAL DE CONTROLE EXTERNO - SGE

Em atenção ao Princípio da Conexão Processual, nos termos do art. 237, § 2º, da Deliberação 338/23, Regimento Interno do TCE-RJ, será proferida uma única **DECISÃO** que abarcará a análise do presente feito, bem como daquele objeto dos processos TCE-RJ nº 201.162-1/24 e 201.322-3/24.

EMENTA. REPRESENTAÇÃO. CONSÓRCIO PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DO NORTE E NOROESTE FLUMINENSE – CIDENNF. CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO, ADEQUAÇÃO, REFORMA E AMPLIAÇÃO DOS SISTEMAS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DOS MUNICÍPIOS DE BOM JESUS DO ITABAPOANA, CARDOSO MOREIRA, CONCEIÇÃO DE MACABU, ITALVA, PORCIÚNCULA E QUISSAMÃ. EDITAL DE CONCORRÊNCIA Nº 001/2023.

A CONFIRMAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA, SEJA ELA DE NATUREZA CAUTELAR OU NÃO SATISFATIVA, CONSTITUI UM CAPÍTULO CRUCIAL DA SENTENÇA QUE VALIDA A CORREÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA PREVIAMENTE CONCEDIDA.

A ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO ESTÁ RELACIONADA A ILEGALIDADE E VÍCIOS, POR OUTRO LADO, A REVOGAÇÃO É UMA PRERROGATIVA

DISCRICIONÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, BASEADA NA CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE.

NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO CUMPRIMENTO DAS DETERMINAÇÕES EXARADAS POR ESTA CORTE DE CONTAS, OU NO CASO DE SUA IMPOSSIBILIDADE, A COMPROVAÇÃO DA ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

PROCEDÊNCIA PARCIAL. PROCEDÊNCIA. CONFIRMAÇÃO DA TUTELA. COMUNICAÇÃO. DETERMINAÇÃO. REMESSA.

Trata-se de Representação (peça 11) com pedido de tutela provisória formulada pelo Subsecretário de Controle de Infraestrutura e Desestatização, com fundamento no artigo 108, V, do Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro - RITCERJ, por intermédio da Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, em razão de possíveis irregularidades contidas no Edital de Concorrência nº 001/2023, do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, que tem por objeto a Concessão dos serviços públicos de operação, manutenção, adequação, reforma e ampliação dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário dos Municípios de Bom Jesus do Itabapoana, Cardoso Moreira, Conceição de Macabu, Italva, Porciúncula e Quissamã, no Estado do Rio de Janeiro, com prazo de execução estimado em 35 (trinta e cinco) anos, com valor de receita estimada em R\$ 973.900.958,14 (novecentos e setenta e três milhões, novecentos mil, novecentos e cinquenta e oito reais e quatorze centavos) e com data prevista de realização do certame agendada para o dia 16.01.24, às 10h.

Em apertada síntese, alega o Representante (peça 11), a existência das seguintes irregularidades no Edital:

1. Ausência de plano municipal de saneamento;
2. Ausência de definição do agente regulador;
3. Ausência de publicação de demonstrações financeiras;
4. Impropriedades na demonstração do resultado do exercício;

5. Taxa Interna de Retorno – TIR – subavaliada;
6. Ausência de definição dos tipos de receita e risco de compartilhamento de receitas inadequado;
7. Ausência de previsão clara e adequada de sanções em caso de descumprimento de metas;
8. Ausência de periodicidade na verificação do indicador de nível de cortesia e de qualidade percebida pelos usuários;
9. Estabelecimento das metas em desacordo com o marco legal de saneamento básico; e
10. Prazo contratual indeterminado.

Firme em seus argumentos, sugeriu a CAD-Desestatização (peça 11) o que segue reproduzido, *in verbis*:

- I. o **CONHECIMENTO** desta Representação, uma vez presentes os requisitos necessários à sua admissibilidade;
- II. a **CONCESSÃO DA TUTELA PROVISÓRIA**, nos termos do disposto no artigo 149 do Regimento Interno, determinando-se ao Jurisdicionado a imediata suspensão do certame, no estado em que se encontra, abstendo-se de adjudicar o objeto, homologar o resultado ou celebrar o contrato;
- III. a **COMUNICAÇÃO** à Sra. atual Presidente do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense, nos termos do art. 15, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal, para que, no prazo a ser fixado pelo Plenário, **manifeste-se acerca de todas as impropriedades veiculadas por meio desta Representação, sem prejuízo de, voluntariamente e em idêntico prazo, anuir em promover alterações no instrumento convocatório, comprovando tais medidas em momento oportuno a este Tribunal:**
- IV. Não efetuadas, voluntariamente, as correções acima suscitadas e, outrossim, não acatadas eventuais justificativas apresentadas pelo jurisdicionado, seja, por fim e na etapa processual oportuna, julgada **PROCEDENTE** esta Representação, a fim de que o jurisdicionado:
 - 4.1) Cumpra as determinações necessárias ao saneamento das impropriedades remanescentes, caso pretenda prosseguir com o certame; ou
 - 4.2) Promova a anulação do Edital.

Ato contínuo, os autos foram distribuídos diretamente à minha relatoria, na forma do art. 151 do RITCERJ, pelo Núcleo de Distribuição da Secretaria-Geral da Presidência – NDP, por meio de sorteio eletrônico, em 29.12.23 (peça 12), para análise do pedido cautelar.

Cumpra mencionar que, em 11.01.24, também, **foi distribuído a este Gabinete o processo TCE-RJ nº 201.162-1/24**, cuja Representação foi proposta pela empresa AEGEA

SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A (peça 7), que cuida do mesmo Edital de Concorrência Pública nº 001/2023 e, em razão do princípio da conexão processual, será analisado conjuntamente na presente decisão.

A referida Representação apresenta possíveis irregularidades, as quais colaciono a seguir:

4. As ilegalidades e irregularidades são as seguintes:

a. adoção do critério de seleção de melhor técnica combinado com o de menor valor da tarifa, em contrariedade ao disposto no art. 36, § 1º da Lei Federal nº 14.133/21, tanto pela insuficiência da motivação dada pela Representada, como por não se estar diante de (i) serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual; (ii) obra ou de serviço que dependam de tecnologia nitidamente sofisticada de domínio restrito; (iii) bens e serviços especiais relacionados à tecnologia da informação e comunicação; (iv) obras e serviços especiais de engenharia; ou (v) neste contexto, objetos com soluções específicas, alternativas e variações, com impactos mensuráveis na qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, permitindo escolha livre dos licitantes, seguindo critérios definidos no Edital;

b. adoção de critérios de avaliação de proposta técnica genéricos e subjetivos em contrariedade ao princípio do julgamento objetivo e das regras de avaliação de proposta técnica (art. 36º, caput, e parágrafo único, V, e art. 37º, II da Lei Federal nº 14.133/21); e

c. ausência de definição da entidade reguladora, contrariando o artigo 8º, § 5º c/c art. 9º, inciso II e c/c art. 11, inciso III, todos do marco legal do saneamento básico (Lei Federal nº 11.445/07, atualizada pela Lei Federal 14.026/20).

Aduz ainda a Representante que **“Como se verificará, as irregularidades demonstradas ensejam a anulação da Concorrência Pública, de modo que se afigura premente e necessária a suspensão imediata do certame e, por conseguinte, o cancelamento da sessão de recebimento da documentação, prevista para o dia 16.01.2024, próxima terça-feira (doc. 05 – informação sobre a abertura).”**

Ao final de sua peça, a Representante requer que:

103. Pelo exposto, tendo em vista a necessidade de republicação do Edital de licitação com as correções acima apontadas (renovando o prazo para o oferecimento das propostas) e o fato de que a sessão de abertura dos envelopes se realizará na próxima terça-feira, pede-se:

(a) a confirmação da concessão da tutela provisória, nos termos postulados acima, para que seja suspensa a Concorrência Pública 001/2023 e, por conseguinte, todos os efeitos dos atos praticados no âmbito do certame, dentre eles, a sessão de recebimento de documentação designada para 16.01.2024 (cf. item 102 acima);

(b) ao final, requer-se a anulação do Edital da Concorrência Pública 001/2023, como também de todos os atos posteriores à sua publicação, em razão da

necessidade (i) de designação de uma entidade reguladora, previamente à licitação; (ii) de reformulação do critério de seleção, a fim de que o novo Edital passe a prever a seleção pelo menor preço, observando-se o disposto no art. 34 da Lei Federal nº 14.133/21; e/ou (iii) de retificação dos critérios de avaliação das propostas técnicas, a fim de que sejam claros, objetivos, específicos, concretos e plenamente definidos no instrumento convocatório, atendendo ao princípio do julgamento objetivo (art. 5º, caput, da Lei Federal nº 14.133/21) e às regras do art. 37º, inc. II da nova Lei de Licitações.

Nesse cenário, conforme anteriormente dito, as irregularidades de ambas as Representações serão analisadas conjuntamente, por força do Princípio da Conexão Processual, nos termos do art. 237, §2º, do RITCERJ¹.

Em 15.01.24 (peça 14), proferi a seguinte Decisão Monocrática:

I. Pelo **CONHECIMENTO** das Representações, uma vez preenchidos os requisitos de legitimidade e admissibilidade, nos termos do art. 108, V e VI, e art. 109 e seus incisos do RITCERJ;

II. Pelo **DEFERIMENTO DA TUTELA PROVISÓRIA**, com fulcro no art. 149, §3º, do RITCERJ, determinando ao atual Presidente do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense - CIDENNF que suspenda imediatamente o procedimento licitatório conduzido nos autos do edital de Concorrência Pública nº 001/2023, no estado em que se encontra, abstando-se de adjudicar o objeto, homologar o resultado ou celebrar o contrato, sob pena de aplicação de multa inicial equivalente a **10.000 UFIR-RJ** em caso de descumprimento da medida determinada, sem prejuízo da aplicação de outras sanções legais, inclusive caso venha a ser apurada irregularidade na contratação;

III. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Presidente do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, **preferencialmente por meio de Técnico de Notificações**, nos termos do art. 15, I, e art. 17, §3º, do RITCERJ, para que cumpra o **item II** desta decisão e, **no prazo de 15 (quinze) dias**, a contar da ciência desta decisão, atenda às seguintes **DETERMINAÇÕES**:

III.1 - Manifeste-se de forma exauriente quanto ao mérito das Representações, bem como informe a eventual adoção imediata de providências que julgar cabíveis acerca do procedimento licitatório;

III.2. Informe em que fase se encontra o certame, bem como, caso a fase de julgamento tenha sido concluída, informe o seu eventual resultado, dando ciência imediata ao eventual licitante vencedor acerca da possibilidade de se manifestar no presente processo.

¹ Art. 237. A distribuição dos processos aos Conselheiros titulares e substitutos observará os princípios da publicidade e da alternância, e será realizada em dias úteis, de maneira equitativa, levando-se em conta os casos de suspeição, impedimento e prevenção, mediante sorteio eletrônico quando do ingresso dos autos no setor competente.

§2ª Poderão ser reunidos, por apensação, para julgamento conjunto, os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente.

IV. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual titular do Órgão Central de Controle Interno do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense - CIDENNF, para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de **responsabilidade solidária**, de acordo com o art. 53, IV, e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90;

V. Pela **COMUNICAÇÃO** à Representante (AEGEA SANEAMENTO E PARTICIPAÇÕES S.A.), nos termos do art. 110 do RITCERJ, para que tome ciência desta decisão;

VI. Pela **APENSAÇÃO** do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24 ao presente processo; e

VII. Pela **REMESSA** à Secretaria-Geral de Controle Externo - SGE, com vistas à sua distribuição à Coordenadoria competente, com posterior remessa ao Ministério Público de Contas – MPC, para que se manifestem quanto ao mérito das Representações, com posterior retorno dos autos a este Gabinete.

Em atendimento à decisão supracitada, o Jurisdicionado se manifestou (peças 22 a 25) por meio do Doc. TCE-RJ nº 2.250-5/24.

Faço constar que o processo TCE-RJ nº 201.322-3/24 foi apensado a este em 22.03.24 (peça 32), a fim de que no mérito, não ocorram decisões conflitantes.

Em 25.03.24 (peça 33), a laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização sugeriu a seguinte proposta de encaminhamento:

I - REVOGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA anteriormente deferida, possibilitando o prosseguimento do procedimento licitatório, desde que atendidas as determinações elencadas no item V.1;

II - PROCEDÊNCIA PARCIAL da presente REPRESENTAÇÃO (Processo TCE-RJ nº 119.659 7/23) quanto ao mérito, considerando a análise efetuada nesta instrução;

III - PROCEDÊNCIA da REPRESENTAÇÃO realizada pela empresa Aegea Saneamento e Participações S.A. (processo TCE-RJ nº 201.162-1/24) quanto ao mérito, considerando a análise efetuada nesta instrução;

IV - PROCEDÊNCIA da REPRESENTAÇÃO realizada pela empresa Saneamento Ambiental Águas do Brasil S.A. (processo TCE-RJ nº 201.322-3/24) quanto ao mérito, considerando a análise efetuada nesta instrução;

V - COMUNICAÇÃO ao atual Presidente do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, nos termos do artigo 15, inciso I do Regimento Interno deste Tribunal, para que atenda às seguintes **DETERMINAÇÕES** ou, na sua impossibilidade de atendimento no presente, **REVOGUE** a licitação, mediante Errata ou aviso, dando a esta a publicidade conforme disposições dos artigos 54 da Lei Federal nº 14.133/21 e 8.º da Lei Federal n.º 12.527/11, sendo certo que devem observar em edital futuro, as questões suscitadas

nesta representação e que a **verificação do seu cumprimento poderá ser objeto de controle externo a cargo deste Tribunal**, considerando os critérios de materialidade, relevância, risco e oportunidade:

V.1. Determinações:

1.1. Defina o agente regulador do contrato de concessão no Edital e na Minuta Contratual (item 2 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23; idem ao item 3 do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24 - apenso; idem ao item 3 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24 - apenso);

1.2. Defina de maneira clara os tipos de receita (com distinção entre receitas alternativas e extraordinárias) e disponha de maneira objetiva a metodologia de compartilhamento de receita de modo que seja adequado não somente o percentual, mas também a base de cálculo em que o percentual de compartilhamento incidirá (item 6 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

1.3. Revise o sistema sancionatório, tanto no Edital quanto na Minuta do Contrato, de modo que sejam previstas, de forma clara e objetiva, as sanções contratuais a serem aplicadas nos casos de descumprimento total ou parcial das metas previstas para cada indicador de desempenho aferido, dando objetividade inclusive aos critérios adotados para a declaração da caducidade (item 7 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

1.4. Defina a periodicidade na verificação do “Indicador de Nível de Cortesia e de Qualidade Percebida Pelos Usuários na Prestação dos Serviços” (item 8 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

1.5. Retifique as metas estabelecidas no Anexo V para que estejam em consonância com o Marco Legal do Saneamento Básico (item 9 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

1.6. Retifique o Edital para que se estabeleça o prazo máximo previsto para a prorrogação do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, de forma que seja determinado com clareza o prazo contratual (item 10 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

1.7. Proceda à reavaliação da adoção do critério de julgamento “técnica e preço”, na forma como disposto nos critérios operacionais, de forma a não vir a restringir a competitividade do certame, uma vez que potenciais licitantes poderão ser desclassificados em função do peso atribuído por critérios subjetivos, sem que haja uma metodologia transparente que indique como será esta avaliação; ou, alternativamente, abstenha-se de utilizar o critério de julgamento de proposta técnica no edital (itens 1 e 2 do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24 - apenso);

1.8. Proceder à validação dos dados dos números e indicadores de fornecimento de água e coleta e tratamento de esgoto e, ainda, à uma repartição pertinente de riscos pelo não atingimento de metas, decorrente da omissão ou erros nos referidos dados. (item 2 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24 - apenso);

1.9. Proceda à reavaliação do Anexo III no tocante às Informações para elaboração da Proposta Comercial, e do Plano de Negócios, considerando constarem itens vinculados que deveriam ser ditados pelo Poder Concedente, a exemplo das metas de universalização almejadas, além de avaliar a possibilidade de incluir as demais metas como indicador de qualidade dos serviços, atrelado à remuneração da concessionária, e não como critério de julgamento, o que desestimularia ganhos de eficiência (item 4 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24 - apenso);

V.2. Publique, nos moldes do art. 54, caput, §§ 1º e 2º, da Lei nº 14.133/21 c/c o artigo 8º da Lei 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação), o Edital e seus Anexos consolidados e/ou errata especificando, item por item, todas as alterações efetuadas no Edital, bem como, revise o cadastramento das informações relativas ao Edital constantes do SIGFIS – Módulo Editais;

V.3. Publique a nova data para a realização do certame;

VI - COMUNICAÇÃO ao titular do Órgão Central de Controle Interno do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense (CIDENNF) para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária, de acordo com o inc. IV, art. 53 e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90.

VII - CIÊNCIA aos representantes Aegea Saneamento e Participações S.A. e Saneamento Ambiental Águas do Brasil S.A. acerca da decisão desta Corte, nos termos do art. 110 do Regimento Interno;

VIII - ARQUIVAMENTO dos autos, tendo em vista que as alterações propostas são viáveis de implementação antes da continuidade do certame, bem como, poderão ser objeto de verificação futura e, para tanto, foram armazenados em base de dados os caracteres deste processo que eventualmente poderão ser objeto de futuras ações de fiscalização de acompanhamento do efetivo cumprimento das determinações exaradas, considerados os critérios de risco, materialidade, relevância e oportunidade.

Menciono ainda que, em 26.03.24, por intermédio do Doc. TCE-RJ nº 5.502-7/24 (peças 36 a 40), o Jurisdicionado protocolou nesta egrégia Corte de Contas novos documentos para complementar os anteriormente protocolados (peças 22 a 25). Neste sentido, em 03.04.24 (peça 44), encaminhei os autos à laboriosa CAD-Desestatização e, posteriormente ao douto *Parquet* de Contas, para apreciação dos novos documentos.

Em 02.05.24 (peça 48), após análise dos novos documentos, a Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização sugeriu a seguinte proposta de encaminhamento:

I - REVOGAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA anteriormente deferida, possibilitando o prosseguimento do procedimento licitatório, desde que atendidas as determinações elencadas no item V.1;

II - PROCEDÊNCIA PARCIAL da presente REPRESENTAÇÃO (Processo TCE-RJ nº 119.659 7/23) quanto ao mérito, considerando a análise efetuada nesta instrução;

III - PROCEDÊNCIA da REPRESENTAÇÃO realizada pela empresa Aegea Saneamento e Participações S.A. (processo TCE-RJ nº 201.162-1/24) quanto ao mérito, considerando a análise efetuada nesta instrução;

IV - PROCEDÊNCIA da REPRESENTAÇÃO realizada pela empresa Saneamento Ambiental Águas do Brasil S.A. (processo TCE-RJ nº 201.322-3/24) quanto ao mérito, considerando a análise efetuada nesta instrução;

V - COMUNICAÇÃO ao atual Presidente do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, nos termos do artigo 15, inciso I do Regimento Interno deste Tribunal, para que atenda às seguintes **DETERMINAÇÕES** ou, na sua impossibilidade de atendimento no presente, **REVOGUE** a licitação, mediante Errata ou aviso, dando a esta a publicidade conforme disposições dos artigos 54 da Lei Federal nº 14.133/21 e 8.º da Lei Federal n.º 12.527/11, sendo certo que devem observar em edital futuro, as questões suscitadas nesta representação e que a **verificação do seu cumprimento poderá ser objeto de controle externo a cargo deste Tribunal**, considerando os critérios de materialidade, relevância, risco e oportunidade:

V.1. Determinações:

1.1. Defina o agente regulador do contrato de concessão no Edital e na Minuta Contratual (item 2 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23; idem ao item 3 do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24 - apenso; idem ao item 3 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24 - apenso);

1.2. Defina de maneira clara os tipos de receita, e disponha de maneira objetiva a metodologia de compartilhamento de receita de modo que seja adequado não somente o percentual, mas também a base de cálculo em que o percentual de compartilhamento incidirá (item 6 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

1.3. Revise o sistema sancionatório, tanto no Edital quanto na Minuta do Contrato, de modo que sejam previstas, de forma clara e objetiva, as sanções contratuais a serem aplicadas nos casos de descumprimento total ou parcial das metas previstas para cada indicador de desempenho aferido, dando objetividade inclusive aos critérios adotados para a declaração da caducidade (item 7 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

1.4. Defina a periodicidade na verificação do “Indicador de Nível de Cortesia e de Qualidade Percebida Pelos Usuários na Prestação dos Serviços” (item 8 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

1.5. Retifique as metas estabelecidas no Anexo V para que estejam em consonância com o Marco Legal do Saneamento Básico (item 9 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

1.6. Retifique o Edital para que se estabeleça o prazo máximo previsto para a prorrogação do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, de forma que seja determinado com clareza o prazo contratual (item 10 do presente processo – TCE-RJ nº 119.659-7/23);

1.7. Proceda à reavaliação da adoção do critério de julgamento “técnica e preço”, na forma como disposto nos critérios operacionais, de forma a não vir a restringir a competitividade do certame, uma vez que potenciais licitantes poderão ser desclassificados em função do peso atribuído por critérios subjetivos, sem que haja uma metodologia transparente que indique como será esta avaliação; ou, alternativamente, abstenha-se de utilizar o critério de julgamento de proposta técnica no edital (itens 1 e 2 do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24 - apenso);

1.8. Proceder à validação dos dados dos números e indicadores de fornecimento de água e coleta e tratamento de esgoto e, ainda, à uma repartição pertinente de riscos pelo não atingimento de metas, decorrente da omissão ou erros nos referidos dados. (item 2 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24 - apenso);

1.9. Proceda à reavaliação do Anexo III no tocante às Informações para elaboração da Proposta Comercial, e do Plano de Negócios, considerando constarem itens vinculados que deveriam ser ditados pelo Poder Concedente, a exemplo das metas de universalização almejadas, além de avaliar a possibilidade de incluir as demais metas como indicador de qualidade dos serviços, atrelado à remuneração da concessionária, e não como critério de julgamento, o que desestimularia ganhos de eficiência (item 4 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24 - apenso);

V.2. Publique, em conjunto com os documentos editalícios provenientes da republicação do edital ou de novo processo licitatório, documento único que fundamente, justifique e evidencie o cumprimento das determinações exaradas no presente processo, promovendo ferramenta ao exercício do controle social, maior transparência, e maior eficiência e celeridade no monitoramento do cumprimento da decisão desta Casa, devendo ser divulgado tal documento na mesma página de divulgação do edital de licitação na internet;

V.3. Publique a nova data para a realização do certame;

VI - COMUNICAÇÃO ao titular do Órgão Central de Controle Interno do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense (CIDENNF) para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de responsabilidade solidária, de acordo com o inc. IV, art. 53 e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90.

VII - CIÊNCIA aos representantes Aegea Saneamento e Participações S.A. e Saneamento Ambiental Águas do Brasil S.A. acerca da decisão desta Corte, nos termos do art. 110 do Regimento Interno;

VIII - ARQUIVAMENTO dos autos, tendo em vista que as alterações propostas são viáveis de implementação antes da continuidade do certame, bem como poderão ser objeto de verificação futura e, para tanto, foram armazenados em base de dados os caracteres deste processo que eventualmente poderão ser objeto de futuras ações de fiscalização de acompanhamento do efetivo cumprimento das determinações exaradas, considerados os critérios de risco, materialidade, relevância e oportunidade.

Em 23.05.24 (peça 51), o d. Ministério Público de Contas, por intermédio do seu Exmo. Sr. Procurador-Geral de Contas Henrique Cunha de Lima, se manifestou da seguinte forma:

Assim, o Ministério Público de Contas acolhe a sugestão do relatório instrutivo e opina pela **revogação da tutela provisória** anteriormente deferida; pela **procedência parcial** desta representação (Processo TCE-RJ nº 119.659-7/23) quanto ao mérito, considerando a análise efetuada; pela **procedência parcial** da representação apresentada pela empresa Aegea Saneamento e Participações S.A. (Processo TCE-RJ nº 201.162-1/24) quanto ao mérito, considerando a análise efetuada; pela **procedência parcial** da representação apresentada pela empresa Saneamento Ambiental Águas do Brasil S.A. (Processo TCE-RJ nº 201.322-3/24) quanto ao mérito, considerando a análise efetuada; pela **comunicação** com determinações ao atual presidente do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF; **comunicação** ao titular do órgão central de controle interno do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense (CIDENNF); pela **ciência** aos representantes da Aegea Saneamento e

Participações S.A. e Saneamento Ambiental Águas do Brasil S.A.; e pelo **arquivamento** do feito.

Por fim, em sua tramitação ordinária, em 24.05.24 (peça 52), os autos retornaram a este Gabinete.

Eis o Relatório.

Como é de conhecimento, norteiam os procedimentos licitatórios os princípios na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 04.09.42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 37 da Constituição Federal e art. 5º da Lei nº 14.133/21).

Inicialmente, cumpre informar que em consulta² ao sítio eletrônico do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense-Cidennf, identifica-se que o certame encontra-se suspenso. Vejamos:

² https://cidennf.com.br/arquivos/licitacao/31_avisosuspensaoconcorrenciapublica001-2023.pdf, acesso em 04.06.24.

 **Cidennf**
Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense

CNPJ: 32.233.059/0001-16
www.cidennf.com.br
@cidennf
Secretaria Executiva

AVISO DE SUSPENSÃO DE LICITAÇÃO
CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 001/2023
CONSÓRCIO PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DO NORTE E NOROESTE FLUMINENSE - CIDENNF

Objeto: CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO, ADEQUAÇÃO, REFORMA E AMPLIAÇÃO DOS SISTEMAS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DOS MUNICÍPIOS DE BOM JESUS DO ITABAPOANA, CARDOSO MOREIRA, CONCEIÇÃO DE MACABU, ITALVA, PORCIÚNCULA E QUISSAMÃ, NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Início da Sessão Pública: às 10h00min, do dia 16 de janeiro de 2024 (terça-feira)

Documentos disponíveis: <https://cidennf.com.br/site/licitacao/31>

O **CONSÓRCIO PÚBLICO INTERMUNICIPAL DE DESENVOLVIMENTO DO NORTE E NOROESTE FLUMINENSE – CIDENNF** torna pública a **SUSPENSÃO** da CONCORRÊNCIA PÚBLICA Nº 001/2023 e da sessão pública anteriormente agendada para o dia 16 de janeiro de 2024 (terça-feira).

Todos os prazos processuais estão igualmente SUSPENSOS.

Em seguida, ao consultar³ ao Sistema Integrado de Gestão Fiscal – SIGFIS, módulo Editais, não identifiquei nenhuma informação referente a suspensão do procedimento licitatório, conforme imagem a seguir:

Edital

Dados Básicos

Unidade Gestora *	Situação *	Protocolo * ⓘ
CONS INT DES NORTE NOROESTE FLUMINEI	Enviado	549555-3/2023
Data da Licitação ⓘ	Número do Edital * ⓘ	Processo administrativo * ⓘ
16/01/2024	1/2023	408/2023
Valor Estimado * ⓘ	Data Base do Orçamento ⓘ	Utiliza Recurso Estrangeiro ⓘ
R\$ 973.900.958,14	nov/2023	Não
Possui recursos da União? ⓘ	Percentual ⓘ	<input type="checkbox"/> Adiado Sine Die (Sem data)
Não	%	<input type="checkbox"/> Orçamento Sigiloso
Objeto * ⓘ		
CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO, ADEQUAÇÃO, REFORMA E AMPLIAÇÃO DOS SISTEMAS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DOS MUNICÍPIOS DE BOM JESUS DO ITABAPOANA, CARDOSO MOREIRA, CONCEIÇÃO DE MACABU, ITALVA, PORCIÚNCULA E QUISSAMÃ, NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.		

Pois bem. Cumpre salientar que já foi realizado o conhecimento dos processos TCE-RJ nºs 119.659-7/23 (peça 14 nos autos deste processo), 201.162-1/24 (peça 10 nos autos do processo originário) e 201.322-3/24 (peça 10 nos autos do processo originário).

³ Consulta realizada em 04.06.24.

Considerando que a análise da legitimidade e da admissibilidade dos respectivos processos foi devidamente realizada, **passo agora à análise dos requisitos de mérito dos feitos, conforme o disposto no art. 111 do RITCERJ.**

Cumpra mencionar que, neste momento, a exposição e a fundamentação da presente decisão limitam-se à apreciação dos critérios para o exame de mérito das Representações em conjunto, com fulcro no art. 111 do RITCERJ, quais sejam: **risco, materialidade, relevância e oportunidade.**

As matérias arguidas nas exordiais são de interesse público, devendo, portanto, ser apuradas. Além disso, existe a possibilidade de reversão, mesmo que não integral, das supostas irregularidades narradas, **restando presente o critério de risco.**

Quanto à materialidade dos fatos, considerando que o valor estimado desta contratação é de R\$ 973.900.958,14 (novecentos e setenta e três milhões, novecentos mil, novecentos e cinquenta e oito reais e quatorze centavos), **resta demonstrado o critério de materialidade.**

Assim, também resta **evidenciado o critério de relevância da matéria**, uma vez que o objeto licitado pode interferir diretamente na gestão e governança do ente público, estando em consonância com o que dispõe o § 3º do art. 111 do RITCERJ.

Para a análise do **critério de oportunidade**, registra-se que a atuação corretiva do Jurisdicionado não foi suficiente para o adequado tratamento das irregularidades narradas, deste modo, **oportuna se fazem as Representações.**

Logo, vencida a análise dos critérios supracitados, **passo então ao exame de mérito de cada Processo.**

Pois bem. **Vejamos agora os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado, a análise da CAD-Desestatização e a conclusão sobre cada suposta irregularidade apontada.**

Análise de Mérito do processo TCE-RJ nº 119.659-7/23

Irregularidade 1: Ausência de plano municipal de saneamento

Item Questionado (peça 11):

Não foi possível identificar Plano Municipal de Saneamento Básico (PMSB) para todos os municípios consorciados, o que afeta a validade do contrato de concessão em discussão, conforme estabelecido no Marco Legal do Saneamento (LF n.º 11.445/2007).

Em busca realizada na legislação pertinente concluiu-se que os municípios de Bom Jesus do Itabapoana⁴ e Conceição de Macabu⁵ não possuem PMSB. Além disso, não foi possível encontrar plano regional de saneamento que abrangesse a área do consórcio, o que poderia justificar a ausência de plano municipal para todos os municípios consorciados.

Cabe ressaltar a importância da existência do plano de saneamento, além de ser estabelecida como condição de validade do contrato decorrente da licitação em tela, como assevera o Art. 11 do Marco Legal:

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

I - a existência de plano de saneamento básico;

II - a existência de estudo que comprove a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação dos serviços, nos termos estabelecidos no respectivo plano de saneamento básico;

[...]

§ 1º Os planos de investimentos e os projetos relativos ao contrato deverão ser compatíveis com o respectivo plano de saneamento básico.

Conforme estabelecido no Art. 17 citado a seguir, uma alternativa ao PMSB seria o plano regional de saneamento, que, no entanto, também não pôde ser encontrado em busca pela internet.

Art. 17. O serviço regionalizado de saneamento básico poderá obedecer a plano regional de saneamento básico elaborado para o conjunto de Municípios atendidos.

Desse modo, se torna evidente que é indispensável a existência do plano de saneamento para todos os municípios participantes do consórcio e, portanto, a sua criação deveria preceder e orientar o Edital do procedimento licitatório.

⁴ <https://cmbji.rj.gov.br/site/legislacoes>, acesso em 11.12.23.

⁵ <https://www.conceicaodemacabu.rj.leg.br/leis/legislacao-municipal>, acesso em 11.12.23.

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

A representação em comento afirma que o Edital de Concorrência nº 001/2023 não contém, para os Municípios de Bom Jesus de Itabapoana e Conceição de Macabu, o Plano de Saneamento Básico, tampouco um plano regional de saneamento básico que abrangesse toda área do Consórcio, instrumento(s) indispensável(eis) para validade do contrato a ser firmado com a Concessionário, devendo preceder e nortear à elaboração do Edital de licitação.

Sabe-se que, conforme a dicção do art. 17, do Marco Legal de Saneamento Básico, poderá ser elaborado um plano regional de saneamento básico quando o respectivo serviço for prestado de forma regionalizada, como bem pontuou o Representante.

Sobre o processo de elaboração dos planos de saneamento básico, o art. 51, da Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007, assim determina:

Art. 51. **O processo de elaboração** e revisão dos planos de saneamento básico **deverá prever** sua divulgação em conjunto com os estudos que os fundamentarem, **o recebimento de sugestões e críticas por meio de consulta ou audiência pública** e, quando previsto na legislação do titular, análise e opinião por órgão colegiado criado nos termos do art. 47 desta Lei.

Parágrafo único. **A divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentarem dar-se-á por meio da disponibilização integral de seu teor a todos os interessados, inclusive por meio da internet e por audiência pública.**

A definição de saneamento básico, por seu turno, foi estabelecida pelo art. 19, parágrafo único, do Marco Legal de Saneamento Básico, que assim estabelece:

Art. 19. Os titulares de serviços públicos de saneamento básico deverão publicar seus planos de saneamento básico até 31 de dezembro de 2022, manter controle e dar publicidade sobre o seu cumprimento, bem como comunicar os respectivos dados à ANA para inserção no Sinisa.

Parágrafo único. Serão considerados planos de saneamento básico os estudos que fundamentem a concessão ou a privatização, desde que contenham os requisitos legais necessários.

Portanto, acerca dos requisitos legais necessários para validade dos estudos, cumpre observar as exigências do art. 19 da Lei Federal nº 11.445/2007 quanto à abrangência do plano de saneamento básico, incluindo o diagnóstico da situação, objetivos e metas, programas, projetos e ações necessárias, ações para emergências e contingências e mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

Ao contrário do que alegou a Representante, **todos os requisitos são atendidos através dos estudos técnicos que embasaram a licitação**, nos termos dos relatórios individualizado por municípios, como o Caderno I - Relatório Técnico - Diagnósticos dos Sistemas, Caderno II - Relatório Técnico - Prognósticos e Metas e Caderno III - Modelo Operacional.

Inclusive, o próprio Contrato de Programa nº 40/23 (ANEXO II), formalizado entre o CIDENNF e os seis municípios envolvidos, considera a previsão legal, de forma a acatar os estudos técnicos que embasaram o edital, como o plano regional que deverá ser considerado no contrato da futura concessão. Registra-se, ao ensejo, que todos os

documentos citados estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico:
<https://cidennf.com.br/site/licitacao/31>

Portanto, se perquirido o Edital nº 001/2023, pode-se verificar a disponibilização do PMI Cidennf nº 001/2021, que contém os estudos (planos, dados e informações das áreas abrangidas pelo Consórcio) que fundamentam a concessão objeto da licitação em comento.

Veja-se do item 1.1 do Edital, que trata das “Disposições Iniciais”:

ESTUDOS: documentos constitutivos da primeira etapa do planejamento da contratação pública, produto do Edital de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI Cidennf nº 001/2021, que substitui a elaboração de PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO (PMSB) exigido nos termos da Lei Federal nº 11.445/2007, conforme possibilita o parágrafo único do artigo 19, da Lei Federal nº 14.026/2020, contendo levantamentos, dados e informações a serem contemplados pelos LICITANTE na elaboração das propostas e para a execução dos SERVIÇOS quanto aos SISTEMAS;

PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO (PMSB): é o Plano de Saneamento exigido nos termos da Lei Federal nº 11.445/2007, substituído pelos ESTUDOS, conforme possibilita o parágrafo único do artigo 19, da Lei Federal nº 14.026/2020;

Ressalta-se, ainda, que os respectivos estudos [Plano de Saneamento Básico], foram submetidos à divulgação por meio de audiências públicas realizadas em cada um dos Municípios consorciados, cumprindo-se, para além dos demais requisitos legais, a exigência disposta no art. 51, parágrafo único, da Lei 11.445, de 05 de janeiro de 2007, acima transcrito.

Observa-se do que consta no Edital de Concorrência Pública nº 001/2023:

Foram realizadas audiências públicas em cada um dos MUNICÍPIOS CONSORCIADOS, tendo ocorrido, no Município de Bom Jesus do Itabapoana, em data de 10 de julho de 2023, às 15 horas, na sede do Clube da Terceira Idade, situado na Rua José Alberoni, s/n, Centro, Bom Jesus do Itabapoana/RJ; no Município de Cardoso Moreira, em data de 12 de julho de 2023, às 09 horas, na sede da Câmara Municipal de Vereadores, situada na Avenida Sebastião Zaquieu, nº 79, bairro de Catarino, Cardoso Moreira/RJ; no Município de Conceição de Macabu, em data de 14 de julho de 2023, às 14 horas, na sede da Câmara Municipal de Vereadores, situada na Praça Dr. José Bonifácio Tassara, nº 113, Centro, Conceição de Macabu/RJ; no Município de Italva, em data de 12 de julho de 2023, às 15 horas, na sede da Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado do Rio de Janeiro – EMATER/RIO, situada na Rodovia BR-356, nº 77, bairro da Boa Vista, Italva/RJ; no Município de Porciúncula, em data de 26 de julho de 2023, às 17 horas, na sede da Câmara

7



Cidennf
Consórcio Público Intermunicipal
de Desenvolvimento do Norte e
Noroeste Fluminense

CNPJ: 32.233.059/0001-16
www.cidennf.com.br
@cidennf
Secretaria Executiva

Municipal de Vereadores, situada na Rua César Vieira, nº 105, Centro, Porciúncula/RJ; e no Município de Quissamã, em data de 27 de julho de 2023, às 17 horas, no Auditório da Prefeitura Municipal, situado na Rua Conde de Araruama, nº 425, Centro, Quissamã/RJ; após ampla divulgação por meio de publicação no Diário Oficial do Eletrônico do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense, bem como no endereço eletrônico <https://cidennf.com.br/>.

Desse modo, resta clarividente o cumprimento de todos os requisitos legais no que se refere à existência de Plano de Saneamento Básico [observando-se, para tanto, a sua definição legal] para direcionar tanto a elaboração das propostas no âmbito da licitação em análise, quanto a execução dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário.

Ademais, de forma a reforçar e formalizar o Plano Regional de Água e Esgoto, o CIDENNF aprovou Resolução AGE nº 14, de 24 de janeiro de 2024 (Anexo III), que dispõe sobre aprovação do Plano Regional de Água e Esgoto, no âmbito do território dos municípios de Bom Jesus do Itabapoana, Cardoso Moreira, Conceição de Macabu, Italva, Porciúncula e Quissamã.

Portanto, razão não há para fazer prosperar a alegação da Representante relativamente à suposta ausência de Plano de Saneamento Básico, sendo certo que, neste ponto, o edital não merece reparo.

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peça 33

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que o Edital apresentou os estudos técnicos na forma de relatórios individualizado por municípios, como o “Caderno I - Relatório Técnico - Diagnósticos dos Sistemas”, “Caderno II - Relatório Técnico - Prognósticos e Metas” e “Caderno III - Modelo Operacional”.

Cabe destacar que os relatórios foram apresentados para todos os municípios, inclusive Bom Jesus do Itabapoana e Conceição de Macabu. Além disso, o item 1.1 do Edital, que trata das “Disposições Iniciais”, esclarece que esses estudos substituem o Plano Municipal de Saneamento Básico, conforme possibilita o parágrafo único do artigo 19, da Lei Federal nº 14.026/2020.

PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO (PMSB): é o Plano de Saneamento exigido nos termos da Lei Federal nº 11.445/2007, substituído pelos ESTUDOS, conforme possibilita o parágrafo único do artigo 19, da Lei Federal nº 14.026/2020;

Desse modo, conclui-se que foram cumpridos os requisitos legais no que se refere à existência de Plano de Saneamento Básico para todos os municípios consorciados.

Conclusão:

Improcedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação.

Peca 48

Este item não é mencionado nos novos esclarecimentos prestados no Doc TCE-RJ nº 5.502-7/24 (peças 36 a 40), mantendo-se a conclusão emitida por esta Coordenadoria na instrução de 25.03.2024.

Conclusão (mantida a conclusão da instrução de 25.03.2024):

Improcedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação.

Análise da Irregularidade:

Conforme relato e argumentação, que constam em sua inicial (peça 11), o Representante aduz que não localizou, no Edital de Concorrência nº 001/2023, do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, o Plano Municipal de Saneamento Básico - PMSB para todos os municípios consorciados, conforme estabelecido no Marco Legal do Saneamento, Lei Federal nº 11.455/07.

Neste sentido, afirma ser indispensável a existência do plano de saneamento para todos os municípios participantes do consórcio, e que a sua criação deveria preceder e orientar o Edital em questão.

Sobre a temática colocada, vejamos então o que dispõe o art. 19 da Lei Federal nº 11.445/07:

Art. 17. O serviço regionalizado de saneamento básico poderá obedecer a plano regional de saneamento básico elaborado para o conjunto de Municípios atendidos.

§ 1º O plano regional de saneamento básico poderá contemplar um ou mais componentes do saneamento básico, com vistas à otimização do planejamento e da prestação dos serviços.

§ 2º As disposições constantes do plano regional de saneamento básico prevalecerão sobre aquelas constantes dos planos municipais, quando existirem.

§ 3º O plano regional de saneamento básico dispensará a necessidade de elaboração e publicação de planos municipais de saneamento básico.

§ 4º O plano regional de saneamento básico poderá ser elaborado com suporte de órgãos e entidades das administrações públicas federal, estaduais e municipais, além de prestadores de serviço. (grifos nosso)

Dessa forma, é de se denotar da disposição legal que, **com a utilização de um plano regional de saneamento**, fica dispensada a elaboração de planos municipais de saneamento básico individualizados de cada município integrante do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF.

Neste sentido, conforme apontado em justificativa apresentada pelo Jurisdicionado, o contrato⁶ firmado entre os municípios consorciados, aponta sobre a elaboração de estudos de viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica, conforme Termo de Autorização de Estudo, que suprem a necessidade de instituição/atualização do Plano Municipal de Água e Esgoto. Vejamos:

. Os estudos viabilidade técnica, econômico-financeira e jurídica, com intuito de formatar nova modelagem para implantação e operação dos serviços relacionados à operação, manutenção, adequação, reforma e ampliação dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos MUNICÍPIOS CONSORCIADOS, elaborados em atendimento do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI decorrente do Edital de Chamamento Público nº 001/2021 e do Termo de Autorização de Estudos nº 003, suprem a necessidade de instituição/atualização do PLANO MUNICIPAL DE ÁGUA E ESGOTO, na forma estabelecida no parágrafo único do artigo 19, da Lei Federal nº 14.026/2020;

⁶ https://cidennf.com.br/arquivos/licitacao/31_contrato_de_programa_n%C2%BA_040-2023_-_cidennf.pdf, acesso em 10.06.24.

Sendo assim, diante do exposto, verifico que, conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **IMPROCEDENTE**, sendo suficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Improcedência** do item inicialmente proposto na Representação.

Irregularidade 2: Ausência de definição do agente regulador

Item Questionado (peça 11):

O Edital define Ente Regulador da seguinte maneira:

ENTE REGULADOR: ente regulador com competência para regular e fiscalizar a prestação dos SERVIÇOS na ÁREA DE CONCESSÃO; O PODER CONCEDENTE, **o Cidennf, deverá especificar o ente regulador até a assinatura do contrato de concessão**, podendo aderir, contratar ou se associar com qualquer entidade reguladora e/ou órgão regulador, que atenda aos requisitos da legislação pertinente e seja competente para regular e fiscalizar os serviços públicos de saneamento básico objeto deste certame, ou mesmo realizar esta atividade de regulação e fiscalização através de alguma de suas unidades administrativas/orçamentárias, delegando-lhe tal função com a observância da autonomia decisória, administrativa e financeira exigidas em Lei.

Apesar de o Edital estabelecer competências e deveres mencionando o termo “Ente de Regulação” em diversos dispositivos, não foi possível identificar a definição da entidade reguladora, o que vai de encontro ao artigo 11, III, do Marco Legal do Saneamento (LF n.º 11.445/2007), a seguir (grifo nosso):

Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico:

[...]

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, **incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;**

Conforme o dispositivo supracitado, a definição da entidade de regulação é condição de validade do contrato e por isso, para que a documentação do certame esteja em conformidade com o ordenamento jurídico, bem como adequada aos princípios da transparência e segurança jurídica, é mister que conste definição da entidade de regulação na minuta contratual.

Além disso, o art. 9º, II da mesma Lei anteriormente citada assenta que a definição do responsável pela regulação deve estar definida desde a formulação da política pública, conforme dispositivo abaixo:

Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

[...]

II - prestar diretamente os serviços, ou conceder a prestação deles, **e definir, em ambos os casos, a entidade responsável pela regulação e fiscalização** da prestação dos serviços públicos de saneamento básico;

Portanto, a definição do agente regulador conforme disposto no Edital não se mostra de acordo com o ordenamento jurídico. Ademais, prejudica a segurança jurídica da contratação, impedindo que os cidadãos usuários do serviço e os potenciais licitantes tenham o conhecimento de qual será a entidade reguladora da concessão – o que, inclusive, reduz a atratividade do projeto junto ao mercado, inibindo a participação de empresas que poderiam oferecer propostas mais vantajosas no certame. Por isso, deve ser feita uma revisão de forma que a entidade responsável pela regulação e fiscalização já esteja definida no Edital. (grifo do autor).

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

A citada Representante, em um dos tópicos de sua Representação, alega a ausência de definição, no Edital da Concorrência Pública nº 001/2023, do agente regulador.

Como cedição, a designação de entidade de regulação é condição de validade dos **contratos** que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico, como sói ser o caso¹.

Para fins de validade do **contrato** a ser firmado com a licitante vencedora, o referido Edital de Concorrência Pública assim estabeleceu:

ENTE REGULADOR: ente regulador com competência para regular e fiscalizar a prestação dos SERVIÇOS na ÁREA DE CONCESSÃO; O PODER CONCEDENTE, o Cidennf, deverá especificar o ente regulador até a assinatura do contrato de concessão, podendo aderir, contratar ou se associar com qualquer entidade reguladora e/ou órgão regulador, que atenda aos requisitos da legislação pertinente e seja competente para regular e fiscalizar os serviços públicos de saneamento básico objeto deste certame, ou mesmo realizar esta atividade de regulação e fiscalização através de alguma de suas unidades administrativas/orçamentárias, delegando-lhe tal função com a observância da autonomia decisória, administrativa e financeira exigidas em Lei.

Ocorre que, embora a lei exprima a ideia de que a designação seja feita até a assinatura do contrato, de modo que ele não se inicie sem a fiscalização da entidade de regulação, a decisão desse TCERJ é no sentido de que a designação aconteça **antes** da publicação do certame.

Com efeito, o ato de definir a entidade reguladora está pautado no poder de auto-organização e discricionário do Poder Concedente, de modo que a indicação antes da publicação do certame não mudaria a finalidade da indicação, não tendo esta o condão de garantir o cumprimento de normas ou de qualquer princípio licitatório. De toda sorte, os princípios da transparência e da publicidade encontram-se preservados

quando da publicação do contrato [do qual constará a respectiva designação] em diários oficiais competentes.

Reforça-se, portanto, que a designação do agente regulador é, em decorrência da **expressa disposição legal** acima mencionada, **é condição de validade do contrato de concessão e não do procedimento licitatório**, de forma que possa ser feita após o início da licitação, mas antes da formalização do contrato.

Na hipótese em tela, existe expressa disposição editalícia de que o **Ente Regulador será definido até a ocasião de assinatura do Contrato de Concessão com o licitante vencedor do certame**, como colacionado acima, tendo sido observada, portanto, a exigência legal já mencionada, não havendo, como fez parecer a Representante, qualquer exigência legal que condicione a realização de licitação dessa natureza à definição prévia de ente regulador.

Todavia, na busca de contínua melhoria do procedimento licitatório e de resoluções que tragam mais celeridade e eficiência para o alcance de uma prestação de serviço de qualidade à população, o Cidennf, até futura republicação do certame, fará melhor análise sobre a definição do ente regulador. (grifo do autor).

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peça 33

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que a definição da Entidade Reguladora deve ser feita no Edital, devendo constar expressamente na Minuta Contratual, justamente pelo fato de essa definição ser condição de validade do contrato (artigo 11, III, da Lei nº 11.445/07).

Além disso, conforme mencionado pela Representante, o art. 9º, II, da Lei nº 11.445/07 assenta que o responsável pela regulação deve estar definido desde a formulação da política pública.

Desse modo, a ausência de definição do agente regulador no Edital não se mostra de acordo com o ordenamento jurídico, ofendendo também os princípios da transparência e da segurança jurídica.

Conclusão:

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que o Edital não foi retificado com a definição do agente regulador.

Peça 48

Este item é mencionado de forma expressa nos novos esclarecimentos prestados no Doc TCE-RJ nº 5.502-7/24 (peças 36 a 40), por isso será realizada nova análise.

[...]

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, conforme já salientado na instrução de 25.03.2024, verifica-se que a definição da Entidade Reguladora deve ser feita no Edital, devendo constar expressamente na Minuta Contratual, justamente pelo fato de essa definição ser condição de validade do contrato (artigo 11, III, da Lei nº 11.445/07).

Além disso, conforme mencionado pela Representante, o art. 9º, II, da Lei nº 11.445/07 assenta que o responsável pela regulação deve estar definido desde a formulação da política pública.

Desse modo, de acordo com o ordenamento jurídico e com os princípios da transparência e da segurança jurídica, o Edital deve definir expressamente o agente regulador e não apresentar as opções legais viáveis, como, por exemplo, AGENERSA ou Ente Regulador Regional.

Conclusão (mantida a conclusão da instrução de 25.03.2024):

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que o Edital não foi retificado com a definição do agente regulador. (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme relato e argumentação que consta em sua inicial (peça 11), o Representante aduz que embora o Edital de Concorrência nº 001/2023 do CIDENNF estabeleça que o ente regulador será especificado até a data de assinatura do contrato, é mister que conste definição da entidade de regulação na **minuta contratual, parte integrante dos anexos do edital.**

Em sua justificativa, o jurisdicionado anexa aos autos (peça 39) a minuta do edital, com a informação, em nota de rodapé, de que o ENTE REGULADOR será definido até a data de publicação do edital. Vejamos:

<p>ENTE REGULADOR: ente regulador com competência para regular e fiscalizar a prestação dos SERVIÇOS na ÁREA DE CONCESSÃO, sendo definido pelo Poder Concedente a [AGENERSA/Ente Regulador Regional]*1, com a observância da autonomia decisória, administrativa e financeira exigidas em Lei.</p> <p>ENVELOPE 1: envelope contendo os DOCUMENTOS DE CREDENCIAMENTO e GARANTIA DE PROPOSTA;</p> <p>ENVELOPE 2: envelope contendo a PROPOSTA TÉCNICA;</p> <p>ENVELOPE 3: envelope contendo a PROPOSTA COMERCIAL;</p> <p>ENVELOPE 4: envelope contendo os DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO;</p> <p>ENVELOPES: o conjunto formado pelo ENVELOPE 1, o ENVELOPE 2, o ENVELOPE 3 e o ENVELOPE 4;</p> <p>ESTUDOS: documentos constitutivos da primeira etapa do planejamento da contratação pública, produto do Edital de Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI Cidennf nº 001/2021, que substitui a elaboração de PLANO MUNICIPAL DE SANEAMENTO BÁSICO (PMSB) exigido nos termos da Lei Federal nº 11.445/2007, conforme possibilita o parágrafo único do artigo 19, da Lei Federal nº 14.026/2020, contendo levantamentos, dados e informações a serem contemplados pelos LICITANTE na elaboração das propostas e para a execução dos SERVIÇOS quanto aos SISTEMAS;</p> <p>FATOR K (FK): fator a ser apresentado pelos LICITANTES na PROPOSTA COMERCIAL, que será aplicado sobre os valores referenciais constantes do ANEXO IV – ESTRUTURA TARIFÁRIA E SERVIÇOS COMPLEMENTARES, para avaliação do critério de menor TARIFA da PROPOSTA COMERCIAL;</p> <p>* * A definição precisa do Ente Regulador deverá ocorrer até a publicação do Edital.</p>
--

Neste sentido, assim como bem-posto pela nobre CAD-Desestatização, o **Editai deve definir expressamente o ente regulador**, enriquecendo os princípios da transparência e da segurança jurídica.

Sendo assim, diante do exposto, verifico que, conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo insuficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

Irregularidade 3: Ausência de publicação de demonstrações financeiras

Item Questionado (peça 11):

Embora o Caderno IV – “Modelo Econômico- Financeiro e Plano de Negócios” apresente no item 9 – “Avaliação de Viabilidade Econômica e Financeira” a Demonstração do Resultado do Exercício (DRE) e a Demonstração de Fluxo de Caixa (DFC), não há informações de todo o período da concessão nessas demonstrações contábeis. Conforme a imagem abaixo das tabelas 22 e 23 do Caderno IV, pode-se observar que, a partir do ano 2028, as informações de alguns anos são omitidas, tanto na DRE quanto na DFC.

Tabela 22 – DRE Cenário Base (valores em milhares).

DRE	2024	2025	2026	2027	2028	2033	2038	2043	2048	2053	2058
Receita Bruta	90.505	153.771	96.106	107.193	103.943	118.267	107.843	106.780	107.270	105.321	104.731
Receita de Construção	47.250	107.078	24.795	30.138	24.816	15.951	4.707	3.497	4.442	3.495	4.440
Água	42.532	45.912	49.347	49.819	50.214	52.419	52.839	52.912	52.681	52.168	51.382
Esgoto	0	0	20.772	25.948	27.590	48.187	48.573	48.644	48.428	47.955	47.233
Receitas indiretas	723	781	1.192	1.288	1.323	1.710	1.724	1.726	1.719	1.702	1.676
(-) Deduções	-2.214	-2.533	-4.764	-5.299	-5.495	-7.684	-7.749	-7.761	-7.725	-7.644	-7.526
PIS/COFINS	-2.178	-2.494	-4.705	-5.234	-5.429	-7.599	-7.663	-7.675	-7.639	-7.559	-7.442
ISS	-36	-39	-60	-64	-66	-86	-86	-86	-86	-85	-84
(=) Receita Líquida	88.291	151.238	91.342	101.894	98.448	110.583	100.093	99.019	99.546	97.676	97.205
(-) Custos e Despesas	-46.443	-45.180	-46.805	-43.747	-39.626	-41.045	-40.127	-39.997	-39.725	-39.318	-38.740
Pessoal Administrativo	-4.067	-4.067	-4.212	-4.285	-4.285	-4.182	-3.245	-3.245	-3.245	-3.245	-3.245

Tabela 23 – DFC Cenário base (valores em milhares).

DFC	2024	2025	2026	2027	2028	2033	2038	2043	2048	2053	2058
Fluxo das Atividades	-5.348	-1.849	16.432	24.221	29.376	42.299	42.379	41.397	41.408	41.850	48.525
EBIT	-8.327	-7.129	12.635	19.903	25.079	40.161	40.589	39.840	37.889	35.096	23.896
(+) Amortização	2.493	5.642	6.394	7.335	8.136	12.404	13.639	14.652	16.462	18.749	29.127
(-) Resultado de Construção	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
(-) IR/CSLL	0	0	-944	-2.434	-3.480	-10.195	-11.857	-13.115	-12.934	-11.985	-8.125
(+/-) Capital de Giro	486	-362	-1.652	-583	-358	-70	7	19	-8	-9	3.626
Fluxo dos Investimentos	-47.250	-107.078	-24.795	-30.138	-24.816	-15.951	-4.707	-3.497	-4.442	-3.495	-4.440
(-) Capex Total	-47.250	-107.078	-24.795	-30.138	-24.816	-15.951	-4.707	-3.497	-4.442	-3.495	-4.440
Sistema de Abastecimento de Água - SAA	-21.596	-26.719	-7.165	-7.356	-7.191	-4.668	-1.890	-1.778	-1.778	-1.778	-1.778
Sistema de Esgoto Sanitário - SES	-3.284	-58.363	-14.913	-20.043	-14.873	-9.900	-1.481	-1.335	-1.335	-1.333	-1.332
Outros Investimentos	-13.228	-21.996	-2.717	-2.739	-2.751	-1.383	-1.336	-384	-1.330	-384	-1.330
Ressarcimento dos Estudos	-9.142	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
(-) Outorga Fixa	-40.000	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Uma das consequências mais notáveis das aludidas omissões é a impossibilidade de, a partir da documentação divulgada para o certame, aferir a Taxa Interna de Retorno (TIR) do projeto, bem como estabelecer cenários para verificar a sensibilidade do Valor Presente Líquido do projeto (VPL) a variações de receitas ou despesas, prejudicando a efetividade da análise econômica do projeto.

Espera-se que a informação completa de todos os anos das Demonstrações Contábeis esteja disposta na planilha no formato MS Excel informada no item 12.1 - Anexo I - Modelo Econômico e Financeiro CIDENNF v44_REV.xlsx. No entanto, essa planilha não pode ser encontrada nos documentos disponíveis para download no sítio eletrônico do Consórcio⁷.

Desse modo, a modelagem econômico-financeira do projeto deveria ser revisada, fazendo constar nos relatórios as projeções para cada ano do período da concessão, além disso deve ser feita publicação da planilha no formato MS Excel disposta no Anexo I com as fórmulas utilizadas para os cálculos de maneira que a informação seja lastreada, de forma a conferir ampla transparência ao documento e a não prejudicar as análises dos interessados e o adequado controle social das atividades governamentais.

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

Acerca da alegação de que os demonstrativos financeiros registrados no Caderno IV – “Modelo Econômico- Financeiro e Plano de Negócios” estariam com determinados anos omitidos e que a planilha eletrônica informada no Item 12.1 – ANEXO I – MODELO ECONÔMICO E FINANCEIRO “não pode ser encontrada nos documentos disponíveis para download no sítio eletrônico do Consórcio”, há de se destacar, primeiramente, que os demonstrativos do Caderno IV foram incluídos para ilustrar os primeiros anos de investimentos, sendo que a omissão de alguns deles buscou acomodar de forma inteligível os dados na página.

Todavia, não há qualquer omissão de informações, visto que as mesmas se encontram completas com os dados de todos os anos na planilha eletrônica (Anexo I –Modelo Econômico e Financeiro), que teve seu arquivo disponibilizado, na aba do Caderno IV, para consulta pública no sítio eletrônico do consórcio: <https://cidennf.com.br/site/licitacao/31>.

⁷ <https://cidennf.com.br/site/licitacao/31> acesso em 01.12.23.

Todavia, na busca de contínua melhoria do procedimento licitatório e de resoluções que tragam mais celeridade e eficiência para o alcance de uma prestação de serviço de qualidade à população, o CIDENNF, até futura republicação do certame, reavaliará a disposição das informações no Modelo Econômico e Financeiro.

IV e V – Improriedade na demonstração do resultado do exercício (Valores de investimentos considerados como receitas e custos de construção/Valores de PIS/COFINS em desacordo com o ordenamento jurídico/TIR subavaliada)

No presente item são enfrentados os itens IV [Improriedades na demonstração do resultado do exercício] e V [Taxa Interna de Retorno – TIR – subavaliada] ventilados na Representação da CAD-DESESTATIZAÇÃO, os quais foram delimitados no início deste tópico.

Pois bem.

Verifica-se, nestes pontos da Representação, que a base de cálculo dos tributos indiretos (PIS/COFINS e ISS) está sendo contestada, sob a alegação de que as receitas de construção, equivalentes ao CAPEX, estão dispostas de uma forma que afetam o resultado do EBIT e subestimaria a TIR.

Como mencionado pela própria Representante, o modelo econômico e financeiro respeita as orientações do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (OCPC 05) o qual tem por “finalidade de esclarecer assuntos que têm gerado dúvidas quanto à adoção da Interpretação Técnica ICPC 01 - Contratos de Concessão pelas empresas reguladas brasileiras”.

Nas citadas orientações, considera-se o reconhecimento da “receita de construção à medida que a construção for acontecendo em contrapartida ao passivo registrado inicialmente”. Todavia, é fundamental destacar que, no modelo proposto, ao considerar uma margem de construção igual a zero, **o serviço de construção não é considerado no resultado, exatamente como mencionado na Representação.** No caso, toda a receita de construção possui como contrapartida o direito de exploração, configurado como ativo intangível e amortizado ao longo do contrato.

Vale esclarecer que a "receita de construção" refere-se à receita gerada por atividades de construção ou desenvolvimento, como a construção de estações de tratamento de água e esgoto. Quando a contrapartida dessa receita é um ativo intangível, isso significa que o valor recebido está relacionado a um ativo não físico ou não tangível, que, no caso do modelo apresentado, é o direito de exploração do serviço de água e esgoto, reconhecido em seu balanço patrimonial.

Diante desses conceitos, o modelo proposto trata a receita de construção com uma contrapartida representada pelo direito de exploração, em observância aos artigos 280 e 281 da Instrução Normativa da RFB nº1700/2017:

Art. 280. Na determinação da base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins a que se referem a Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998, a Lei nº 10.637, de 2002, e a Lei nº 10.833, de 2003, **exclui-se a receita reconhecida pela construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento da infraestrutura, cuja contrapartida seja ativo intangível representativo de direito de exploração.**

Art. 281. A receita decorrente da construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento da infraestrutura, cuja contrapartida seja ativo financeiro representativo de direito contratual incondicional de receber caixa ou outro ativo financeiro, integrará a base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep

e da Cofins a que se referem a Lei nº 9.718, de 1998, a Lei nº 10.637, de 2002, e a Lei nº 10.833, de 2003, à medida do efetivo recebimento.

Conclui-se, portanto, que o modelo desenvolvido está em conformidade com a legislação tributária relativa ao PIS/COFINS, não havendo incidência desses tributos sobre as receitas de construção consideradas na Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), o que não subestima o EBIT e a TIR do projeto. A mesma lógica vale para o ISS.

A Representante afirma, ainda, que os valores de PIS/COFINS estão em desacordo com o ordenamento jurídico, apresentando em uma tabela (exposta a seguir) o suposto cálculo da alíquota efetiva de PIS/COFINS do ano 1 como exemplo:

	Valor DRE (R\$ mil)	Valor PIS/COFINS	Alíquota
Receita Bruta	R\$ 90.505,00	R\$ 2.178,00	2%
Receita de Construção	R\$ 47.250,00	R\$ 2.178,00	5%
Receita Água	R\$ 42.532,00	R\$ 2.178,00	5%
Receitas Indiretas	R\$ 723,00	R\$ 2.178,00	301%

*Tabela apresentada na Representação da CAD-Desestatização 119659-7/23

Ao explicar a referida tabela, é feita a seguinte afirmação:

“Pode-se concluir que, independentemente da base de cálculo considerada, nenhum valor de alíquota encontrado se relaciona com os valores estabelecidos na legislação: 0,65% de PIS e 3% de Cofins, no regime cumulativo; e, para o regime não-cumulativo, 1,65% de PIS e 7,6% de Cofins, estas que seriam as utilizadas no caso em análise devido ao item 2.3.2.7 - Alíquota Tributária do Edital, que estabelece o Lucro Real como o regime tributário para todo o período da concessão.”

Na DRE é apresentado o valor de PIS/COFINS a recolher equivalente a R\$ 2,178 milhões, considerando a diferença entre os tributos incidentes sobre as receitas tributáveis e os créditos obtidos sobre insumos. Logo, a alíquota nominal de 9,25% (1,65% de PIS e 7,60% de COFINS) não será àquela apresentada no demonstrativo, pois o valor a recolher está considerando crédito de PIS/COFINS sobre as despesas.

Dessa forma, ao calcular o valor de PIS/COFINS a recolher, é determinada a partir das alíquotas do regime não-cumulativo descontados dos créditos de PIS/CONFINS gerados com a compra de insumos, serviços terceirizados etc. (alíquota efetiva).

Assim, a partir do ANEXO I – MODELO ECONÔMICO E FINANCEIRO, o qual será, em futura republicação do edital, disponibilizado com fórmulas para melhor lastreamento dos valores, pode-se verificar que não há inconsistências nos valores apresentados na DRE.

Para melhor entendimento, abaixo apresenta-se a metodologia correta para cálculo da base tributável e das alíquotas no ano 1:

	Valor DRE (R\$ mil)	Base Tributável (R\$ mil)
Receita de Construção	47.249,84	0,00
Receita Água	42.532,17	42.532,17
Receita Esgoto	0,00	0,00
Receitas Indiretas	723,05	723,05
Receita Bruta	90.505,05	43.255,21

Observa-se que no primeiro ano ainda não há receita de esgoto e, para base de cálculo do PIS/COFINS, ao desconsiderar a receita de construção, conforme já explicado anteriormente, chega-se em um montante de R\$ 43,255 milhões.

Base Tributável	Alíquota	PIS/COFINS sobre receita (R\$ mil)	Crédito de PIS/COFINS (R\$ mil)	PIS/COFINS a recolher (R\$ mil)	Alíquota Efetiva
43.255,21	9,25%	4.001,11	1.823,55	2.177,56	5,00%

Novamente, visto que o regime de tributação adotado é não cumulativo, a alíquota total de PIS/COFINS é 9,25%, o que gera R\$ 4,0 milhões de PIS/COFINS. No primeiro ano, ainda, percebe-se um total de R\$ 1,82 milhões de crédito tributário. Com isso, o total de PIS/COFINS a recolher é de R\$ 2,178 milhões, o que gera uma alíquota efetiva de 5,00%, validando que, embora o cálculo da tarifa efetiva apresentada no documento esteja correto, ele não deve ser confundido com a alíquota nominal.

Em virtude desses fatos, **verifica-se que as alíquotas adotadas estão em conformidade com a legislação** e, assim, conclui-se que a demonstração de resultado de exercício não apresenta erros, visto que está respeitando os conceitos contábeis, representando os tributos de acordo com o ordenamento jurídico, e, principalmente, sendo diligente na valorização do ativo para uma precificação correta dos serviços com o ente público e com a sociedade.

Desse modo, também neste ponto, não merecem acolhidas as alegações da Representante. (grifo do autor).

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peça 33

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que a irregularidade apontada pela Representante foi superada, uma vez que o consórcio disponibilizou, no sítio eletrônico da licitação, a planilha no formato MS Excel informada no Caderno IV – item 12.1 (Anexo I - Modelo Econômico e Financeiro CIDENNF), em que consta a informação completa de todos os anos das Demonstrações Contábeis.

Conclusão:

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Impropriedade superada em razão de promoção dos ajustes necessários, materializados pela publicação da planilha das Demonstrações Financeiras.

Peça 48

De acordo com a conclusão emitida por esta Coordenadoria na instrução de 25.03.2024, essa impropriedade já havia sido superada, em razão de promoção dos ajustes necessários, materializados pela publicação da planilha das Demonstrações Financeiras.

Conclusão (mantida a conclusão da instrução de 25.03.2024):

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Impropriedade superada em razão de promoção dos ajustes necessários, materializados pela publicação da planilha das Demonstrações Financeiras. (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme relato e argumentação que consta em sua inicial (peça 11), o Representante aduz que não localizou, no Edital de Concorrência nº 001/2023 do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, a Demonstração do Resultado do Exercício - DRE e a Demonstração de Fluxo de Caixa - DFC com informações de todo o período da concessão nessas demonstrações contábeis.

Neste sentido, afirma que “... *Uma das consequências mais notáveis das aludidas omissões é a impossibilidade de, a partir da documentação divulgada para o certame, aferir a Taxa Interna de Retorno (TIR) do projeto, bem como estabelecer cenários para verificar a sensibilidade do Valor Presente Líquido do projeto (VPL) a variações de receitas ou despesas, prejudicando a efetividade da análise econômica do projeto*”.

Neste sentido, o Jurisdicionado aponta em sua justificativa que todas as informações necessárias constam na planilha eletrônica, ANEXO I – MODELO ECONÔMICO FINANCEIRO, para consulta⁸ pública em seu sítio eletrônico. Vejamos:

⁸ <https://cidennf.com.br/site/licitacao/31>, acesso em 10.06.24.

Concorrência Pública - 001/2023

CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO, ADEQUAÇÃO, REFORMA E AMPLIAÇÃO DOS SISTEMAS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DOS MUNICÍPIOS DE BOM JESUS DO ITABAPOANA, CARDOSO MOREIRA, CONCEIÇÃO DE MACABU, ITALVA, PORCIÚNCULA E QUISSAMÃ, NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Secretaria(s) relacionada(s): [Geral](#) e [Gestão Ambiental, Saneamento e Recursos Naturais](#).

Data de publicação: 08/11/2023

Situação: [Suspensão](#)

Modalidade: [Concorrência Pública](#)

Categoria: [Concessão de Serviços Públicos](#)

Ano: [2023](#)

Anexos

[Edital](#) [Aviso](#) [Caderno IV](#) [Cadernos - Bom Jesus](#) [Cadernos - Cardoso Moreira](#) [Cadernos - Conceição de Macabu](#)
[Cadernos - Italva](#) [Cadernos - Porciúncula](#) [Cadernos - Quissamã](#) [Contrato de Programa](#) [Errata](#) [Portarias](#) [Resposta](#)

 Modelo econômico e Financeiro e plano de negócio ...

 Anexo I - Modelo Econômico e Financeiro

Neste sentido, assim como bem-posto pela nobre CAD-Desestatização, a irregularidade apontada pelo Representante foi superada, “... *uma vez que o consórcio disponibilizou, no sítio eletrônico da licitação, a planilha no formato MS Excel informada no Caderno IV – item 12.1 (Anexo I - Modelo Econômico e Financeiro CIDENNF), em que consta a informação completa de todos os anos das Demonstrações Contábeis*”.

Sendo assim, diante do exposto, verifico que conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo suficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item atendido.**

Irregularidade 4: Improriedades na demonstração do resultado do exercício

Item Questionado (peça 11):

2.4.1. VALORES DE INVESTIMENTOS CONSIDERADOS COMO RECEITAS E CUSTOS DE CONSTRUÇÃO

A Demonstração do Resultado do Exercício considera, nas linhas em destaque abaixo, os valores de custo de construção como uma receita e depois como despesa. Esses

valores correspondem aos valores estabelecidos como CAPEX na tabela 8 do Caderno IV – Modelo Econômico-Financeiro e Plano de Negócios.

DRE	2024	2025	2026	2027	2028	2029	2030	2031	2032	2033	2034	2035	2036
Receita Bruta	90.505	153.771	96.106	107.193	103.943	118.267	107.843	106.780	107.270	105.321	104.731		
Receita de Construção	47.250	107.078	24.795	30.138	24.816	15.951	4.707	3.497	4.442	3.495	4.440		
Água	42.552	45.912	49.347	49.819	50.214	52.419	52.889	52.912	52.681	52.168	51.382		
Esgoto	0	0	20.772	25.948	27.590	48.187	48.573	48.644	48.428	47.955	47.233		
Receitas indiretas	723	781	1.192	1.288	1.923	1.710	1.724	1.726	1.719	1.702	1.676		
(-) Deduções	-2.214	-2.533	-4.764	-5.299	-5.495	-7.684	-7.749	-7.761	-7.725	-7.644	-7.526		
PIS/COFINS	-2.178	-2.494	-4.705	-5.234	-5.429	-7.599	-7.663	-7.675	-7.639	-7.559	-7.442		
ISS	-36	-39	-60	-64	-66	-86	-86	-86	-86	-85	-84		
(-) Receita Líquida	88.291	151.238	91.342	101.894	98.448	110.583	100.093	99.019	99.546	97.676	97.205		
(-) Custos e Despesas	-46.443	-45.180	-46.805	-43.747	-39.626	-41.045	-40.127	-39.997	-39.725	-39.318	-38.740		
Pessoal Administrativo	-4.067	-4.067	-4.212	-4.285	-4.285	-4.182	-3.245	-3.245	-3.245	-3.245	-3.245		
Pessoal Operacional	-10.448	-10.648	-8.994	-9.007	-9.020	-9.086	-9.101	-9.103	-9.092	-9.073	-9.042		
Energia Elétrica	-9.255	-9.206	-10.340	-10.336	-10.299	-10.011	-10.092	-10.107	-10.065	-9.974	-9.834		
Produtos Químicos	-1.668	-1.657	-1.721	-1.710	-1.691	-1.571	-1.583	-1.586	-1.579	-1.564	-1.541		
Outros Custos Operacionais	-3.249	-3.254	-3.261	-3.275	-3.289	-3.346	-3.356	-3.357	-3.352	-3.337	-3.308		
Outras Despesas	-2.408	-2.420	-2.429	-2.444	-2.455	-2.516	-2.531	-2.534	-2.526	-2.507	-2.441		
Seguros e Garantias	-1.451	-1.568	-1.378	-1.367	-1.337	-1.226	-1.047	-882	-720	-552	-385		
Agente Regulador	-433	-467	-713	-771	-791	-1.023	-1.031	-1.033	-1.028	-1.018	-1.003		
Fundo de saneamento	-865	-934	-1.426	-1.541	-1.583	-2.046	-2.063	-2.066	-2.057	-2.037	-2.006		
Despesas com Inadimplências	-11.679	-10.039	-11.410	-8.091	-3.957	-5.116	-5.157	-5.164	-5.142	-5.092	-5.015		
Verificador Independente	-921	-921	-921	-921	-921	-921	-921	-921	-921	-921	-921		
(-) Outorga Variável	-433	-467	-713	-771	-791	-1.023	-1.031	-1.033	-1.028	-1.018	-1.003		
(-) Custos de Construção	-47.250	-107.078	-24.795	-30.138	-24.816	-15.951	-4.707	-3.497	-4.442	-3.495	-4.440		

A Orientação OCPC 05 - CONTRATOS DE CONCESSÃO emitida pelo Comitê de Pronunciamento contábeis dispõe da seguinte maneira:

30. Quando os serviços de construção representam potencial de geração de receita adicional, com a recuperação do investimento efetuado por meio dessa geração adicional de receita, esse contrato é de execução e, portanto, o reconhecimento do direito (de explorar) e das obrigações (de construir) é feito à medida que os serviços de construção são prestados.

Na modelagem econômico-financeira em análise, os investimentos são obrigações da Concessionária e, portanto, devem seguir a orientação disposta no item 30 do OCPC 05. Ou seja, os investimentos representam uma obrigação a ser cumprida, mas não deveriam ser considerados no resultado. A parcela de alguns ativos do investimento que transitam pelo resultado é representada pela depreciação, que é a perda de valor dos ativos ou bens de uma empresa ao longo do tempo.

Desse modo, mesmo que os dois valores, de receita e despesa, sejam iguais, a inclusão desses valores afeta o resultado. Ao incluir o valor do CAPEX na receita, a base de cálculo dos tributos se torna maior, aumentando os valores de PIS/COFINS e ISS. Portanto, ainda que seja extraído o mesmo valor de CAPEX em forma de uma despesa, o resultado disposto é menor do que seria se nenhum valor de CAPEX transitasse pelo resultado.

Desse modo, a consideração desses valores dos investimentos como receitas e despesas na DRE, torna o EBIT subavaliado, que consequentemente afeta os valores da DFC. Dessa maneira, evidencia-se que essa impropriedade subestima o valor calculado para a TIR, o que prejudica a análise da modelagem econômico-financeira.

2.4.2. VALORES DE PIS/COFINS EM DESACORDO COM ORDENAMENTO JURÍDICO

As alíquotas de PIS/Cofins utilizadas na modelagem não estão de acordo com a legislação aplicável. A título de exemplo, utilizando os valores do primeiro ano, confrontando os valores encontrados na Receita da DRE e o valor considerado de PIS/Cofins, encontra-se as seguintes alíquotas:

	Valor DRE	Valor PIS/COFINS	Alíquota
Receita Bruta	R\$ 90.505,00	R\$ 2.178,00	2%
Receita de Construção	R\$ 47.250,00	R\$ 2.178,00	5%
Receita Água	R\$ 42.532,00	R\$ 2.178,00	5%
Receitas Indiretas	R\$ 723,00	R\$ 2.178,00	301%

Pode-se concluir que, independentemente da base de cálculo considerada, nenhum valor de alíquota encontrado se relaciona com os valores estabelecidos na legislação: 0,65% de PIS e 3% de Cofins, no regime cumulativo; e, para o regime não-cumulativo, 1,65% de PIS e 7,6% de Cofins, estas que seriam as utilizadas no caso em análise devido ao item 2.3.2.7 - Alíquota Tributária do Edital, que estabelece o Lucro Real como o regime tributário para todo o período da concessão.

Pode-se concluir que a Demonstração do Resultado do Exercício deve ser revisada, de maneira que se adeque aos conceitos contábeis apropriados e represente os tributos de acordo com o ordenamento jurídico. Ao se realizar o ajuste da DRE, conseqüentemente afetar-se-á os resultados do fluxo de caixa, uma vez que as demonstrações estão conectadas pelo valor do EBIT. (grifo do autor).

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

Na Representação debatida é apontado que o Edital estabeleceu dois distintos valores de percentuais de compartilhamento de receitas não previstas no contrato. Porém, esclarece-se que as cláusulas 13.1 e 16.3 da minuta contratual, a princípio, não deveriam se confundir, pois seriam complementares, sendo que na primeira é obrigatório que esteja relacionado aos serviços concedidos e com reversão de tais valores para a modicidade tarifária. Já a segunda, não há essas exigências.

Todavia, na busca de contínua melhoria do procedimento licitatório e de resoluções que tragam mais celeridade e eficiência para o alcance de uma prestação de serviço de qualidade à população, o CIDENNF, até futura republicação do certame, reavaliará a clareza dos conceitos e dispositivos sobre o compartilhamento de receitas não previstas no contrato, de forma mitigar qualquer tipo de dúvida.

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peça 33

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que:

Item 4.1 - Valores de investimentos considerados como receitas e custos de construção:

Na DRE, os valores de investimentos foram considerados como receitas de construção e também como custos de construção, de modo a não afetar o resultado apresentado, não constituindo uma irregularidade. Em outras palavras, caso as linhas de receitas e custos de construção fossem retiradas da DRE, o EBIT calculado não seria alterado.

Item 4.2 - Valores de PIS/COFINS em desacordo com ordenamento jurídico:

Na DRE, o valor de PIS/COFINS a recolher é calculado com base na diferença entre os tributos incidentes sobre as receitas tributáveis e os créditos obtidos sobre insumos. Logo, a alíquota nominal de 9,25% (1,65% de PIS e 7,60% de COFINS para o regime não cumulativo) não é aquela apresentada no demonstrativo, pois o valor a recolher deve considerar o crédito de PIS/COFINS sobre as despesas.

Para melhor entendimento, o jurisdicionado apresentou a metodologia utilizada para cálculo da base tributável e das alíquotas no ano 1. Evidenciou que a receita de construção foi desconsiderada da base de cálculo e que, após descontar os créditos tributários, a alíquota efetiva ficou em 5,00%.

Cabe ressaltar que as informações fornecidas pelo jurisdicionado, inclusive as relativas ao ano 1, estão em conformidade com os dados apresentados nas abas “DRE” e “Tributos” da planilha eletrônica “Modelo Econômico e Financeiro” (Anexo I do Caderno IV), disponibilizada no sítio eletrônico da licitação apenas após a propositura desta representação.

Desse modo, com base na resposta do jurisdicionado e na disponibilização da planilha de modelagem econômico-financeira, os indícios de irregularidade nos valores utilizados para PIS/COFINS na DRE foram devidamente esclarecidos.

Item 5 - TIR subavaliada:

Os indícios de subavaliação da TIR apresentados pela representante são oriundos das impropriedades alegadas na DRE (itens 4.1 e 4.2). Como as irregularidades apontadas nesses itens foram superadas, não há evidências de subavaliação da TIR.

Conclusão (itens 4.1, 4.2 e 5):

Procedência quanto ao mérito dos itens inicialmente propostos na Representação. Impropriedades superadas em razão de promoção dos ajustes necessários, materializados pela publicação da planilha das Demonstrações Financeiras, cujos dados comprovam os esclarecimentos prestados pelo consórcio.

Peca 48

De acordo com a conclusão emitida por esta Coordenadoria na instrução de 25.03.2024, essas impropriedades já haviam sido superadas, em razão de promoção dos ajustes necessários, materializados pela publicação da planilha das Demonstrações Financeiras, cujos dados comprovaram os esclarecimentos prestados pelo consórcio.

Conclusão (itens 4.1, 4.2 e 5) (mantida a conclusão da instrução de 25.03.2024):

Procedência quanto ao mérito dos itens inicialmente propostos na Representação. Impropriedades superadas em razão de promoção dos ajustes necessários, materializados pela publicação da planilha das Demonstrações Financeiras, cujos dados comprovam os esclarecimentos prestados pelo consórcio. (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme relato e argumentação que consta em sua inicial (peça 11), o Representante aduz que, no Edital de Concorrência nº 001/2023 do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, ocorrem impropriedades na demonstração do resultado do exercício. Alegou ainda que tais impropriedades prejudicam a análise da modelagem econômico-financeira e que afetarão o resultado do fluxo de caixa.

Neste sentido, o Jurisdicionado aponta em sua justificativa que “... *as cláusulas 13.1 e 16.3 da minuta contratual, a princípio, não deveriam se confundir, pois seriam complementares, sendo que na primeira é obrigatório que esteja relacionado aos serviços concedidos e com reversão de tais valores para a modicidade tarifária. Já a segunda, não há essas exigências*”.

Neste sentido, assim como bem-posto pela nobre CAD-Desestatização, a irregularidade apontada pelo Representante foi superada, uma vez que com a disponibilização da planilha de modelagem econômico-financeira, os indícios de irregularidade foram devidamente esclarecidos.

Sendo assim, diante do exposto, verifico que conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo suficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item atendido.**

Irregularidade 5: Taxa Interna de Retorno – TIR – subavaliada

Item Questionado (peça 11):

A Taxa Interna de Retorno (TIR) representa um percentual que iguala a zero o Valor Presente Líquido (VPL) de determinado fluxo de caixa. Trata-se, portanto, de uma informação de especial relevância em projetos de investimento de longo prazo, a exemplo da concessão em tela, por ser uma medida largamente aceita para representar a rentabilidade desses projetos.

Do ponto de vista do controle externo, há alguns aspectos a se considerar ao verificar a rentabilidade de um projeto de concessão, um deles é se o valor dessa taxa é compatível com o valor de mercado do custo de oportunidade dos investimentos a serem realizados, normalmente representado pela estimativa do WACC do setor econômico pertinente ao objeto do contrato.

O projeto apresenta o valor da TIR desalavancada do projeto de 8,34% a.a. que se mostra compatível com a faixa de tolerância relativa ao WACC médio do setor, calculado por esta Coordenadoria, conforme tabela abaixo:

WACC REFERENCIAL - CP 001/2023	
Setor	Fornecimento de Água e Esgoto
WACC real médio - 2022	5,71%
Desvio padrão	1,42%
Faixas de Tolerância	
Média + 1 Desv Pad	7,13%
TIR do Projeto	8,34%
Média + 2 Desv Pad	8,55%
Média + 3 Desv Pad	9,97%

No entanto, a impropriedade identificada no tópico anterior demonstra que o valor da TIR está subavaliado, ou seja, caso os investimentos não fossem considerados como despesas na DRE, o valor da TIR seria maior.

Embora não seja possível realizar o cálculo da TIR expurgando os valores de investimentos das despesas, devido à ausência de divulgação de informação de todos os anos da concessão mencionada anteriormente, ainda sim é possível identificar que o valor da TIR está sendo subavaliado.

Conclui-se que as informações devem ser publicadas e as demonstrações ajustadas de modo que se torne possível obter o real valor da TIR e que o valor está apresentado de forma subavaliada, não representando fidedignamente a rentabilidade do projeto em relação ao setor econômico de referência.

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

Este item foi desenvolvido pelo Jurisdicionado juntamente com a irregularidade 4.

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

A análise da presente irregularidade pela CAD-Desestatização foi empreendida dentro do item 4.

Análise da Irregularidade:

A presente irregularidade já foi combatida no **item 4** da presente instrução.

Sendo assim, conforme análise realizada e sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo suficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item atendido.**

Irregularidade 6: Ausência de definição dos tipos de receita e risco de compartilhamento de receitas inadequado

Item Questionado (peça 11):

O Edital estabelece dois distintos valores de percentuais de compartilhamento de receitas não previstas no contrato. O Edital dispõe a definição da Receita Operacional Bruta da seguinte maneira:

RECEITA OPERACIONAL BRUTA - ROB: são as receitas das TARIFAS oriundas da prestação dos SERVIÇOS nos SISTEMAS, somadas às receitas alternativas, incluindo as provenientes dos SERVIÇOS COMPLEMENTARES;

No entanto, o Edital é silente quanto à definição das receitas alternativas, extraordinárias e complementares. Isso afeta o entendimento das obrigações da concessionária e principalmente o compartilhamento dessas receitas com o Poder Concedente.

O item 'nn' da cláusula 13.1 da minuta contratual dispõe que é obrigação da concessionária compartilhar 15% das receitas alternativas não previstas na proposta comercial. Em contrapartida, o item iii, 16.1, da cláusula 16ª, que versa a respeito das fontes de receita da concessionária, indica que a concessionária deve compartilhar 5% das receitas extraordinárias não previstas na proposta comercial:

13.1 Sem prejuízo de suas demais obrigações e direitos previstos no EDITAL, neste CONTRATO e na legislação, incumbe à CONCESSIONÁRIA:

[...]

nn) **Compartilhar com o PODER CONCEDENTE o valor equivalente a 15,00% (quinze por cento) das receitas alternativas não previstas na PROPOSTA COMERCIAL** ou no CONTRATO, desde que, de alguma forma, relacionadas aos SERVIÇOS concedidos e com reversão de tais valores para a modicidade tarifária;

[...]

16.3 A CONCESSIONÁRIA poderá, também a partir da ASSUNÇÃO dos SISTEMAS, mediante prévia aprovação do PODER CONCEDENTE, ressalvados os SERVIÇOS COMPLEMENTARES, já autorizados no EDITAL e neste CONTRATO, auferir demais receitas extraordinárias, desde que a execução dessas atividades (i) não ultrapasse o prazo da CONCESSÃO ou de sua eventual prorrogação; (ii) não acarrete prejuízo à normal prestação dos SERVIÇOS, observado o disposto no artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/1995; (iii) **compartilhe com o PODER CONCEDENTE e com os USUÁRIOS valor equivalente a 5,00% (cinco por cento) dos benefícios resultantes de tais receitas extraordinárias, não previstas na PROPOSTA COMERCIAL**; e (iv) informe e inclua, nas reavaliações necessárias de REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO, as receitas alternativas não previstas na PROPOSTA COMERCIAL.

Desse modo, não resta claro o que seriam as receitas alternativas nem como seria feito o compartilhamento dessas receitas, uma vez que usualmente se considera receita extraordinária como receitas alternativas não previstas inicialmente no contrato.

Observa-se que o Edital se mostrou ambíguo no que diz respeito qual será o percentual de compartilhamento de receitas não previstas no contrato, o que pode gerar conflitos entre o poder concedente e a concessionária. Além disso, há uma divergência na base de cálculo em que o percentual de compartilhamento incidirá, uma vez que o primeiro item dispõe que será compartilhado 15% das receitas alternativas não previstas no Edital e o segundo item menciona 5% dos benefícios resultantes de tais receitas extraordinárias.

Ademais, o segundo percentual apontado (5%) e a sua respectiva base de cálculo (“benefícios” resultantes das receitas) não se mostram compatíveis com outras modelagens consideradas razoáveis por esta Corte de Contas, na medida em que tanto o percentual de 5% quanto a base de cálculo (“benefícios”, que seria similar ao lucro das operações) são ínfimas. A título exemplificativo, a concessão regionalizada para distribuição de água e esgotamento sanitário no ERJ (os conhecidos blocos de concessão oriundos da Cedae), estabeleceram percentual consideravelmente maior, bem como usou a receita como base de cálculo (o que se mostra mais eficiente tanto no aspecto de distribuição de incentivos quanto no controle do ganho obtido da exploração das receitas acessórias).

Portanto, evidencia-se a necessidade de distinção entre receitas alternativas e extraordinárias, além de que seja disposto de maneira objetiva a metodologia de compartilhamento de receita de modo que seja adequado não somente o percentual, mas também a base de cálculo em que o percentual de compartilhamento incidirá. (grifo do autor).

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

Na Representação debatida é apontado que o Edital estabeleceu dois distintos valores de percentuais de compartilhamento de receitas não previstas no contrato. Porém, esclarece-se que as cláusulas 13.1 e 16.3 da minuta contratual, a princípio, não deveriam se confundir, pois seriam complementares, sendo que na primeira é obrigatório que esteja relacionado aos serviços concedidos e com reversão de tais valores para a modicidade tarifária. Já a segunda, não há essas exigências.

Todavia, na busca de contínua melhoria do procedimento licitatório e de resoluções

que tragam mais celeridade e eficiência para o alcance de uma prestação de serviço de qualidade à população, o CIDENNF, até futura republicação do certame, reavaliará a clareza dos conceitos e dispositivos sobre o compartilhamento de receitas não previstas no contrato, de forma mitigar qualquer tipo de dúvida.

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peça 33

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que a irregularidade apontada pela Representante persiste no certame. Há necessidade de distinção clara entre receitas alternativas e extraordinárias (cláusulas 13.1 e 16.3 da minuta contratual), além de que seja disposto de maneira objetiva a metodologia de compartilhamento de receita de modo que seja adequado não somente o percentual, mas também a base de cálculo em que o percentual de compartilhamento incidirá.

A existência da irregularidade é inclusive corroborada pelo consórcio, uma vez que ele se compromete, até futura republicação do certame, reavaliar a clareza dos conceitos e dispositivos sobre o compartilhamento de receitas não previstas no contrato, de forma a mitigar qualquer tipo de dúvida.

Conclusão:

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que o Edital não foi retificado com definição clara dos tipos de receita e com compartilhamento adequado de receitas.

Peça 48

Na primeira manifestação do Cidennf em relação a essa irregularidade (peça 22), o Consórcio mencionou que, até futura republicação do certame, reavaliaria a clareza dos conceitos e dispositivos sobre o compartilhamento de receitas não previstas no contrato, de forma mitigar qualquer tipo de dúvida.

Por isso, serão analisados os novos esclarecimentos prestados no Doc TCE-RJ nº 5.502-7/24 (peças 36 a 40) em relação a essa irregularidade.

[...]

Comparando-se o texto do Edital publicado (peça 3) com o da Minuta do Edital a ser republicado (peça 39), verificam-se as seguintes alterações:

1-Alteração da definição dos tipos de receita:

Edital publicado (peça 3 – pág. 16)	Minuta do Edital a ser republicado (peça 39 – pág. 17)
RECEITA OPERACIONAL BRUTA - ROB: são as receitas das TARIFAS oriundas da prestação dos SERVIÇOS nos SISTEMAS, somadas às receitas alternativas , incluindo as provenientes dos SERVIÇOS COMPLEMENTARES;	RECEITA OPERACIONAL BRUTA – ROB: receita auferida pela CONCESSIONÁRIA em decorrência da cobrança de TARIFAS pela prestação dos SERVIÇOS aos USUÁRIOS do SISTEMA, acrescida da RECEITA ADICIONAL e da receita resultante da prestação dos SERVIÇOS COMPLEMENTARES;
	RECEITA ADICIONAL: toda e qualquer receita alternativa, complementar e acessória que venha a ser auferida direta ou indiretamente pela CONCESSIONÁRIA decorrente da exploração de projeto associado ou da prestação de serviço adicional aos SERVIÇOS, na forma do artigo 11 da Lei federal nº 8.987/1995 e do artigo 10-A, II da Lei Federal nº 11.445/2007, mediante prévia e expressa autorização do PODER CONCEDENTE;
	RECEITA TARIFÁRIA: valor arrecadado pela CONCESSIONÁRIA decorrente do pagamento de TARIFAS pelos USUÁRIOS do SISTEMA pela prestação dos SERVIÇOS;

Conforme evidenciado pela Representante (peça 11), o Edital publicado dispõe a definição da Receita Operacional Bruta, no entanto, é silente quanto à definição das receitas alternativas, extraordinárias e complementares. Isso afeta o entendimento das obrigações da concessionária e principalmente o compartilhamento dessas receitas com o Poder Concedente.

Na Minuta do Edital a ser republicado (peça 39), verifica-se que o Consórcio apresenta as definições de RECEITA ADICIONAL e de RECEITA TARIFÁRIA, conceitos utilizados na nova definição apresentada para RECEITA OPERACIONAL BRUTA.

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que a ausência de definição dos tipos de receita será sanada caso o Edital seja republicado conforme a Minuta do Edital apresentada (peça 39).

2-Alteração da minuta contratual: “Item ‘nn’ da cláusula 13.1” VERSUS “Item iii, 16.1, da cláusula 16”

Edital publicado (peça 3 – pág. 232)	Minuta do Edital a ser republicado (peça 39 – pág. 232)
13.1 Sem prejuízo de suas demais obrigações e direitos previstos no EDITAL, neste CONTRATO e na legislação, incumbe à CONCESSIONÁRIA: nn) Compartilhar com o PODER CONCEDENTE o valor equivalente a 15,00% (quinze por cento) das <u>receitas alternativas</u> não previstas na PROPOSTA COMERCIAL ou no CONTRATO, desde que, de alguma forma, relacionadas aos SERVIÇOS concedidos e com reversão de tais valores para a modicidade tarifária;	13.1 Sem prejuízo de suas demais obrigações e direitos previstos no EDITAL, neste CONTRATO e na legislação, incumbe à CONCESSIONÁRIA: nn) Compartilhar com o PODER CONCEDENTE e com os USUÁRIOS o valor equivalente a 15,00% (quinze por cento) das <u>receitas adicionais</u> não previstas na PROPOSTA COMERCIAL ou no CONTRATO, desde que, de alguma forma, relacionadas aos SERVIÇOS concedidos e com reversão de tais valores para a modicidade tarifária;

Edital publicado (peça 3 – pág. 238)	Minuta do Edital a ser republicado (peça 39 – pág. 238)
<p>16.3 A CONCESSIONÁRIA poderá, também a partir da ASSUNÇÃO dos SISTEMAS, mediante prévia aprovação do PODER CONCEDENTE, ressalvados os SERVIÇOS COMPLEMENTARES, já autorizados no EDITAL e neste CONTRATO, auferir demais <u>receitas extraordinárias</u>, desde que a execução dessas atividades (i) não ultrapasse o prazo da CONCESSÃO ou de sua eventual prorrogação; (ii) não acarrete prejuízo à normal prestação dos SERVIÇOS, observado o disposto no artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/1995; (iii) compartilhe com o PODER CONCEDENTE e com os USUÁRIOS valor equivalente a 5,00% (cinco por cento) dos benefícios resultantes de tais receitas extraordinárias, não previstas na PROPOSTA COMERCIAL; e (ix) informe e inclua, nas reavaliações necessárias de REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO, as receitas alternativas não previstas na PROPOSTA COMERCIAL.</p>	<p>16.3 A CONCESSIONÁRIA poderá, também a partir da ASSUNÇÃO dos SISTEMAS, mediante prévia aprovação do PODER CONCEDENTE, ressalvados os SERVIÇOS COMPLEMENTARES, já autorizados no EDITAL e neste CONTRATO, auferir demais <u>receitas adicionais</u>, desde que a execução dessas atividades (i) não ultrapasse o prazo da CONCESSÃO ou de sua eventual prorrogação; (ii) não acarrete prejuízo à normal prestação dos SERVIÇOS, observado o disposto no artigo 11 da Lei Federal nº 8.987/1995; (iii) compartilhe com o PODER CONCEDENTE e com os USUÁRIOS valor equivalente a 15,00% (quinze por cento) das receitas adicionais, não previstas na PROPOSTA COMERCIAL; e (ix) informe e inclua, nas reavaliações necessárias de REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO, as receitas adicionais não previstas na PROPOSTA COMERCIAL.</p>

Conforme evidenciado pela Representante (peça 11), no Edital publicado, o item ‘nn’ da cláusula 13.1 da minuta contratual dispõe que é obrigação da concessionária compartilhar 15% das receitas alternativas não previstas na proposta comercial. Em contrapartida, o item iii, 16.1, da cláusula 16ª, que versa a respeito das fontes de receita da concessionária, indica que a concessionária deve compartilhar 5% dos benefícios resultantes das receitas extraordinárias não previstas na proposta comercial.

Nesse sentido, a Representante alega que o Edital se mostrou ambíguo no que diz respeito a qual será o percentual de compartilhamento de receitas não previstas no contrato, o que pode gerar conflitos entre o poder concedente e a concessionária. Além disso, há uma divergência na base de cálculo em que o percentual de compartilhamento incidirá, uma vez que o primeiro item dispõe que será compartilhado 15% das receitas alternativas não previstas no Edital e o segundo item menciona 5% dos benefícios resultantes de tais receitas extraordinárias.

Nos dois itens da Minuta do Edital a ser republicado (peça 39), verifica-se que foram eliminadas as referências a receitas alternativas e a receitas extraordinárias, sendo apenas referenciadas as RECEITAS ADICIONAIS, devidamente definidas no documento apresentado. Além disso, as divergências relacionadas a percentual e a base de cálculo foram sanadas, uma vez que os dois itens mencionam que será compartilhado o valor equivalente a 15% das RECEITAS ADICIONAIS.

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que o risco de compartilhamento de receitas inadequado será sanado caso o Edital seja republicado conforme a Minuta do Edital apresentada (peça 39).

Conclusão (mantida a conclusão da instrução de 25.03.2024, ressaltando a adequação das alterações propostas pela Minuta do Edital apresentada):

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que o Edital não foi retificado com definição

clara dos tipos de receita e com compartilhamento adequado de receitas. Cabe salientar que a impropriedade será superada, caso o Edital seja republicado conforme a Minuta do Edital apresentada (peça 39). (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme relato e argumentação que consta em sua inicial (peça 11), o Representante aduz que, no Edital de Concorrência nº 001/2023 do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, é estabelecido dois valores distintos de percentuais de compartilhamento de receitas não previstas no contrato.

Em razão de tal ambiguidade, o Representante alega que “... *não resta claro o que seriam as receitas alternativas nem como seria feito o compartilhamento dessas receitas, uma vez que usualmente se considera receita extraordinária como receitas alternativas não previstas inicialmente no contrato*”.

Neste sentido, o **Jurisdicionado aponta em sua justificativa** (peça 22) que, **visando a melhoria do procedimento** licitatório, **antes** da futura republicação do Edital “... *reavaliará a clareza dos conceitos e dispositivos sobre o compartilhamento de receitas não previstas no contrato, de forma mitigar qualquer tipo de dúvida*”.

À vista disso, e após verificar a minuta do Edital anexada aos autos (peça 39), coaduno com a nobre CAD-Desestatização, que a irregularidade será superada quando o Edital for republicado conforme a minuta apresentada.

Sendo assim, diante do exposto, verifico que conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo insuficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

Irregularidade 7: Ausência de previsão clara e adequada de sanções em caso de descumprimento de metas

Item Questionado (peça 11):

O Edital não é objetivo quanto aos critérios que ensejam a caducidade do contrato em caso de descumprimento de metas. No item 36.7 "b" da minuta contratual é prevista pena de multa no caso de atraso injustificado no cumprimento dos indicadores de desempenho.

36.7 Sem prejuízo das demais sanções de multa ou parâmetros para tais sanções estabelecidos na regulamentação, a CONCESSIONÁRIA se sujeitará às seguintes multas:

b) Por atraso injustificado no cumprimento de metas anuais de universalização dos SERVIÇOS ou dos INDICADORES DE DESEMPENHO, multa, por infração, de 1,00% (um por cento) até 2,00% da arrecadação da CONCESSIONÁRIA no últimos 12 (doze) meses contados da ocorrência da infração;

No entanto, verifica-se, no item 29.8 do mesmo documento, colacionado a seguir, a ausência de previsão adequada de caducidade em caso de reiterados descumprimentos dos indicadores e metas contratuais. Isso porque o item não estabelece critérios objetivos para a decretação da caducidade nesses casos, ocasionando insegurança jurídica na execução contratual, podendo ainda dar azo a dispendiosas disputas judiciais em decorrência da imprecisão ora apontada (grifos nossos):

29.8 Sem prejuízo de outras sanções previstas neste CONTRATO, os relatórios de verificação anual deverão ser analisados em cada REVISÃO ORDINÁRIA, **e em caso de descumprimento reiterados e que possam comprometer a eficiente prestação dos SERVIÇOS e cumprimento de suas metas legais**, o ENTE REGULADOR instaurará procedimento administrativo com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas relativas às medidas sancionatórias, com eventual comunicação ao PODER CONCEDENTE para declaração de caducidade da CONCESSÃO, quando for o caso, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa pela CONCESSIONÁRIA.

É possível observar que não há definição de quantos períodos consecutivos ou alternados seriam capazes de ensejar a caducidade do contrato. Desse modo, fica evidente a falta de objetividade do que é considerado "descumprimento reiterado" do atingimento das metas, e mostra a necessidade de se dispor esses critérios de maneira concreta. (grifo do autor).

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

No que tange a esse tópico, a Representação trouxe os seguintes argumentos:

O edital não é objetivo quanto aos critérios que ensejam a caducidade do contrato em caso de descumprimento de metas.

[...] verifica-se, **no item 29.8** do mesmo documento, colacionado a seguir, a

ausência de previsão adequada da caducidade em caso de **reiterados descumprimentos** dos indicadores e metas contratuais.

É possível observar que não há definição de quantos períodos consecutivos ou alternados seriam capazes de ensejar a caducidade do contrato.

[...] fica evidente a **falta de objetividade do que é considerado “descumprimento reiterado”** do atingimento de metas.

Inicialmente, importa anotar que, ao longo de todo o edital foram minimamente estabelecidas **sanções** administrativas passíveis de serem aplicadas à futura concessionária em caso de descumprimento de metas e obrigações, bem como **gradação** das sanções e as **condutas** suscetíveis à punição administrativa.

Perceba-se em alguns recortes do Edital, abaixo colacionados, a definição das penalidades e suas limitações (alcance):

25. DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS.

4.1. A infração do LICITANTE quanto as regras estabelecidas neste EDITAL ou na legislação permitirá a aplicação das seguintes sanções:

- a) Advertência, que será aplicada sempre por escrito;
- b) Multa;
- c) Suspensão temporária do direito de licitar;
- d) Indenização ao PODER CONCEDENTE da diferença de custo para contratação de outro LICITANTE; e
- e) Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública.

4.2. As sanções previstas no Item anterior poderão ser aplicadas cumulativamente, de acordo com a gravidade da infração, assegurada ampla defesa ao LICITANTE.

Da minuta de contrato anexa ao edital, extrai-se [além de outras cláusulas que tratam do tema], as seguintes penalidades e critérios de avaliação:

CAPÍTULO XII – DAS SANÇÕES E PENALIDADES

APLICÁVEIS ÀS PARTES

CLÁUSULA 36ª – Das Sanções Administrativas

36.1 Caberá ao ENTE REGULADOR a aplicação de penalidades à CONCESSIONÁRIA por descumprimento total ou parcial de quaisquer condições ou obrigações decorrentes deste CONTRATO e do EDITAL de LICITAÇÃO, com gradação em função da natureza da infração, assegurada a ampla defesa e contraditório, nos termos da legislação aplicável.

36.2 A falta de cumprimento, por parte da CONCESSIONÁRIA, de qualquer Cláusula ou condição deste CONTRATO, do EDITAL de LICITAÇÃO e demais normas da legislação e regulamentação aplicáveis, ensejará a aplicação, pelo ENTE REGULADOR, das seguintes penalidades, isolada ou cumulativamente:

- a) Advertência formal, por escrito, a versar sobre o descumprimento de obrigações assumidas que não justifiquem a aplicação de outra sanção prevista no CONTRATO, que será formulada junto à determinação de adoção das medidas necessárias de correção no prazo estabelecido;

- b) Multa indenizatória de 20,00% (vinte por cento) do VALOR DO CONTRATO, na hipótese de rescisão deste CONTRATO, por qualquer razão, em decorrência de culpa da CONCESSIONÁRIA no cumprimento de suas obrigações;
- c) Multa de até 0,10% (um décimo por cento) ao dia por descumprimento de qualquer obrigação do CONTRATO que não tenha penalidade específica, calculada sobre o valor da arrecadação da CONCESSIONÁRIA no mês de ocorrência da infração;
- d) Suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração Pública por prazo não superior a 02 (dois) anos;
- e) Declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação, na forma da lei, perante o ENTE REGULADOR, que será concedida sempre que forem ressarcidos os prejuízos evidenciados e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base na alínea “c”, anterior; e
- f) Declaração de caducidade do CONTRATO.

36.30 ENTE REGULADOR, na definição e dosimetria das penalidades correspondentes, observará os seguintes parâmetros, com vistas a assegurar a efetividade e a proporcionalidade da medida:

- a) A natureza e a gravidade da infração, sendo que o não cumprimento dos prazos fixados no Cronograma da CONCESSÃO será considerado como uma infração de natureza grave;
- b) Os danos resultantes ao CONTRATO, à segurança pública, ao meio ambiente, aos USUÁRIOS e ao PODER CONCEDENTE;
- c) A vantagem auferida pela CONCESSIONÁRIA em virtude da infração
- d) As circunstâncias gerais agravantes e atenuantes, dentre as quais a reincidência e a boa ou a má-fé da CONCESSIONÁRIA, na prática da infração;
- e) A situação econômico-financeira da CONCESSIONÁRIA, em especial a sua capacidade de honrar compromissos financeiros, gerar receitas e manter a execução do CONTRATO;
- f) Os antecedentes da CONCESSIONÁRIA; e
- g) A proporcionalidade entre a gravidade da falta e a intensidade da sanção, inclusive quanto ao número de USUÁRIOS atingidos e o prolongamento, no tempo, da situação que caracterizou a infração.

36.4 A gradação das sanções aplicáveis pelo ENTE REGULADOR em face da CONCESSIONÁRIA observará as seguintes escalas:

- a) A infração será considerada leve quando decorrer de condutas involuntárias ou escusáveis da CONCESSIONÁRIA e da qual ela não se beneficie;
- b) A infração será considerada de média gravidade quando decorrer de conduta inescusável, mas que não traga para a CONCESSIONÁRIA qualquer benefício ou proveito; e
- c) A infração será considerada grave, podendo ser aplicada a penalidade pelo seu valor máximo previsto, quando o PODER CONCEDENTE constatar presente um dos seguintes fatores: (c.1) ter a CONCESSIONÁRIA agido com má-fé; (c.2) da infração decorrer benefício direto ou indireto para a CONCESSIONÁRIA; ou (c.3) a CONCESSIONÁRIA for reincidente na infração.

Nota-se que, para delimitação das sanções administrativas, bem como o seu modo de aplicação, foram observadas, em sua essência, as disposições de Lei de Licitações e Contratos Administrativos [Lei 14.133/2021]:

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida;

II - as peculiaridades do caso concreto;

III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Especificamente sobre a **declaração de caducidade** do contrato, o edital [minuta contratual anexa], prevê:

CLÁUSULA 45ª – Da Caducidade

45.1 O PODER CONCEDENTE poderá promover a decretação da caducidade da CONCESSÃO, com o objetivo de garantir a continuidade de operação dos SERVIÇOS, nos seguintes casos, além daqueles enumerados pela Lei Federal nº 8.987/1995:

a) **Os SERVIÇOS estiverem sendo prestados de forma inadequada ou deficiente**, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidos nos Anexos ao CONTRATO;

b) **A CONCESSIONÁRIA descumprir reiteradamente cláusulas contratuais** ou disposições legais ou regulamentares concernentes à CONCESSÃO;

c) Ocorrer **desvio** da CONCESSIONÁRIA **de seu objeto social**;

d) Houver alteração do controle acionário da CONCESSIONÁRIA, **sem a prévia e expressa aprovação**, consoante o disposto neste CONTRATO;

e) A CONCESSIONÁRIA **paralisar** os SERVIÇOS ou **concorrer** para tanto, **perder ou comprometer** as condições econômicas, financeiras, técnicas ou operacionais necessárias à prestação adequada dos SERVIÇOS;

f) A CONCESSIONÁRIA **não mantiver a integridade da garantia** prevista na CLÁUSULA 32ª – DA GARANTIA DE EXECUÇÃO DO CONTRATO deste CONTRATO;

g) A CONCESSIONÁRIA **descumprir a obrigação de contratar e manter em plena vigência as apólices de seguro**, nos termos estabelecidos no presente CONTRATO;

h) **A CONCESSIONÁRIA não cumprir as penalidades impostas por infrações**,

nos devidos prazos;

i) A CONCESSIONÁRIA **não atender a intimação do PODER CONCEDENTE** no sentido de regularizar a prestação dos SERVIÇOS; ou

j) A CONCESSIONÁRIA for **condenada em sentença transitada em julgado por sonegação de tributos**, inclusive contribuições sociais.

45.2 A decretação da caducidade da CONCESSÃO deverá ser precedida da verificação da inadimplência da CONCESSIONÁRIA em processo administrativo perante o ENTE REGULADOR, assegurado o direito de ampla defesa e ao contraditório.

45.3 Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à CONCESSIONÁRIA, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no Item 45.1, acima, dando-se um prazo razoável de acordo com a especificidade de cada situação, para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento nos termos contratuais.

45.4 Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

45.5 A decretação da caducidade não acarretará, para o PODER CONCEDENTE, qualquer espécie de responsabilidade em relação a ônus, encargos, obrigações ou compromissos com terceiros assumidos pela CONCESSIONÁRIA, notadamente em relação a obrigações de natureza trabalhista, tributária e previdenciária.

Constata-se, portanto, que todas as regras que compõem o edital, no que tange aos critérios para a declaração da caducidade, também encontram-se previstas na lei de regência, qual seja, a Lei 8.987/95, que assim, determina:

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.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em

180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Assim, embora a Representante afirme a ausência de critérios que ensejem a caducidade do contrato em caso de descumprimento de metas, tal argumento não pode prosperar, tendo em vista que, para a elaboração das cláusulas questionadas, o edital observou os estritos limites das leis que regem a licitação/concessão em tela.

Quanto à expressão “descumprimento reiterado” contida na cláusula 29.8, registra-se que o edital, bem como as palavras nele inseridas, não devem ser analisadas de forma isolada, não podendo se olvidar, ainda, das normas que tratam do tema e que complementam o entendimento das disposições editalícias.

Explica-se: como se sabe, em razão da essencialidade dos serviços objeto da licitação, a Lei 14.026/2020 [que atualiza o Marco Legal do Saneamento Básico] definiu os objetivos a serem alcançados pelas concessionárias na prestação dos serviços públicos de saneamento básico.

Veja-se:

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir **metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033**, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

[...]

§ 7º No caso do não atingimento das metas, nos termos deste artigo, deverá ser iniciado procedimento administrativo pela agência reguladora com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas, incluídas medidas sancionatórias, com eventual declaração de caducidade da concessão, assegurado o direito à ampla defesa.

Portanto, as metas previstas nos contratos deverão ser integralmente observadas/cumpridas, sob pena de aplicação do §7º, art. 11-B, da Lei 14.026/2020.

Nada obstante, atentando-se para a complexidade do serviço, o edital previu que o descumprimento só daria ensejo a abertura de procedimento administrativo **acaso compromettesse** a eficiente prestação dos serviços e o cumprimento de suas metas **legais**.

Apesar de entender o raciocínio de que uma definição mais objetiva do número de reiterações evita interpretações diversas acerca da execução e do cumprimento do contrato, a evitar possíveis conflitos, o grau de complexidade e de diversidade de metas e indicadores são tão elevados que uma definição **única e inflexível** do número de reiterações que possam ensejar abertura de processo de caducidade pode não representar a forma mais eficiente de fiscalização contratual.

Isso se dá porque alguns tipos de descumprimentos, mesmo que reiterados, podem não ter uma dimensão ou não representar um impacto tão grande na qualidade do serviço ou no alcance das metas macros, no entanto, outros tipos de descumprimentos podem, com apenas uma reiteração, ter impacto significativo, impondo-se a abertura do respectivo procedimento de caducidade.

Observa-se, assim, a impossibilidade prática de se estabelecer, **previamente**, períodos ou quantidade de metas descumpridas para fins de instauração do procedimento

administrativo de caducidade, **tendo em vista que o fator preponderante é o comprometimento da eficiente prestação dos serviços**, o que só poderá ser sopesado no caso concreto.

Tais disposições não têm o condão de subjetivar a análise ou, tampouco, causar insegurança jurídica quando da execução contratual, tendo em vista que as leis de regência, quais sejam, Lei 14.026/2020 e Lei 8.987/95, são rígidas no sentido de ser **facultado** ao Poder Concedente, a instauração de procedimento administrativo em caso de descumprimento de **qualquer** obrigação contratual – art. 38, caput c/c art. art. 38, §1º, II, ambos da Lei 8.987/95, acima transcrito.

Para além disso, não se pode ignorar a obrigação legal referente ao oferecimento do contraditório e ampla defesa, oportunidade em que a concessionária executora dos serviços justificarão o eventual descumprimento de metas e/ou indicadores, devendo qualquer decisão do Poder Concedente ser fundamentada e publicada, o que não deixa azo para arbitrariedades.

Desse modo, não merece prosperar as alegações da Representante no que concerne a suposta ausência de objetividade e cristalinidade das sanções delimitadas no edital, a qual observou os estritos limites das leis que regulam o certame.

Todavia, na busca de contínua melhoria do procedimento licitatório e de resoluções que tragam mais celeridade e eficiência para o alcance de uma prestação de serviço de qualidade à população, o Cidennf, até futura republicação do certame, reavaliará uma melhor maneira de definição objetiva para os casos de descumprimento reiterado para o atingimento das metas. (grifo do autor).

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peca 33

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que o Edital e a minuta contratual anexa preveem as seguintes sanções contratuais: advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação, declaração de inidoneidade e declaração de caducidade (conforme LF n.º 14.133/2021 e LF n.º 8.987/1995).

Entretanto, o Edital e seus anexos não apresentam vinculações claras entre o sistema sancionatório e os indicadores de desempenho previstos no “ANEXO V – TERMO DE REFERÊNCIA”, definidos como “indicadores de metas quantitativas, qualitativas, eficiência na prestação dos SERVIÇOS e no atendimento dos USUÁRIOS e nível de cortesia e de qualidade percebida pelos USUÁRIOS”.

Não existe, por exemplo, uma previsão de gradação sancionatória de acordo com a nota obtida pela concessionária para cada indicador de desempenho aferido. A vinculação entre a sanção e a nota de cada indicador deve ser realizada para todos os tipos de sanções contratuais previstas, inclusive para a declaração de caducidade.

A previsão clara e adequada de sanções em caso de descumprimento do metas retiraria a subjetividade dos critérios de aplicação de penalidade previstos certame. Conforme mencionado pela representante, fica evidente a falta de objetividade do que é considerado “descumprimento reiterado” do atingimento das metas para fins de ensejar a caducidade do contrato, por exemplo.

Dessa forma, o sistema sancionatório deveria ser revisado, tanto no Edital quanto na Minuta do Contrato, de modo que sejam previstas, de forma clara e objetiva, as

sanções contratuais a serem aplicadas nos casos de descumprimento total ou parcial das metas previstas para cada indicador de desempenho aferido de acordo com o ANEXO V.

Conclusão:

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que o Edital não foi retificado com previsão clara e adequada de sanções em caso de descumprimento de metas.

Peça 48

Na primeira manifestação do Cidennf em relação a essa irregularidade (peça 22), o Consórcio mencionou que, até futura republicação do certame, reavaliaria uma melhor maneira de definição objetiva para os casos de descumprimento reiterado para o atingimento das metas.

Por isso, serão analisados os novos esclarecimentos prestados no Doc TCE-RJ nº 5.502-7/24 (peças 36 a 40) em relação a essa irregularidade.

[...]

Conforme apontado pela Representante, a impropriedade em questão foi identificada a partir da análise dos itens 36.7 "b" e 29.8 da minuta contratual.

Comparando-se o texto do Edital publicado (peça 3) com o da Minuta do Edital a ser republicado (peça 39), não foram verificadas alterações nos itens da minuta contratual relacionados a essa irregularidade, conforme evidenciado nos quadros a seguir:

1-Item 36.7 "b" da minuta contratual:

Edital publicado (peça 3 – pág. 291)	Minuta do Edital a ser republicado (peça 39 – pág. 293)
36.7 Sem prejuízo das demais sanções de multa ou parâmetros para tais <u>sanções estabelecidos</u> na regulamentação, a CONCESSIONÁRIA se sujeitará às seguintes multas: b) Por atraso injustificado no cumprimento de metas anuais de universalização dos SERVIÇOS ou dos INDICADORES DE DESEMPENHO, multa, por infração, de 1,00% (um por cento) até 2,00% da arrecadação da CONCESSIONÁRIA no últimos 12 (doze) meses contados da ocorrência da infração;	36.7 Sem prejuízo das demais sanções de multa ou parâmetros para tais <u>sanções estabelecidos</u> na regulamentação, a CONCESSIONÁRIA se sujeitará às seguintes multas: b) Por atraso injustificado no cumprimento de metas anuais de universalização dos SERVIÇOS ou dos INDICADORES DE DESEMPENHO, multa, por infração, de 1,00% (um por cento) até 2,00% da arrecadação da CONCESSIONÁRIA no últimos 12 (doze) meses contados da ocorrência da infração;

2-Item 29.8 da minuta contratual:

Edital publicado (peça 3 – pág. 264)	Minuta do Edital a ser republicado (peça 39 – pág. 265)
29.8 Sem prejuízo de outras sanções previstas neste CONTRATO, os relatórios de verificação anual deverão ser analisados em cada REVISÃO ORDINÁRIA, <u>e em caso de descumprimento reiterados e que possam comprometer a eficiente prestação dos SERVIÇOS e cumprimento de suas metas legais</u> , o ENTE REGULADOR instaurará procedimento administrativo com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas relativas às medidas sancionatórias, com eventual comunicação ao PODER CONCEDENTE para declaração de caducidade da CONCESSÃO, quando for o caso, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa pela CONCESSIONÁRIA.	29.8 Sem prejuízo de outras sanções previstas neste CONTRATO, os relatórios de verificação anual deverão ser analisados em cada REVISÃO ORDINÁRIA, <u>e em caso de descumprimento reiterados e que possam comprometer a eficiente prestação dos SERVIÇOS e cumprimento de suas metas legais</u> , o ENTE REGULADOR instaurará procedimento administrativo com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas relativas às medidas sancionatórias, com eventual comunicação ao PODER CONCEDENTE para declaração de caducidade da CONCESSÃO, quando for o caso, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa pela CONCESSIONÁRIA.

Como os novos esclarecimentos prestados no Doc TCE-RJ nº 5.502-7/24 (peças 36 a 40) não apresentam novos elementos relacionados à irregularidade em questão, mantém-se a conclusão emitida por esta Coordenadoria na instrução de 25.03.2024.

Conclusão (mantida a conclusão da instrução de 25.03.2024):

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que o Edital não foi retificado com previsão clara e adequada de sanções em caso de descumprimento de metas. (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme alegado em sua inicial (peça 11), o Representante argumenta que o Edital de Concorrência nº 001/2023 do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, não prevê de forma clara e objetiva as sanções a serem aplicadas à Concessionária em caso de descumprimento de metas.

Em razão da suposta irregularidade, o Representante alega que não existe previsão adequada para aplicabilidade de sanções em caso de reiterados descumprimentos dos indicadores de desempenho. Além disso, alega que essa ausência poderá resultar em insegurança jurídica na execução contratual e em dispendiosas disputas judiciais.

O cerne desta suposta irregularidade reside no **item 29.8 da minuta contratual** que, de acordo com o Representante, carece de definição quanto ao número de períodos consecutivos ou alternados capazes de ensejar a caducidade do contrato. Vejamos:

29.8 Sem prejuízo de outras sanções previstas neste CONTRATO, os relatórios de verificação anual deverão ser analisados em cada REVISÃO ORDINÁRIA, e em caso de descumprimento reiterados e que possam comprometer a eficiente prestação dos SERVIÇOS e cumprimento de suas metas legais, o ENTE REGULADOR instaurará procedimento administrativo com o objetivo de avaliar as ações a serem adotadas relativas às medidas sancionatórias, com eventual comunicação ao PODER CONCEDENTE para declaração de caducidade da CONCESSÃO, quando for o caso, assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa pela CONCESSIONÁRIA.

Neste sentido, o **Jurisdicionado aponta em sua justificativa (peça 22) que as alegações do Representante** quanto a este item **não merecem prosperar**, pois afirma que, na presente publicação, observou os estritos limites das leis que regulam o certame. **Entretanto, afirma que, até a futura republicação do certame, reavaliará uma melhor maneira de definir objetivamente para os casos de descumprimento reiterado ao atingimento de metas.**

Nesse sentido, o plenário do Tribunal de Contas da União emitiu o Acórdão nº 536/2011⁹:

Enunciado: Devem ser previstas claramente no edital da licitação, e no contrato decorrente, as situações que ensejarão a aplicação de sanções e a respectiva gradação, de acordo com o potencial de lesão que poderá advir de cada conduta a ser apenada.

À vista disso, e após verificar a minuta do contrato anexada aos autos (peça 39), coaduno com a nobre CAD-Desestatização, de que não ocorreram modificações nos itens da minuta contratual que pudessem sanar a irregularidade.

Sendo assim, diante do exposto, verifico que conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo insuficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

⁹ https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A536%2520ANOACORDAO%253A2011%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0, acesso em 13.06.24

Irregularidade 8: Ausência de periodicidade na verificação do indicador de nível de cortesia e de qualidade percebida pelos usuários

Item Questionado (peça 11):

O item 8 do Anexo V - Termo de Referência do Edital expõe os indicadores de metas quantitativas e qualitativas para cada município e os indicadores gerenciais. Dentre os indicadores gerenciais, o item 8.2 aborda o Indicador de Nível de Cortesia e de Qualidade Percebida Pelos Usuários na Prestação dos Serviços. Para esse indicador, não há uma periodicidade em que será verificado o resultado obtido pela concessionária

O item 8.2 do Anexo V estabelece que “a verificação dos resultados obtidos pela concessionária será feita regularmente, através de uma pesquisa de opinião realizada por verificador independente”. Dessa maneira, o termo “regularmente” não torna possível inferir com que periodicidade a pesquisa de opinião será realizada para verificar o resultado alcançado pela concessionária.

Portanto, mostra-se evidente a necessidade de se definir a periodicidade com que será feita a aferição dos níveis do Indicador de Nível de Cortesia e de Qualidade Percebida Pelos Usuários na Prestação dos Serviços.

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

O ANEXO VI – MINUTA DO CONTRATO DE CONCESSÃO, em seus Itens 13.1, alínea “o”, e no Item 14.1, alínea “l”, atribui à concessionária e à agência reguladora, respectivamente, a realização de pesquisa de satisfação dos usuários e seu respectivo custeio.

No Item 29.4, estabelece que Verificador Independente poderá auxiliar na verificação dos resultados obtidos pela CONCESSIONÁRIA no que se refere aos indicadores de nível de cortesia e de qualidade percebida pelos USUÁRIOS na prestação dos SERVIÇOS, através de uma pesquisa de opinião com os USUÁRIOS.

Assim, a não definição contratual de periodicidade de análise dos indicadores de nível de cortesia e de qualidade percebida pelos USUÁRIOS, nos termos do item 8.2 Anexo V, se deu pela compreensão de que, sendo essa uma atribuição do ente regulador, a percepção de qual é a melhor periodicidade poderia ser feita de acordo com cada fase e momento contratual, de maneira que uma definição contratual inflexível pode não abranger a dinâmica necessária do serviço complexo.

Todavia, na busca de contínua melhoria do procedimento licitatório e de resoluções que tragam mais celeridade e eficiência para o alcance de uma prestação de serviço de qualidade à população, o CIDENNF, até futura republicação do certame, reavaliará a definição de periodicidade estipulada contratualmente para realização da pesquisa de opinião e análise dos indicadores de nível de cortesia e de qualidade percebida pelos USUÁRIOS.

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peca 33

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que a irregularidade apontada pela Representante persiste no certame. Há necessidade de se definir a periodicidade com que será feita a aferição dos níveis do “Indicador de Nível de Cortesia e de Qualidade Percebida Pelos Usuários na Prestação dos Serviços”, sem deixar a escolha do momento de aferição a livre arbítrio do ente regulador.

A definição da periodicidade em questão deve ser realizada no Edital, em atenção aos princípios do interesse público, do planejamento, da transparência e da segurança jurídica, todos previstos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei Federal nº 14.133/2021).

Conclusão:

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que o Edital não foi retificado com definição da periodicidade na verificação do indicador de nível de cortesia e de qualidade percebida pelos usuários.

Peca 48

Na primeira manifestação do Cidennf em relação a essa irregularidade (peça 22), o Consórcio mencionou que, até futura republicação do certame, reavaliaria a definição de periodicidade estipulada contratualmente para realização da pesquisa de opinião e análise dos indicadores de nível de cortesia e de qualidade percebida pelos USUÁRIOS.

Por isso, serão analisados os novos esclarecimentos prestados no Doc TCE-RJ nº 5.502-7/24 (peças 36 a 40) em relação a essa irregularidade.

[...]

Conforme apontado pela Representante (peça 11), a impropriedade em questão foi identificada a partir da análise do item 8.2 do ANEXO V - Termo de Referência.

Comparando-se o texto do Edital publicado (peça 3) com o da Minuta do Edital a ser republicado (peça 39), verifica-se a seguinte alteração no mencionado item:

Edital publicado (peça 3 – pág. 206)	Minuta do Edital a ser republicado (peça 39 – pág. 206)
8.2. INDICADOR DE NÍVEL DE CORTESIA E DE QUALIDADE PERCEBIDA PELOS USUÁRIOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. A verificação dos resultados obtidos pela CONCESSIONÁRIA será feita <u>regularmente</u> , através de uma pesquisa de opinião realizada por verificador independente (...)	8.2. INDICADOR DE NÍVEL DE CORTESIA E DE QUALIDADE PERCEBIDA PELOS USUÁRIOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. A verificação dos resultados obtidos pela CONCESSIONÁRIA será feita <u>regularmente</u> , através de uma pesquisa de opinião realizada, no mínimo a cada 2 (dois) anos , por verificador independente

Conforme evidenciado pela Representante (peça 11), o Edital publicado deveria definir a periodicidade com que será feita a aferição dos níveis do “Indicador de Nível de Cortesia e de Qualidade Percebida Pelos Usuários na Prestação dos Serviços”.

Na Minuta do Edital a ser republicado (peça 39), menciona-se que a pesquisa de opinião deve ser realizada regularmente, no mínimo a cada 2 (dois) anos.

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que o termo “no mínimo a cada 2 (dois) anos” não é capaz de definir adequadamente a periodicidade de verificação do Indicador em questão. Isso, porque estabelece que a pesquisa de opinião não pode ser realizada com periodicidade menor do que 2 anos, mas apenas com periodicidade maior ou igual a 2 anos. Nesse sentido, seria possível realizar a verificação do Indicador apenas a cada 10 ou 15 anos, por exemplo.

Cabe ressaltar que a impropriedade em questão seria sanada caso o texto do Edital, no item 8.2 do Anexo V, fixasse a periodicidade da pesquisa de opinião (por exemplo, anualmente ou a cada dois anos) ou, pelo menos, definisse limites mínimos e máximos para periodicidade (por exemplo, no mínimo anualmente e no máximo a cada 2 anos).

Conclusão (mantida a conclusão da instrução de 25.03.2024):

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que o Edital não foi retificado com definição da periodicidade na verificação do indicador de nível de cortesia e de qualidade percebida pelos usuários. (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme aludido em sua inicial (peça 11), o Representante aduz que, no Edital de Concorrência nº 001/2023 do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, há ausência de periodicidade na verificação do indicador de nível de cortesia e de qualidade percebida pelos usuários. Com justificativa, o Representante apresenta o texto do **item 8.2 do Anexo V**, vejamos:

8.2. INDICADOR DE NÍVEL DE CORTESIA E DE QUALIDADE PERCEBIDA PELOS USUÁRIOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS.

A verificação dos resultados obtidos pela CONCESSIONÁRIA será feita regularmente, através de uma pesquisa de opinião realizada por verificador independente, que poderá ser contratado pelo ente regulador e com o custeio a cargo da CONCESSIONÁRIA. (grifo nosso).

Acontece que, conforme também analisado pela proeminente CAD-Desestatização, a utilização do termo “... será feita regularmente ...”, não torna possível identificar qual periodicidade ocorrerá a verificação dos níveis de cortesia e qualidade dos resultados obtidos pela concessionária.

Neste sentido, o Jurisdicionado aponta em sua justificativa (peça 22) que essa atribuição caberia ao ente regulador, pelo qual verificaria a melhor periodicidade a ser realizada

a análise dos resultados obtidos. **Entretanto, afirma que até a futura republicação do certame**, reavaliará a definição de periodicidade estipulada contratualmente para realização da pesquisa de opinião e análise dos indicadores de nível de cortesia e de qualidade percebida pelos USUÁRIOS.

À vista disso, e após verificar a minuta do contrato anexada aos autos (peça 39), coaduno com a nobre CAD-Desestatização, de que com o novo texto, não ocorreram modificações nos itens da minuta contratual que pudessem sanar a irregularidade. Vejamos:

8.2. INDICADOR DE NÍVEL DE CORTESIA E DE QUALIDADE PERCEBIDA PELOS USUÁRIOS NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. A verificação dos resultados obtidos pela CONCESSIONÁRIA será feita regularmente, através de uma pesquisa de opinião **realizada, no mínimo a cada 2 (dois) anos**, por verificador independente, que poderá ser contratado pelo ente regulador e com o custeio a cargo da CONCESSIONÁRIA. (grifo nosso).

Logo, o que se observa é que **o texto aplicado ao item 8.2 da nova minuta**, não delimita um prazo para verificação dos resultados, apenas **aponta o prazo mínimo de 2 (dois) anos para realização da pesquisa, persistindo ainda a necessidade de se definir a periodicidade** com que será feita a aferição dos níveis do Indicador de Nível de Cortesia e de Qualidade Percebida Pelos Usuários na Prestação dos Serviços.

Sendo assim, diante de todo o exposto, verifico que conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo insuficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

Irregularidade 9: Estabelecimento das metas em desacordo com o marco legal de saneamento básico

Item Questionado (peça 11):

A gradação de atingimento metas quantitativas, dispostas no item 8 do anexo V Edital, está em desacordo com as metas estabelecidas no Marco Legal do Saneamento.

Inicialmente, cabe destacar que o Edital define o prazo da concessão de prazo de 35 (trinta e cinco) anos a partir da efetiva assunção dos serviços pela concessionária em

todos os municípios consorciados. A licitação está agendada para 16 de janeiro de 2024. Considerando que o contrato seja assinado ainda no ano de 2024 e que também neste ano seja efetuada a assunção dos serviços pela concessionária em todos os municípios consorciados, o primeiro ano da concessão seria considerado em 2024.

Quanto às metas quantitativas, a título de exemplo, observando a tabela abaixo do município de Bom Jesus de Itabapoana, destaca-se o ano 10, em que o Edital adota como cumprimento da meta de universalização do atendimento de 99% da população com água potável.

Indicadores de Metas Quantitativas BOM JESUS DE ITABAPOANA				
Ano da Concessão	População		Metas de atendimento do SAA	
	Total (hab)	Urbana (hab)	Cobertura (%)	Perdas (%)
1	37.692	31.855	87,86%	55,18%
2	37.870	32.005	88,36%	52,68%
3	38.037	32.146	88,86%	49,18%
4	38.194	32.279	89,86%	45,68%
5	38.340	32.403	90,86%	42,18%
6	38.476	32.517	91,86%	38,18%
7	38.601	32.623	93,86%	34,18%
8	38.716	32.720	95,86%	30,18%
9	38.820	32.808	97,86%	26,18%
10	38.914	32.887	99,00%	25,00%
11	38.997	32.957	99,00%	25,00%
12	39.069	33.019	99,00%	25,00%
13	39.131	33.071	99,00%	25,00%
14	39.183	33.115	99,00%	25,00%

No entanto, conforme mencionado anteriormente, se considerarmos o ano 1 da concessão em 2024, o décimo ano será 2034. Portanto, pode-se concluir que as metas de universalização, tanto de atendimento de água potável quanto coleta e tratamento de esgotos e de redução de perdas, estão em desacordo com o Art. 11-B do Marco Legal do Saneamento (LF n.º 11.445/2007), que estabelece (grifo nosso):

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos **até 31 de dezembro de 2033**, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

Conclui-se que o Marco Legal do Saneamento estabelece a universalização em 2023 e a maneira que o Edital dispõe a respeito dos anos das metas conclui-se que a universalização se dá no décimo ano da concessão, que pode corresponder a ano posterior a data prevista pelo Marco.

Se for considerado que o procedimento licitatório e a assunção dos serviços pela concessionária em todos os municípios consorciados ocorrem em 2024 e a tabela das metas considerando a conclusão de cada ano, o atingimento das metas, contrariando a legislação, estaria previsto para se concretizar em 2034.



Caso a tabela das metas não considere a conclusão de cada ano, mas corresponda aos anos em que os eventos ocorram, os anos das metas possivelmente estariam de acordo com a tabela abaixo:

1	2024
2	2025
3	2026
4	2027
5	2028
6	2029
7	2030
8	2031
9	2032
10	2033

No entanto, como há possibilidade de o procedimento licitatório ou a assunção dos serviços pela concessionária em todos os municípios consorciados se concretizar em ano posterior a 2024, as metas ficariam em desacordo com o Marco Legal do Saneamento. Portanto, todas as metas quantitativas devem ser ajustadas para se adequarem ao prazo da legislação pertinente. (grifo do autor).

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

O Edital e anexos que o compõe estabelecem o cumprimento das metas de universalização conforme os ditames da Lei Federal nº 11.445/2007, em seu artigo 11-B, com redação alterada pela Lei Federal nº 14.026/2020, que estabelece a data limite de 31 de dezembro de 2033.

Seguem transcrições dos dispositivos editalícios:

Edital

18.3 A PROPOSTA TÉCNICA deverá abranger todo o PRAZO da CONCESSÃO, **considerando como metas de universalização garantir, até o dia 31/12/2033, o acesso à água por, pelo menos, 99,00% (noventa e nove por cento) da população da ÁREA DE CONCESSÃO, bem como que 90,00% (noventa por cento) da população da ÁREA DE CONCESSÃO**, no mínimo, conte com a coleta, tratamento e correta destinação de esgoto, em respeito ao limite de metas de 31/12/2033, estabelecido pela Lei Federal nº 11.445/2007. Seu conteúdo deve conter as especificações e quantidades relativas a cada SERVIÇO específico envolvido na LICITAÇÃO.

(...)

19.17. Caberá à CONCESSIONÁRIA realizar todos os investimentos necessários à operação dos SISTEMAS, considerando a demanda populacional, **as metas de universalização estabelecidas**, bem como todos os impostos, taxas e despesas necessárias para o cumprimento das metas contratuais.

Esclarece-se, portanto, que no edital o ano de 2024 é considerado como ano 1 (um) da Concessão, de modo que o ano 10 incidirá no ano de 2033, sendo este o deadline estabelecido no Marco Legal para a universalização dos sistemas de abastecimento de água e coleta de esgotamento sanitário, com coberturas estipuladas em 99,00% e 90,00%, respectivamente.

Nesse sentido, importante ressaltar que, como ainda não há definição do termo inicial de vigência do Contrato de Concessão, esse pode ser iniciado de forma que a contagem anual das tabelas dos indicadores de metas quantitativas não finalize dentro do prazo legal de universalização.

Entretanto, considerando todas as regras editalícias, não há risco de desrespeito a meta do novo marco legal do saneamento, visto que as propostas a serem apresentadas pelos licitantes têm como critério de aceitação indicar o cumprimento das metas de universalização, conforme a limitação imposta pela legislação aplicável ao tema, ou seja, o ano de 2033.

Todavia, na busca de contínua melhoria do procedimento licitatório e de resoluções que tragam mais celeridade e eficiência para o alcance de uma prestação de serviço de qualidade à população, o CIDENNF, até futura republicação do certame, reavaliará todas as tabelas que constam metas quantitativas que se atrelam aos prazos legais de universalização para que não haja margem de dúvida sobre a necessidade de respeito ao cumprimento dos prazos até 31 de dezembro de 2033. (grifo do autor).

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peça 33

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se as metas estabelecidas pelo Anexo V do Edital apenas estarão de acordo com o Marco Legal do Saneamento Básico caso o “ano 10 da concessão” coincida com o ano de 2033. Para isso, o “ano 1 da concessão” deve coincidir com o ano de 2024.

Conforme alegado pela representante, como há possibilidade de o procedimento licitatório ou a assunção dos serviços pela concessionária em todos os municípios consorciados se concretizar em ano posterior a 2024, as metas do Anexo V ficariam em desacordo com o Marco Legal do Saneamento.

Cabe salientar que alguns dispositivos do Edital, como os subitens 18.3 e 19.17, estabelecem que a concessionária deve cumprir as metas do Marco Legal. Entretanto, o Anexo V explicita as metas quantitativas para cada ano e para cada Município, tanto para o Sistema de Abastecimento de Água quanto para o Sistema de Esgotamento Sanitário. Por isso, é essencial que todas as metas quantitativas do Anexo V estejam claramente em consonância com o prazo da legislação pertinente e com os demais dispositivos do Edital.

Conclusão:

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que o Edital não foi retificado com o estabelecimento das metas do Anexo V em conformidade com o Marco Legal do Saneamento Básico.

Peça 48

Na primeira manifestação do Cidennf em relação a essa irregularidade (peça 22), o Consórcio mencionou que, até futura republicação do certame, reavaliaria todas as tabelas em que constassem metas quantitativas atreladas aos prazos legais de universalização, para que não houvesse margem de dúvida sobre a necessidade de cumprimento dos prazos até 31 de dezembro de 2033.

Por isso, serão analisados os novos esclarecimentos prestados no Doc TCE-RJ nº 5.502-7/24 (peças 36 a 40) em relação a essa irregularidade.

[...]

Comparando-se o texto do Edital publicado (peça 3) com o da Minuta do Edital a ser republicado (peça 39), verificam-se as seguintes alterações nas tabelas do “ANEXO V – Termo de Referência”:

1-Alteração da tabela de Indicadores de Metas Quantitativas para o Sistema de Abastecimento de Água (Município de Bom Jesus de Itabapoana) – item 2.1.1 do Anexo V:

Edital publicado (peça 3 – pág. 150)

Indicadores de Metas Quantitativas BOM JESUS DE ITABAPOANA				
Ano da Concessão	População		Metas de atendimento do SAA	
	Total	Urbana	Cobertura	Perdas
	(hab)	(hab)	(%)	(%)
1	37.692	31.855	87,86%	55,18%
2	37.870	32.005	88,36%	52,68%
3	38.037	32.146	88,86%	49,18%
4	38.194	32.279	89,86%	45,68%
5	38.340	32.403	90,86%	42,18%
6	38.476	32.517	91,86%	38,18%
7	38.601	32.623	93,86%	34,18%
8	38.716	32.720	95,86%	30,18%
9	38.820	32.808	97,86%	26,18%
10	38.914	32.887	99,00%	25,00%

Minuta do Edital a ser republicado (peça 39 – pág. 159)

Indicadores de Metas Quantitativas BOM JESUS DE ITABAPOANA						
Ano da Concessão	Ano Calendário	População		Metas de atendimento do SAA		
		Total	Urbana	Cobertura	Perdas	Hidrometração
		(hab)	(hab)	(%)	(%)	(%)
1	2025	37.692	31.855	87,86%	55,18%	87,86%
2	2026	37.870	32.005	88,36%	52,68%	88,36%
3	2027	38.037	32.146	88,86%	49,18%	88,86%
4	2028	38.194	32.279	89,86%	45,68%	89,86%
5	2029	38.340	32.403	90,86%	42,18%	90,86%
6	2030	38.476	32.517	91,86%	38,18%	91,86%
7	2031	38.601	32.623	93,86%	34,18%	93,86%
8	2032	38.716	32.720	95,86%	30,18%	95,86%
9	2033	38.820	32.808	99,00%	25,00%	99,00%
10	2034	38.914	32.887	99,00%	25,00%	99,00%

2-Alteração da tabela de Indicadores de Metas Quantitativas para o Sistema de Esgotamento Sanitário (Município de Bom Jesus de Itabapoana) – item 2.2.1 do Anexo V:

Edital publicado (peça 3 – pág. 154)

Indicadores de Metas Quantitativas BOM JESUS DE ITABAPOANA				
Ano da Concessão	População		Metas de atendimento do SES	
	Total	Urbana	Atendida	Cobertura
	(hab)	(hab)	(hab)	(%)
1	37.692	31.855	26.098	81,93%
2	37.870	32.005	26.381	82,43%
3	38.037	32.146	26.819	83,43%
4	38.194	32.279	27.253	84,43%
5	38.340	32.403	27.681	85,43%
6	38.476	32.517	28.104	86,43%
7	38.601	32.623	28.522	87,43%
8	38.716	32.720	28.934	88,43%
9	38.820	32.808	29.340	89,43%
10	38.914	32.887	29.598	90,00%

Minuta do Edital a ser republicado (peça 39 – pág. 163)

Indicadores de Metas Quantitativas BOM JESUS DE ITABAPOANA						
Ano da Concessão	Ano Calendário	População		Metas de atendimento do SES		
		Total	Urbana	Atendida	Cobertura	Tratamento
		(hab)	(hab)	(hab)	(%)	(%)
1	2025	37.692	31.855	26.098	81,93%	0,00%
2	2026	37.870	32.005	26.381	82,43%	0,00%
3	2027	38.037	32.146	26.819	83,43%	99,00%
4	2028	38.194	32.279	27.253	84,43%	99,00%
5	2029	38.340	32.403	27.681	85,43%	99,00%
6	2030	38.476	32.517	28.104	86,43%	99,00%
7	2031	38.601	32.623	28.522	87,43%	99,00%
8	2032	38.716	32.720	28.934	88,43%	99,00%
9	2033	38.820	32.808	29.527	90,00%	99,00%
10	2034	38.914	32.887	29.598	90,00%	99,00%

Conforme evidenciado pela Representante (peça 11), as metas estabelecidas pelo Anexo V do Edital publicado (peça 3) apenas estarão de acordo com o Marco Legal do Saneamento Básico caso o “ano 10 da concessão” coincida com o ano de 2033. Para isso, o “ano 1 da concessão” deve coincidir com o ano de 2024.

Na Minuta do Edital a ser republicado (peça 39), verifica-se que o Consórcio acrescenta a coluna “Ano Calendário” nas tabelas de metas quantitativas, tanto para o Sistema de Abastecimento de Água quanto para o Sistema de Esgotamento Sanitário. Assim, o “ano 1 da concessão” é atribuído ao ano calendário de 2025; e o “ano 9 da concessão” é atribuído ao ano calendário de 2033. Além disso, verifica-se que as tabelas foram ajustadas de modo a cumprir o Marco Legal para a universalização dos sistemas de abastecimento de água e coleta de esgotamento sanitário, com coberturas estipuladas respectivamente em 99,00% e 90,00% no ano de 2033 (ano 9 da concessão).

Cabe salientar que, apesar de o exemplo apresentado acima referir-se ao Município de Bom Jesus de Itabapoana, na Minuta do Edital a ser republicado (peça 39), as tabelas de metas quantitativas do Anexo V foram ajustadas para todos os Municípios participantes do Consórcio, tanto para o Sistema de Abastecimento de Água quanto para o Sistema de Esgotamento Sanitário, conforme estabelecido pelo Marco Legal.

Desse modo, a partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que a irregularidade em questão será sanada caso o Edital seja republicado conforme a

Minuta do Edital apresentada (peça 39).

Conclusão (mantida a conclusão da instrução de 25.03.2024, ressaltando a adequação das alterações propostas pela Minuta do Edital apresentada):

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que o Edital não foi retificado com o estabelecimento das metas do Anexo V em conformidade com o Marco Legal do Saneamento Básico. Cabe salientar que a impropriedade será superada, caso o Edital seja republicado conforme a Minuta do Edital apresentada (peça 39). (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme consta em sua inicial (peça 11), o Representante alega que no Edital de Concorrência nº 001/2023 do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, a gradação de atingimento das metas quantitativas está em desacordo com o estabelecido no Marco Legal do Saneamento.

O Representante destaca que as metas de universalização, tanto de atendimento de água potável quanto coleta e tratamento de esgotos e de redução de perdas, estão em desacordo com o Art. 11-B do Marco Legal do Saneamento (Lei Federal n.º 11.445/07), que estabelece:

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento.

Acontece que de acordo com o Novo Marco do Saneamento, é estabelecido que as metas de que tratam o Art. 11-B da Lei Federal nº 11.445/07, devem ser alcançadas até o dia 31.12.33. Entretanto, como existe a possibilidade de o procedimento licitatório se concretizar após o ano de 2024, as metas previamente informadas pelo Jurisdicionado devem ser ajustadas para se adequarem ao prazo da legislação pertinente.

Neste sentido, o **Jurisdicionado aponta em sua justificativa** (peça 22) que, considerando todas as regras editalícias, não há risco de desrespeito a meta do novo marco legal do saneamento, visto que as propostas a serem apresentadas pelos licitantes têm como critério de aceitação indicar o cumprimento das metas de universalização, conforme a limitação imposta pela legislação aplicável ao tema, ou seja, o ano de 2033. Entretanto, afirma que até a futura

republicação do certame, reavaliará todas as tabelas que constam metas quantitativas que se atrelam aos prazos legais de universalização para que não haja margem de dúvida sobre a necessidade de respeito ao cumprimento dos prazos até 31.12.33.

À vista disso, e após verificar a minuta do Edital anexada aos autos (peça 39), coaduno com a nobre CAD-Desestatização, que **a irregularidade será superada quando o Edital for republicado conforme a minuta apresentada**.

Sendo assim, conforme análise realizada e sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo suficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item atendido**.

Irregularidade 10: Prazo contratual indeterminado

Item Questionado (peça 11):

Conforme disposto no tópico anterior, o item 7.1 do Edital estabelece que o prazo de 35 (trinta e cinco) anos se inicia a partir da efetiva assunção dos serviços pela concessionária em todos os municípios consorciados.

7.1. O PRAZO de vigência do CONTRATO compreende o somatório do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO e o prazo de 35 (trinta e cinco) anos a partir da efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA em todos os MUNICÍPIOS CONSORCIADOS.

O Edital define assunção da seguinte maneira:

ASSUNÇÃO: ocasião a partir de quando a CONCESSIONÁRIA assume a prestação dos SERVIÇOS em cada um dos MUNICÍPIOS CONSORCIADOS, formalizada pela assinatura do respectivo TERMO DE ENTREGA DOS BENS REVERSÍVEIS, e passa a ter direito a receber as TARIFAS cobradas dos USUÁRIOS;

Portanto, observa-se que o prazo contratual iniciaria apenas no momento da assunção em todos os 6 (seis) municípios consorciados. Assim, caso a concessionária assumira parte dos municípios, mas não a totalidade, o prazo contratual não será iniciado, o que possibilitará a concessionária prestar serviço em alguns municípios por mais de 35 anos, hipótese que configuraria a execução contratual por prazo indeterminado, o que é vedado legalmente.¹⁰

Isso demonstra um risco ao equilíbrio econômico-financeiro contratual, na medida em que o investimento a ser realizado pela concessionária se relaciona com o prazo que

¹⁰ Lei Federal nº 8.987/95, art. 2º, inciso II.

ela usufrui do recebimento das tarifas. Como há possibilidade de a concessionária realizar os investimentos previstos para os 35 anos e ao mesmo tempo estender o prazo de operação em alguns municípios, conclui-se que não há incentivo para que a concessionária assumira todos os municípios.

Desse modo, o Edital mostra-se silente a respeito de mecanismos que impossibilitem de prorrogação de assunção dos serviços pela concessionária por prazo indeterminado. Desse modo, mostra-se notável a necessidade de se estabelecer cláusula que solucione o problema apresentado.

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

As disposições editalícias estabelecem que o prazo de vigência do contrato compreende o somatório do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO e o prazo de 35 (trinta e cinco) anos, que se inicia a partir da efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA em todos os MUNICÍPIOS CONSORCIADOS. Vejamos:

Edital

1.1 Para fins deste EDITAL, de seus ANEXOS ou de qualquer outro documento que deva ser fornecido, os termos listados a seguir, quando empregados, no singular ou no plural, em letras maiúsculas, terão os significados definidos neste Item, salvo se do contexto resultar sentido claramente diverso.

(...)

PRAZO: o prazo de vigência do CONTRATO **compreende o somatório do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO e o prazo de 35 (trinta e cinco) anos** a partir da efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA em todos os MUNICÍPIOS CONSORCIADOS;

(...)

7.1 O PRAZO de vigência do CONTRATO compreende o somatório do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO e o prazo de 35 (trinta e cinco) anos a partir da efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA em todos os MUNICÍPIOS CONSORCIADOS.

A minuta do contrato de concessão traz a mesma definição, nos termos da cláusula 7ª, de forma a deixar claro que o período de transição compreende o período contratual, tendo em vista a existência de obrigações mútuas entre as partes, e que a contagem dos 35 (trinta e cinco) anos se inicia com o final do período de transição, concluindo-se pela assinatura dos termos de entrega dos bens reversíveis e a efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA.

No que diz respeito ao Período de Transferência da Operação, o edital é claro em definir, no item 31, que sua contagem se inicia a partir da data de emissão da ordem de serviço e terá duração de 90 (noventa) dias, durante os quais a futura concessionária exercerá a operação assistida dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário nos municípios consorciados, de forma conjunta com os atuais prestadores de serviços.

Durante o Período de Transferência da Operação estão estabelecidos prazos

intermediários para as atividades necessárias a total assunção dos serviços pela concessionária e, conforme estabelece o item 31.9, só há a possibilidade de prorrogação do período de transferência em razão de motivo devidamente justificado. Não obstante a isso, o item **31.10 do edital é expresso ao estabelecer que possível prorrogação não ensejará reequilíbrio econômico-financeiro, nem importará em alteração do prazo de contratual.**

Portanto, **o prazo contratual é expresso e claramente definido nas cláusulas editalícias, abrangendo os 90 (noventa) dias do período de transição mais os 35 (trinta e cinco) anos previstos no modelo econômico**, nos quais há recebimento de receita tarifária pela concessionária.

Ressalta-se, ainda, que o item 3.7 do edital é claro no sentido de que, no período de transferência, o(s) atual(is) prestador(es) dos SERVIÇOS continuará(ão) a prestá-los, bem como incumbe a ele(s) a cobrança dos valores devidos pelos USUÁRIOS. Portanto, **a concessionária só poderá aferir receita tarifária após a assunção completa do serviço**, no momento em que a viabilidade da concessão foi identificada com duração de prazo de 35 (trinta e cinco) anos.

Assim, enquanto não formalizada assunção dos serviços em todos os Municípios consorciados, não fará jus a futura concessionária ao recebimento da contraprestação tarifária, não fazendo sentido uma interpretação de que não há incentivo para a concessionária não assumir todos os municípios, pois é justamente a assunção completa que possibilitará o recebimento de receita por ela.

Ademais, este modelo foi formatado, justamente, na intenção de evitar a contagem de prazo de vigência diferente para operação em cada Município consorciado, unificando o prazo de 35 (trinta e cinco) anos para toda a operação nos termos do modelo econômico, tendo em vista ser um modelo regionalizado.

O referido formato é que, inclusive, assegura a impossibilidade de a futura concessionária prestar serviços em qualquer dos Municípios para além dos 35 (trinta e cinco) anos, sem olvidar do prazo de transferência (mais 90 dias), como já demonstrado.

Desse modo, o edital de Concorrência Pública nº 001/2023 não merece, neste ponto, reparo.

Todavia, na busca de contínua melhoria do procedimento licitatório e de resoluções que tragam mais celeridade e eficiência para o alcance de uma prestação de serviço de qualidade à população, o Cidennf, até futura republicação do certame, reavaliará normas editalícias que deixem ainda mais claro o prazo contratual. (grifo do autor).

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peca 33

A partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que, conforme subitens 1.1 e 7.1 do Edital, o prazo contratual foi estabelecido como o “o somatório do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO e o prazo de 35 (trinta e cinco) anos, que se inicia a partir da efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA em todos os MUNICÍPIOS CONSORCIADOS.”

Nesse sentido, não se inicia a contagem dos 35 anos de operação da concessionária enquanto não terminar o PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO em

todos os Municípios consorciados. Esse período de transferência se inicia a partir da data de emissão da ordem de serviço e terá duração máxima de 90 dias (item 31.2 do Edital). Além disso, cabe salientar que, durante o período de transferência, o atual prestador continuará a prestar os serviços, fazendo jus ao recebimento das tarifas (item 31.7 do Edital).

Assim, a concessionária somente poderá auferir receita tarifária após finalizados os períodos de transferência da operação em todos os Municípios consorciados, momento da assunção dos serviços, quando se iniciará a contagem do prazo de 35 anos.

Cabe reforçar que o Edital não abre a possibilidade de a concessionária assumir o serviço em apenas parte dos 6 (seis) Municípios consorciados. A assunção deve obrigatoriamente ocorrer em todos os Municípios no mesmo momento, iniciando-se a contagem do prazo de 35 anos.

Entretanto, verifica-se que o Edital não prevê um limite máximo para o PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, justamente por possibilitar sua prorrogação por solicitação da Concessionária ou por determinação do Poder Concedente, nos termos do subitem 31.9.

31.9. O PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO poderá ser prorrogado se assim solicitado pela CONCESSIONÁRIA, desde que em razão de motivo devidamente justificado e aceito pelo PODER CONCEDENTE, admitindo-se, ainda, a prorrogação por determinação do PODER CONCEDENTE, também devidamente justificada.

Assim, o Edital abre possibilidade para o PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO ser prorrogado diversas vezes, inclusive por determinação do Poder Concedente, configurando a existência de um prazo contratual indeterminado no certame.

Outro agravante é o fato de, mesmo com a possibilidade de existirem diversas prorrogações do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, a Concessionária não ter direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, conforme subitem 31.10.

31.10. A prorrogação ou encerramento antecipado do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO não ensejará pleito de reequilíbrio econômico-financeiro, nem importará em alteração do prazo de contratual.

A fim de corrigir essa situação, o Edital deve ser retificado, limitando a prorrogação do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, por exemplo, a uma única vez, por igual período. Assim, haveria clareza de que o prazo máximo desse período seria de 180 dias, incluindo a prorrogação.

A título de exemplo, vale salientar que os limites da prorrogação do período de transferência da operação foram devidamente estabelecidos no Contrato nº 109/2021, firmado entre a COMPANHIA ESTADUAL DE ÁGUAS E ESGOTOS (CEDAE) e a SPE SANEAMENTO RIO 4 S.A., relativo à concessão da prestação dos serviços públicos de abastecimento sanitário nos municípios do bloco 4 do Estado do Rio de Janeiro, conforme termos do subitem 8.12 do aludido contrato.

8.12. A CONCESSIONÁRIA poderá requerer, motivadamente, à AGÊNCIA REGULADORA, em até 30 (trinta) dias anteriores à data de término da OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, a prorrogação do período de OPERAÇÃO ASSISTIDA DO SISTEMA, **uma única vez, por até 90 (noventa) dias**, nas seguintes hipóteses:

(...)

(Grifo nosso)

Desse modo, uma vez que não se estabelece o prazo máximo de prorrogação do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, conclui-se que o Edital não determina com clareza o prazo contratual (soma do “período de transferência da operação” com o “prazo de 35 anos”).

Conclusão:

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que o Edital não foi retificado com o estabelecimento do prazo máximo previsto para prorrogação do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, caracterizando prazo contratual indeterminado.

Peça 48

Na primeira manifestação do Cidennf em relação a essa irregularidade (peça 22), o Consórcio mencionou que, até futura republicação do certame, reavaliaria normas editalícias para deixar ainda mais claro o prazo contratual.

Por isso, serão analisados os novos esclarecimentos prestados no Doc TCE-RJ nº 5.502-7/24 (peças 36 a 40) em relação a essa irregularidade.

[...]

Comparando-se o texto do Edital publicado (peça 3) com o da Minuta do Edital a ser republicado (peça 39), verificam-se as seguintes alterações nos itens relacionados ao prazo contratual:

1-Alteração no subitem 1.1 (Item 1 – DAS DEFINIÇÕES):

Edital publicado (peça 3 – pág. 16)	Minuta do Edital a ser republicado (peça 39 – pág. 16)
PRAZO: o prazo de vigência do CONTRATO compreende o somatório do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO e o prazo de 35 (trinta e cinco) anos a partir da efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA em todos os MUNICÍPIOS CONSORCIADOS;	PRAZO: o prazo de vigência do CONTRATO compreende o somatório do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, com duração máxima de 90 (noventa) dias, com possibilidade máxima de prorrogação justificada de 30 (trinta) dias , e o prazo de 35 (trinta e cinco) anos a partir da efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA em todos os MUNICÍPIOS CONSORCIADOS;

2-Alteração no subitem 7.1:

Edital publicado (peça 3 – pág. 23)	Minuta do Edital a ser republicado (peça 39 – pág. 25)
7.1. O PRAZO de vigência do CONTRATO compreende o somatório do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO e o prazo de 35 (trinta e cinco) anos a partir da efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA em todos os MUNICÍPIOS CONSORCIADOS.	7.1. O PRAZO de vigência do CONTRATO compreende o somatório do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, <u>com duração máxima de 90 (noventa) dias, com possibilidade máxima de prorrogação justificada de 30 (trinta) dias</u> , e o prazo de 35 (trinta e cinco) anos a partir da efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA em todos os MUNICÍPIOS CONSORCIADOS.

3-Alteração no subitem 31.9:

Edital publicado (peça 3 – pág. 76)	Minuta do Edital a ser republicado (peça 39 – pág. 81)
31.9. O PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO <u>poderá ser prorrogado</u> se assim solicitado pela CONCESSIONÁRIA, desde que em razão de motivo devidamente justificado e aceito pelo PODER CONCEDENTE, admitindo-se, ainda, a prorrogação por determinação do PODER CONCEDENTE, também devidamente justificada.	31.9. O PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO <u>poderá ser prorrogado pelo prazo máximo de 30 (trinta) dias</u> , se assim solicitado pela CONCESSIONÁRIA, desde que em razão de motivo devidamente justificado e aceito pelo PODER CONCEDENTE, admitindo-se, ainda, a prorrogação por determinação do PODER CONCEDENTE, também devidamente justificada.

Conforme salientado por esta Coordenadoria na instrução de 25.03.2024, o Edital publicado (peça 3) abre possibilidade para o PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO ser prorrogado diversas vezes, inclusive por determinação do Poder Concedente, configurando a existência de um prazo contratual indeterminado no certame.

Na Minuta do Edital a ser republicado (peça 39), verifica-se que o Consórcio limita a prorrogação do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO a um **prazo máximo de 30 (trinta) dias**, conforme alteração realizada no subitem 31.9. Além disso, as novas versões apresentadas para os subitens 1.1 e 7.1 são capazes de determinar com clareza o prazo contratual.

Desse modo, a partir de análise efetuada por esta Coordenadoria, verifica-se que a irregularidade em questão será sanada caso o Edital seja republicado conforme a Minuta do Edital apresentada (peça 39).

Conclusão (mantida a conclusão da instrução de 25.03.2024, ressaltando a adequação das alterações propostas pela Minuta do Edital apresentada):

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. **Manutenção da irregularidade**, uma vez que o Edital não foi retificado com o estabelecimento do prazo máximo previsto para prorrogação do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, caracterizando prazo contratual indeterminado. **Cabe salientar que a impropriedade será superada, caso o Edital seja republicado conforme a Minuta do Edital apresentada (peça 39).** (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme consta em sua inicial (peça 11), o Representante aduz que, no Edital de Concorrência nº 001/2023 do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, de acordo com a previsão que consta no item 7.1 do Edital, o prazo contratual de 35 (trinta e cinco) anos iniciará somente após efetiva assunção dos serviços pela concessionária em todos os municípios consorciados. Vejamos:

7. DO PRAZO.

7.1. O PRAZO de vigência do CONTRATO compreende o somatório do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO e o prazo de **35 (trinta e cinco) anos a partir da efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS** pela CONCESSIONÁRIA em **todos** os **MUNICÍPIOS CONSORCIADOS**.

Acontece que de acordo com a leitura empreendida ao item supracitado, o prazo do contrato somente seria iniciado quando os serviços fossem efetivamente iniciados em todos os municípios consorciados. Logo, caso o serviço fosse iniciado em 5 (cinco) dos 6 (seis) municípios e, por alguma razão qualquer, **o último município adiasse** o seu início para um **outro momento qualquer, o prazo contratual não seria iniciado**, hipótese esta que configuraria a execução contratual por prazo indeterminado, como muito bem colocado pela CAD-Desestatização.

Neste sentido, o **Jurisdicionado aponta em sua justificativa** (peça 22), que no novo formato apresentado, é assegurada a impossibilidade de a futura concessionária prestar serviços em qualquer dos Municípios para além dos 35 (trinta e cinco) anos, sem deixar de considerar o prazo de transferência (mais 90 dias), conforme o **item 7.1** do Edital:

7. DO PRAZO.

7.1. O PRAZO de vigência do CONTRATO compreende o somatório do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, com duração máxima de 90 (noventa) dias, com possibilidade máxima de prorrogação justificada de 30 (trinta) dias, e o prazo de 35 (trinta e cinco) anos a partir da efetiva ASSUNÇÃO dos SERVIÇOS pela CONCESSIONÁRIA em todos os MUNICÍPIOS CONSORCIADOS. (grifo do autor).

À vista disso, e após verificar a minuta do Edital anexada aos autos (peça 39), coaduno com a nobre CAD-Desestatização, que **a irregularidade será superada quando o Edital for republicado conforme a minuta apresentada**.

Sendo assim, conforme análise realizada e conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

Análise de Mérito do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24

Irregularidade 1: Violação ao Princípio do Julgamento Objetivo – Incorreção do critério de julgamento “Técnica e Preço”

Item Questionado (peça 7 do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24):

a. adoção do critério de seleção de melhor técnica combinado com o de menor valor da tarifa, em contrariedade ao disposto no art. 36, § 1º da Lei Federal nº 14.133/21, tanto pela insuficiência da motivação dada pela Representada, como por não se estar diante de (i) serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual; (ii) obra ou de serviço que dependam de tecnologia nitidamente sofisticada de domínio restrito; (iii) bens e serviços especiais relacionados à tecnologia da informação e comunicação; (iv) obras e serviços especiais de engenharia; ou (v) neste contexto, objetos com soluções específicas, alternativas e variações, com impactos mensuráveis na qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, permitindo escolha livre dos licitantes, seguindo critérios definidos no Edital;

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

A Representante AEGEA se insurgiu contra o critério de julgamento das propostas adotado pelo CIDENNF, no edital de Concorrência Pública nº 001/2023, ao argumento de que o tipo “técnica e preço” não seria a via adequada para eleger a proposta mais vantajosa no caso de prestação de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, destacando o descompasso da escolha em relação ao que determina a Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Dos dispositivos que dizem respeito à matéria, a Representante destacou o que prescreve o art. 36, §1º, da Lei Federal nº 14.133/21 [**redação reproduzida do art. 46 da Lei Federal nº 8.666/93**], que assim dispõe:

Art. 36. O julgamento por **técnica e preço** considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos

estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I – serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV - obras e serviços especiais de engenharia;

V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

Assim, por entenderem que o dispositivo traz um rol taxativo e que o objeto da licitação em comento não se amolda em nenhuma das hipóteses previstas no artigo suso mencionado, o CIDENNF não poderia adotar o critério de julgamento “técnica e preço”.

Desse modo, percebe-se, que, como fundamento de suas alegações, a Representante ressalta que a escolha de tal critério é descabida, uma vez que: (i) o objeto da presente licitação não se enquadraria nas exceções previstas pela Lei nº 14.133/2021 para a utilização do critério “técnica e preço”; e (ii) a combinação de tais critérios de julgamento não se mostra apta a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração [Municípios consorciados].

Ocorre que, como se sabe, o objeto da licitação ora questionada, consiste na “Concessão dos serviços públicos de operação, manutenção, adequação, reforma e ampliação dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário”.

Assim, não se pode olvidar que, em razão do comando constitucional do art. 175, parágrafo único, inciso I, as concessões de serviços públicos se submetem ao regime especial e próprio da Lei 8.987/87, regra que, inclusive, rege o edital de Concorrência Pública nº 001/2023 e regerá os serviços objeto da concessão, estando indicada no preâmbulo do instrumento convocatório².

Ao tratar sobre licitação pública, a lei 8.987/87, que “Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”, assim estabelece:

Capítulo V

DA LICITAÇÃO

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Art. 15. **No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:**

- I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão
- III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII
- IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica**
- VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
- VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

Constata-se, portanto, que existe **autorização legal** para que, nas licitações que têm como objeto a concessão ou permissão de serviços públicos, a Administração eleja, como critério de julgamento para aferição da proposta mais vantajosa, a combinação dos tipos “menor preço” e “melhor técnica”.

Isso se dá, exatamente, em razão da especificidade do serviço [público essencial], trazendo, a lei, uma adaptação para atender a realidade das concessões e permissões de serviços públicos, o que a Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos não pode alcançar.

Destaca-se, por oportuno, o entendimento do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais ao enfrentar tema idêntico ao ora ventilado:

Pois bem. Inicialmente, registro o inteiro teor do art. 15 da Lei nº 8.987, de 1995, o que faço com os seguintes destaques:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

- I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;
- II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;
- III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;
- IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;
- V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;
- VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou
- VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

§ 1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira.

§ 2º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterá parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas.

§ 3º O poder concedente recusará propostas manifestamente inexequíveis ou financeiramente incompatíveis com os objetivos da licitação.

§ 4º Em igualdade de condições, será dada preferência à proposta apresentada por empresa brasileira.

O dispositivo transcrito evidencia que, nas licitações para concessão ou permissão de serviços públicos, a Administração Pública pode eleger, como critério de julgamento para aferição da proposta mais vantajosa, a combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica, sendo certo que o edital de licitação deverá conter parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas.

Esse dispositivo legal adapta o tradicional critério de julgamento “técnica e preço” à realidade das concessões e permissões de serviços públicos, de forma que as disposições da Lei nº 8.666, de 1993, acerca dos tipos de licitação, embora não sejam aplicáveis diretamente às descentralizações negociais, ante a existência de disposição específica, auxiliam – e muito – no processo intelectual dos operadores do direito voltado à descoberta do conteúdo e do alcance das normas legais atinentes aos critérios de julgamento das propostas.

[Excerto do inteiro teor do Acórdão proferido nos autos do Processo 1088840. Julgamento em 13 de setembro de 2022. Relator José Alves Viana]

Dessa forma, **a questão específica acerca da regularidade do critério de julgamento “técnica e preço” adotado em certames dessa natureza [com o mesmo objeto da Concorrência Pública nº 001/2023]**, já foi tema de julgamento não só no âmbito do TCEMG, mas também em Tribunais de Contas de outros Estados, **cuja legalidade do critério fora respalda pelas regras contidas no art. 15, da Lei Federal acima referenciada.**

Veja-se, assim, o teor do Acórdão proferido na esfera do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo:

Dando seguimento, **o emprego de critério de julgamento que conjuga técnica e preço (valor da tarifa), encontra respaldo no art. 15, inciso V, da Lei Federal nº 8.987/95, sendo aceita pela jurisprudência desse Tribunal para objetos da espécie. Igualmente, vem sendo permitida a ponderação de pontuação de 70 pontos para a proposta técnica e 30 para a proposta comercial**, desde que inexistentes fatores que desnaturem indevidamente referida proporção, os quais não se fazem presentes no caso que ora se apresenta. Nesse caminho, confira-se o julgamento do processo nº TC-018091.989.18-6, em sessão Plenária de 10/10/2018, sob minha relatoria, que apreciou edital de licitação **que visara igualmente a concessão de abastecimento de água e esgotamento sanitário.**

(TC 002625.989.20-7, Rel. Cristiana de Castro Moraes, julgado em 10 de junho de 2020.)

Desta feita, não restam dúvidas de que a escolha do critério de julgamento “técnica e preço” pelo CIDENNF está amparada por lei, tratando-se [a Lei Federal nº 8.987/95] de lei especial que possui prevalência sobre a Lei Geral de Licitações.

Nesse sentido, é pacífico na jurisprudência e na doutrina pátria que prevalece em nosso sistema jurídico o Princípio da Especialidade, segundo o qual, **diante de um eventual conflito aparente entre normas, a lei especial deverá prevalecer em relação à norma geral**, como é o caso do art. 15 da Lei nº 8.987/95, que traz

especificamente os possíveis critérios de julgamento [inclusive “técnica e preço”] em caso de concorrências para outorga de concessão de serviço público, contrapondo-se com a Lei nº 14.133/21, que trata das normas gerais para qualquer tipo de licitação.

No mais, se fosse, de fato, a intenção do legislador impossibilitar o critério de julgamento técnica e preço para concessões públicas, esse teria feito a expressa modificação do art. 15 da Lei nº 8.987/95 através da Lei nº 14.133/21, assim como fez em outros dispositivos, à exemplo do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/95 – com nova redação dada pela própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos [Lei nº 14.133/21].

Portanto, não há espaço para interpretação legal diversa daquela exposta na presente manifestação, devendo análise desse TCERJ recair sobre a existência de justificativa adequada, como a que ora se apresenta.

Somado ao fato de a escolha da CIDENNF pelo critério de julgamento técnica e preço estar amparada por lei, existem outros fundamentos que impõem a eleição desse critério, não sendo demasiado evidenciar a complexidade intrínseca aos serviços licitados, o que determina o acautelamento da Administração, a fim de garantir, antes do início da execução do contrato, que o licitante tenha condições de atender as demandas com a qualidade que o serviço requer, aspectos esses impossíveis de serem quantificados apenas no critério “preço”.

O que se quer dizer é: os Municípios, por meio do Consórcio, têm justificativa plausível para a escolha do critério de julgamento técnica e preço.

A insistência da Representante em forçar um suposto grau de “simplicidade” do serviço licitado ignora por completo o nível de essencialidade do serviço e, até mesmo, a notória dificuldade que o país tem, há décadas, de universalizar o serviço, o que não coaduna com sugerida “simplicidade”.

São diversos os exemplos de problemas de saúde pública e ambiental por falhas técnicas, má gestão ou fatores outros diversos que envolvem a complexidade na operação desse tipo de serviço, inclusive, o mais emblemático no Estado do Rio de Janeiro é a situação da geosmina na bacia do Guandu, que gerou grandes impactos na saúde pública, no meio ambiente e até mesmo impactos econômicos imensuráveis.

Ao ignorar por completo todos esses fatores, a Representada aparenta estar apenas buscando a melhor opção para sua atuação empresarial, o que não necessariamente se compatibiliza com a melhor opção para a tender ao interesse público.

Portanto, é inegável que tais serviços públicos essenciais envolvem uma gama de atividades distintas que não podem ser tratadas de forma isolada e corriqueira, trazendo consigo grau significativo de complexidade a justificar a delimitação de requisitos técnicos no edital.

À guisa de exemplo, os serviços de saneamento, em especial o tratamento, reservação e distribuição de água, devem ser executados com o máximo de cautela e precisão, evitando-se o desperdício de água, o que [isso sim] poderá gerar severos prejuízos aos cofres públicos. Já em relação ao sistema de esgotamento sanitário, faz-se necessário, por exemplo, além da coleta, que o esgoto seja completamente tratado e que o descarte seja realizado dentro dos parâmetros legais, o que demanda expertise da futura contratada.

Assim, para evitar a habilitação de empresas sem a devida expertise, e a fim de se construir mecanismo legal para que as empresas especializadas no setor tenham

responsabilidade direta com a técnica e preço envolvidos na proposta é que o CIDENNF adotou o critério de julgamento “técnica e preço”.

A verdade é que a possível falta dessa *expertise* e responsabilização direta acaba impactando, especialmente, a população mais vulnerável, visto que, infelizmente, é comum que as regiões menos abastadas sejam as mais atingidas por consequência de uma má prestação do serviço, além de o impacto econômico ser muito maior nessa população, em virtude dos contínuos aumentos dos custos do serviço gerados por pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo transferidas aos usuários, pelas Concessionárias, as consequências de suas próprias falhas.

Aliás, é possível identificar exemplos em diversos setores em que houve a concessão de serviços públicos dessa natureza e que, por uma falta de perícia quando da seleção da futura concessionária, a qualidade dos serviços públicos ofertados ficou comprometida.

De mais a mais, ressalta-se que a ausência de *expertise* e utilização de técnicas adequadas na realização dos serviços em tela, podem causar grandes impactos [negativos] ambientais, sendo imperioso evidenciar que os serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário traduzem-se, em sua essência, em uma questão de saúde pública, o que gera para a Administração Pública a responsabilidade de sua boa prestação.

Dessa forma, a qualidade – a qual está intrinsicamente associada à boa técnica – da prestação dos serviços objeto da licitação atende o melhor interesse público, na medida em que beneficia a sociedade como um todo, sobretudo a parcela mais vulnerável da população, não podendo se esquecer que ditos serviços são considerados, atualmente, um dos maiores desafios de infraestrutura no país.

O novo Marco Legal do setor foi debatido e aprovado exatamente diante do reconhecimento que é preciso realizar os maiores esforços para superar a ausência e ineficiência no setor. Nesse sentido, modificações realizadas pela Lei Federal nº 14.026/2020 na Lei Federal nº 11.445/2007 estabeleceu metas de universalização, até o ano de 2033, de acesso à água por, pelo menos, 99,00% (noventa e nove por cento) da população, bem como de, pelos menos, 90,00% (noventa por cento) da população de acesso à coleta, tratamento e correta destinação de esgoto, estabelecidas pelas.

Logo, a avaliação da técnica que propicie maior segurança na qualidade da contratação para o alcance da meta legal deve ser realizada no curso da licitação, pois levando-se em consideração a dimensão dos serviços, bem como o prazo de execução para alcance das novas metas e, por fim, os dados históricos de sua implementação no país, não permitem que a avaliação técnica seja processada no curso do contrato, pois a prestação inadequada dos serviços irá comprometer fatalmente o alcance das metas legais.

Para além disso, por se tratar de um contrato de longa duração [35 anos], a ausência de ponderação e avaliação técnica dos serviços licitados implicaria em levar para o contrato situação de extrema insegurança [já que, muitas vezes, a concessionária não consegue, a longo prazo, atender efetivamente as demandas pelo preço ofertado, embora com as atualizações legais] e, conseqüentemente, o risco de solução de continuidade dos serviços que, por definição, são absolutamente essenciais – repita-se.

Vale dizer, ainda, que o edital não determina o engessamento das técnicas passíveis de serem utilizadas na prestação dos serviços [como consignou a

Representante], mas, sim, um direcionamento objetivo das condições essenciais para atendimento dos serviços.

Como restou clarificado, são inúmeros os elementos que justificam e autorizam a adoção, por parte dos Municípios consorciados, do critério de julgamento técnica e preço para a promoção de licitação dessa natureza. Não por outro motivo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência já se posicionaram nesse sentido, como se verá a seguir.

Marçal Jasten Filho, ao enfrentar os dispositivos legais que tratam sobre o tema, assim se posiciona:

É relevante escapar do simplismo de vincular os tipos de licitação à natureza do objeto a ser licitado. **Um profundo equívoco legislativo ocorre no caput do art. 46 quando pretende reservar a licitação de técnica para serviços de natureza predominantemente intelectual e a de menor preço para as compras. Esse tipo de diferenciação é profundamente incorreto e dá oportunidade a equívocos lamentáveis.**

Não procede o entendimento de que a escolha do tipo de licitação depende da natureza da prestação objeto da contratação. Assim não se passa, eis que o aspecto fundamental reside nas características do interesse administrativo a ser satisfeito.

O núcleo da questão reside, como sempre, na natureza da necessidade experimentada pela Administração. Isso não equivale a afirmar que, na licitação de menor preço, a Administração pode ser satisfeita mediante qualquer produto, apenas interessando a ela o menor preço. Essa afirmativa é profundamente incorreta, eis que a Administração (como qualquer adquirente de bens e serviços) exige sempre uma qualidade mínima, abaixo da qual o objeto é imprestável.

Pode afirmar-se que a licitação de menor preço é cabível quando o interesse sob tutela do Estado pode ser satisfeito por um produto qualquer, desde que preenchidos requisitos mínimos de qualidade ou técnica. Já as licitações de técnica são adequadas quando o interesse estatal apenas puder ser atendido por objetos que apresentem a melhor qualidade técnica possível, **considerando as limitações econômico-financeiras dos gastos públicos.**

As licitações de melhor técnica ou de técnica e preço são adequadas nas hipóteses em que a Administração somente pode ser satisfeita mediante a prestação dotada da maior perfeição técnica possível. A licitação de menor preço é a solução apropriada quando o interesse da Administração pode ser atendido mediante uma prestação dotada de qualidade técnica mínima, desde que atendidos os requisitos necessários.

[...]

Qualquer que seja o tipo de licitação, o interesse perseguido pelo Estado poderá ser satisfeito se o certame for adequadamente estruturado. Uma licitação de menor preço pode conduzir a resultado disparatado tanto quanto uma de técnica. Basta a omissão do padrão de qualidade mínima para que uma licitação de menor preço propicie desenlace inadequado. Já a licitação de técnica requer a identificação perfeita dos atributos técnicos aptos a produzir a realização das funções atribuídas ao Estado e demanda sabedoria na fixação

dos parâmetros de sua apreciação.

Portanto, um dos grandes equívocos na interpretação da Lei nº 8.666 reside na aplicação inflexível do texto legal, presumindo-se que certos tipos de licitação são intrinsecamente adequados a produzir a melhor contratação, de modo automático. Supõe-se, muitas vezes, que basta identificar o objeto licitado e daí se obteria a seleção do tipo de licitação adequado. Não é assim, eis que é fundamental identificar a natureza do interesse a ser satisfeito e, muito mais, eleger critérios de qualidade mínima e de julgamento satisfatório.

(JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 15ª ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 717 a 723.)

Desse modo, merece grifo o entendimento suso mencionado, corroborado pela doutrina majoritária, no sentido de que a aplicação inflexível do texto legal disposto na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos revela-se um grande equívoco, a desprestigiar o melhor interesse público.

A obtenção da melhor técnica, associada ao menor preço possível, é uma necessidade do Poder Concedente relativamente aos serviços objeto da concessão, de forma que o critério de julgamento técnica e preço se mostra o mais adequado para selecionar a proposta mais vantajosa.

Analisando o tema, o Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais encampou o posicionamento doutrinário acima consignado, evidenciando que **a eleição do critério de julgamento técnica e preço para os serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, “não desborda os limites da discricionariedade administrativa, encontrando amparo na prática cotidiana, consoante será evidenciado no decorrer da fundamentação de voto”.**

Veja-se do julgado:

REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. APONTAMENTOS DE IRREGULARIDADES. PRAZO PARA JULGAMENTO DA IMPUGNAÇÃO AO EDITAL EM DESCONFORMIDADE COM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. **IMPOSSIBILIDADE DA ADOÇÃO DO CRITÉRIO “MENOR VALOR DA TARIFA DO SERVIÇO PÚBLICO A SER PRESTADO COM O DE MELHOR TÉCNICA”, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE NATUREZA PREDOMINANTEMENTE INTELLECTUAL DOS SERVIÇOS LICITADOS. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CLARA, OBJETIVA, TRANSPARENTE E DETALHADA DOS ITENS DA PROPOSTA TÉCNICA E SUAS RESPECTIVAS PONTUAÇÕES. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À COMPETITIVIDADE. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO.** DESPROPORCIONALIDADE NO PESO DAS PROPOSTAS TÉCNICA E COMERCIAL E, POR CONSEQUENTE, VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA MODICIDADE TARIFÁRIA. DESCOMPASSO ENTRE O PREÇO DE REFERÊNCIA E AS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DO MUNICÍPIO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EDITALÍCIA, NOS ESTUDOS DE VIABILIDADE TÉCNICA E ECONÔMICO-FINANCEIRA, REFERENTE AOS ATIVOS NÃO AMORTIZADOS, PROVENIENTES DA REVERSÃO DOS BENS AO PODER CONCEDENTE, DEVIDOS À COPASA, EM

RAZÃO DA EXTINÇÃO PREMATURA DE CONTATO DE CONCESSÃO. INEXISTÊNCIA DE ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO ALICERÇADO EM INSTRUMENTO DE PLANEJAMENTO REJEITADO PELA CÂMARA MUNICIPAL. CUMULAÇÃO DE EXIGÊNCIAS DE FORNECIMENTO DE GARANTIA E DE PATRIMÔNIO LÍQUIDO MÍNIMO RESTRITIVA À COMPETITIVIDADE. EXIGÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO DE SOCIEDADE DE PROPÓSITO ESPECÍFICO PARA ENTIDADES EMPRESÁRIAS ISOLADAS. IMPROCEDÊNCIA. REGULAR TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.

1. O prazo normativo para julgamento da impugnação ao edital, nos termos do § 1º do art. 41 da Lei n. 8.666, de 1993, é de até três dias úteis, contados do recebimento da irresignação do interessado, e não de até três dias úteis antes da data marcada para a entrega dos documentos de habilitação.

2. A adoção do critério de julgamento “menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica” impõe à Administração o dever de eleger critérios objetivos para apreciação da técnica das licitantes, de modo a possibilitar o julgamento objetivo das propostas e a seleção daquela mais vantajosa para a consecução do interesse público.

3. Não havendo prejuízo à competitividade, deve prevalecer o interesse público quanto à suposta impropriedade dos critérios de julgamento da proposta técnica.

4. A modelagem tarifária adotada na licitação para concessão de serviço público de saneamento básico deve considerar, no mínimo, as despesas operacionais e administrativas, o dispêndio com investimentos realizados, previstos ou indenizados, de modo a servir de baliza para a elaboração das propostas comerciais.

5. Com o advento da Lei n. 14.026, de 2020, foi acrescentado o § 5º ao art. 42 da Lei n. 11.445, de 2007, responsável pelo estabelecimento das diretrizes nacionais para o saneamento básico, que condiciona a transferência da prestação dos serviços à indenização dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, assim como confere ao titular do serviço a faculdade de atribuir à licitante vencedora do certame – nova prestadora dos serviços – a responsabilidade por seu pagamento.

6. A Lei n. 14.026, de 2020, entrou em vigor na data de sua publicação, consoante disposto no art. 24, cujo texto normativo foi publicado no Diário Oficial da União de 16/7/2020, ao passo que a abertura da Concorrência n. 1/2020 ocorreu em 18/3/2020, com a publicação do aviso da licitação no Diário Oficial da União e no jornal Minas Gerais de 18/3/2020, anteriormente, portanto, ao início da vigência da Lei n. 14.026, de 2020, o que, portanto, afasta a irregularidade da ausência de previsão editalícia, nos estudos de viabilidade técnica e econômico-financeira, referente aos ativos não amortizados, provenientes da reversão dos bens ao Poder Concedente, devidos à Copasa, em razão da extinção do contato de concessão.

7. Embora inexista, nos autos, instrumento de ajuste entre o Município e a Agência Reguladora de Serviços de Abastecimento de Água e de Esgotamento Sanitário do Estado de Minas Gerais (ARSAE-MG), que estabeleça as normas

de regulação, o ente municipal designou, expressamente, a entidade reguladora da prestação dos serviços licitados, em atenção ao comando normativo insculpido no inciso III do art. 11 da Lei n. 11.445, de 2007 – Lei Nacional de Saneamento Básico, inexistindo impedimento legal para que a Administração Municipal celebre com a ARSAE-MG instrumento de ajuste, posteriormente à licitação e antes da formalização do contrato, com o intuito de estabelecer as normas responsáveis por regular a delegação negocial em exame.

8. Em rigor, não há impedimento legal para que a Administração Municipal realize procedimento licitatório para a concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, quando existe lei municipal responsável pela instituição do Plano Municipal de Saneamento Básico, de modo que possível desatualização do referido plano impede, tão somente, a celebração do contrato, não maculando, portanto, a regularidade do certame.

9. A exigência simultânea de fornecimento de garantia da proposta e de garantia da execução contratual não configura irregularidade, pois essas exigências objetivam atingir finalidades específicas e distintas.

10. O art. 20 da Lei n. 8.987, de 1995, faculta ao Poder Público, desde que haja previsão editalícia, exigir do consórcio de empresas, vencedor da licitação, a constituição de sociedade de propósito específico, como condição para celebração do contrato de concessão. Esse dispositivo legal deve ser interpretado extensivamente, de modo a abranger também a entidade empresária que vencer isoladamente o certame, em observância ao brocardo *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito), ou *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde impera a mesma razão deve prevalecer a mesma decisão). [Processo 1088840, julgamento em 13 de setembro de 2022. Relator José Alves Viana]

Perceba-se que a especificidade e a complexidade do serviço objeto da licitação em comento são fatores a justificar a flexibilidade [legal – por meio da Lei 8.987/95, doutrinária e jurisprudencial] para que o Poder Concedente avalie os critérios que melhor atenderão o interesse público.

Portanto, reforça-se que, para atendimento das necessidades dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, é imprescindível a aferição da *expertise* da empresa licitante, pois são inúmeras as variáveis que envolvem a execução dessa atividade.

O equilíbrio trazido pela aplicação do critério de julgamento técnica e preço é fundamental para o real atendimento das exigências do serviço licitado, **o qual envolve atividades de engenharia das mais diversas, desde planejamento e controle de operações, até o estudo de novas tecnologias para aprimoramento dos sistemas, especialmente em virtude dos impactos ambientais alhures mencionados, fatores que legitimam o critério de julgamento adotado pelo Poder Concedente.**

Quanto à alegação de prejuízo à modicidade tarifária com a adoção do critério “técnica e preço”, destaca-se que o referido princípio está sendo preservado, tendo em vista que será mais bem pontuado o licitante que oferecer maior desconto sobre a tarifa **teto** indicada no edital, razão porque, também neste ponto, não assiste razão as alegações da Representante.

Quanto à fala da Representante de que a definição do critério de julgamento “técnica e preço” representa uma alternativa mais custosa, tal alegação, do mesmo modo, não

pode prosperar.

Diz-se isso, porque o edital considera, concomitantemente à técnica, o preço tarifário, e não o da oferta da outorga, o que reflete diretamente no usuário. O que se busca é oferecer maior segurança para o alcance das metas legais e qualidade do serviço, representando, diretamente, uma economia de recursos públicos, tendo em vista o impacto do saneamento básico na saúde pública, ambiente e desenvolvimento econômico.

Salienta-se também que **a maior parte dos exemplos trazidos na Representação** que definem só o critério de preço são de licitações que a disputa está relacionada ao valor da outorga ou da contraprestação, **o que contraria dispositivo que prioriza a modicidade tarifária ressaltado pela própria Representante, o Decreto nº 11.599/2023**, que prevê que serão priorizados na alocação de recursos públicos federais os projetos cujas licitações adotem como critério de seleção a modicidade tarifária e a antecipação da universalização do serviço público de saneamento (art. 16).

Não há razão, portanto, na Representação, ao argumentar que a justificativa de adoção do critério de técnica e preço é colocada como forma de buscar, **apenas**, uma eficiente execução do contrato. Isso porque esse não é o ponto de justificativa apresentado no edital, e sim a necessária adequação da proposta técnica ao preço ofertado de tarifa, que fatalmente impacta a viabilidade e forma de cumprimento das metas legais, além da responsabilização técnica direta da concessionária por essa necessária adequação.

Ressalta-se que essa foi a melhor opção na análise do caso concreto com suas especificidades, o que não pressupõe de forma alguma que em outras situações outros critérios de julgamento sejam mais adequados.

Outrossim, destaca-se também que dos exemplos de licitações realizadas sem adoção do critério “técnica e preço” trazidos pela Representante, **apenas um** considerava a modicidade tarifária. A parcela significativa dos exemplos definiu como disputa a **maior oferta de outorga**, opção na qual já existe uma ampla discussão que esse modelo, na prática, pode ter efeito negativo na modicidade tarifária a médio prazo.

Desse modo, comparar a escolha de critério somente de preço e critério de técnica e preço em licitações que têm o objeto de disputa totalmente diferentes (maior outorga ou menor tarifa) não é algo tecnicamente correto nem razoável, dado que são mecanismos de concorrência diferente e a principal justificativa para apresentação de proposta técnica quando o objeto da disputa é a tarifa é o fato de que a alteração do valor traz impacto direto no equilíbrio e viabilidade do projeto, portanto, o preço ofertado deve vir acompanhado com análise de sua viabilidade técnica, que é de responsabilidade da proponente.

Isso posto, ressalta-se que a escolha pela disputa pelo menor valor da tarifa faz como que seja intrinsecamente necessária a análise se o desconto ofertado pelo licitante é compatível com o cumprimento da prestação adequada do serviço, em especial as metas de universalização. Os estudos técnicos atestam que o projeto é viável e as metas podem ser alcançadas considerando aqueles valores de receitas e despesas, e a apresentação de proposta com valor diferente de tarifa deve ser seguida de demonstração de viabilidade do projeto, nos termos dos níveis de serviços definidos contratualmente e legalmente.

Assim, a apresentação de proposta técnica que deve ser compatível com o plano de negócio demonstrando a viabilidade do projeto, considerando o desconto ofertado, é essencial para garantir o alcance das metas legais e qualidade na prestação do serviço.

Do contrário, **apenas uma simples oferta de desconto tarifário, sem que essa venha acompanhada da mínima demonstração de compatibilização com a viabilidade do projeto, não é capaz de trazer a segurança necessária para a contratação de um serviço essencial, por prazo de 35 (trinta e cinco) anos e considerado um dos maiores desafios estruturais do país.**

A referida questão é **claramente esclarecida no Edital** nos seguintes itens:

5.4 Com a apresentação da PROPOSTA TÉCNICA e do PLANO DE NEGÓCIOS pelo LICITANTE, esse tem o poder-dever de ajustar a sua PROPOSTA com os melhores métodos de eficiência de forma a compatibilizar com o valor ofertado. Do contrário, em uma LICITAÇÃO em que só fosse considerado o critério do maior desconto no valor da atual TARIFA, as premissas técnicas e econômicas necessárias para definição do valor máximo de TARIFA levadas em consideração nos ESTUDOS têm grandes chances de ser alteradas ao ponto de ser praticamente inequívoca a necessidade de algum tipo de revisão do equilíbrio contratual, o que não faz sentido ser consequência do próprio processo licitatório.

5.5 O impacto de questões afetas à PROPOSTA TÉCNICA e ao PLANO DE NEGÓCIOS na formação do valor tarifário é certa, portanto, o LICITANTE deve demonstrar tecnicamente que sua PROPOSTA é capaz de alcançar os objetivos contratuais a longo prazo, além de se comprometer pelas suas próprias análises.

Volvendo aos argumentos trazidos da Representação, quando apresenta exemplos de licitações para supostamente demonstrar que critério apenas de preço amplia a competitividade, são notórias as contradições. Nesse sentido, mesmo observando apenas os exemplos especialmente selecionados pela Representante para corroborar seu ponto, ao tratar do número médio de participantes, nota-se uma diferença insignificante de média entre os distintos critérios, com variação de 3.5 (técnica e preço) para 3.8 (preço) no número médio de participantes.

Quando trata do percentual de desconto, no caso dos exemplos em que é apresentado o deságio na tabela exposta na Representação, considerando apenas os exemplos que contam o percentual do deságio aferido (pois apenas assim é possível considerar que a disputa era em relação a tarifa), o cálculo apresentado apresenta alguma incompatibilidade.

Com o levantamento de média das licitações com técnica e preço, (no total de 3 com o deságio de 1.4%/27%/9%) encontra-se 12,4%, já nas licitações apenas de preço (no total de 3 com o deságio de 15%/5%/20%) encontra-se 13,3%, ou seja, novamente sem significativa diferença.

Ademais, na argumentação da Representante é ignorado o exemplo apresentado em sua própria tabela da licitação Sta. Cruz das Palmeiras (SP), com critério de técnica e menor tarifa, que traz um número de concorrentes completamente compatível com o mercado e com o maior deságio todos os apresentados.

Relativamente à alegação de que a apresentação de proposta técnica pelo licitante tem o condão de trazer uma vinculação a um tipo de técnica específica e impediria a implementação de alternativas mais eficientes que venham a ser constatadas no decorrer da execução do contrato, não há qualquer razão, repita-se, visto que o que se vincula e atrela a responsabilidade da concessionária são as metas e indicadores apresentados, dentro dos prazos intermediários e finais, **de forma que técnicas específicas apresentadas são apenas parâmetros de avaliação e mecanismo de**

acompanhamento de forma continuada da execução, além de referência em caso de algum desvio padrão.

Ademais disso, diferente do que fez parecer a Representante, a adoção do referido critério de julgamento também encontra amparo na prática cotidiana, cabendo destacar, ao ensejo, o que restou alinhavado no Acórdão do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais proferido em data recentíssima [setembro de 2022], cujo excerto, retirado de seu inteiro teor, colaciona-se abaixo:

Percebe-se, portanto, que a eleição do critério de julgamento das propostas, dentre outros aspectos, fica jungida à natureza do interesse a ser satisfeito, o que, em última análise, consubstancia exercício de competência discricionária da Administração Pública, que somente deve ser considerado irregular quando a escolha administrativa extrapola os limites legais.

[...]

Não bastasse isso, nas licitações para concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, a eleição do critério de julgamento “melhor técnica combinado com menor valor de tarifa”, bem como dos parâmetros de ponderação de setenta pontos para a proposta técnica e trinta pontos para a proposta comercial, são usuais nos municípios brasileiros, o que, a despeito de não ser fundamento suficiente para demonstrar a regularidade da escolha administrativa, demonstra, ao menos, que, além da opção do Município de Nanuque não ter desbordado os limites da discricionariedade administrativa, **encontrava amparo na prática cotidiana,** consoante será evidenciado no decorrer desta fundamentação de voto.

Não olvido que **parcela** significativa dos julgados acerca dessa matéria aponta para a irregularidade do critério de julgamento “melhor técnica combinado com menor valor de tarifa”, nas licitações para concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. **Contudo, depois de pesquisar decisões sobre o tema nos Tribunais de Contas do Brasil e no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, constatei que a temática está longe de ser pacífica.**

Veja-se, ainda, que o I. Relator perquiriu as decisões dos Tribunais de Justiça e de outros Tribunais de Contas sobre o tema, deixando consignado em sua decisão que “*a temática está longe de ser pacífica*”.

Tem-se, portanto, que a ausência de uniformidade de entendimento acerca do tema, a ausência de entendimento jurisdicional vinculante, bem como o que consta das legislações que regem a matéria [especialmente a Lei 8.987/95], conferem à Administração [no caso, aos Municípios integrantes do CIDENNF], na condição de Poder Concedente, o poder-dever de exercer a discricionariedade na eleição do critério de julgamento que melhor atenderá o interesse público.

Destarte, razão não assiste à Representante AEGEA ao se insurgir contra o critério de julgamento adotado na Concorrência Pública nº 001/2023, tendo sido demonstrada a insustentabilidade de seus argumentos pelos robustos elementos técnicos e jurídicos alinhavados na presente resposta.

Resta, portanto, cristalino que o Poder Concedente não desbordou os limites da discricionariedade administrativa, atuando, quando da elaboração do edital (Concorrência Pública 001/2023) em conformidade com os ditames legais. (grifo do autor).

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peca 33

Para justificar a adoção do critério de julgamento “técnica e preço”, o Cidennf argumenta que as hipóteses em que tal critério se mostra adequado não deveriam se restringir àquelas elencadas no art. 36 da Lei 14.133/21 (Lei de Licitações e Contratos - LLC), uma vez que, sob a ótica do princípio da especialidade, a Lei 8.987/95 (Lei de Concessões) teria adaptado o tradicional critério “técnica e preço” à realidade das concessões e permissões, logo, deveria prevalecer sobre a LLC em virtude de um eventual conflito aparente de normas.

Quanto a esse argumento, entende-se não haver qualquer conflito de normas no caso em apreço, mas sim complementariedade. A Lei de Concessões assim dispõe (grifou-se):

Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, **será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria** e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório.

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado;

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão;

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII;

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital;

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica;

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

A Lei Geral de Licitações, por sua vez, traz as condicionantes para a adoção do julgamento por técnica e preço:

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV - obras e serviços especiais de engenharia;

V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

Logo, a Lei nº 8.987/95 deixa claro que se deve observar a legislação própria, ao que se conclui que as diretrizes trazidas pela Lei 14.133/21 não devem ser negligenciadas ou relativizadas diante do objeto da licitação que se pretende realizar, incluindo-se as condicionantes à adoção do julgamento por técnica e preço, contidas no art. 36 da Lei de Licitações.

Nesse sentido, LUIZ ALBERTO BLANCHET¹ leciona que as normas gerais estabelecidas na Lei de Licitações são aplicáveis a qualquer licitação, ressalvadas apenas as normas objeto de regime específico.

Adicionalmente, o Cidennf apresenta posicionamento doutrinário e jurisprudencial para embasar a adoção do critério contestado no edital de concorrência em análise.

Em que pese a jurisprudência apresentada pelo defendente, verifica-se que a adoção do critério contestado para as licitações de concessão de serviços públicos não é unânime, conforme consignado em recente acórdão do TCE-MG²:

[...]

Não olvido que parcela significativa dos julgados acerca dessa matéria aponta para a irregularidade do critério de julgamento “melhor técnica combinado com menor valor de tarifa”, nas licitações para concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Contudo, depois de pesquisar decisões sobre o tema nos Tribunais de Contas do Brasil e no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, constatei que a temática está longe de ser pacífica.

De toda sorte, em projetos de concessões de serviços públicos, regidos pelo princípio da atualidade da prestação dos serviços e materializados em contratos que vigem por décadas, as soluções técnicas provavelmente alterar-se-ão sobremaneira durante o período.

Como destaca MOREIRA³, a conjugação desse fator com a obrigatória alocação de riscos no contrato torna insipiente a previsão de “melhor técnica” nesses contratos (grifos nossos):

“(...) Hoje, não se cogita de futuros contratos de concessão sem a alocação adequada de riscos (v. adiante, §23-A). Por exemplo, a matriz de risco é cláusula essencial, sob pena de nulidade, nos futuros contratos de prestação de serviços de saneamento básico (Lei nº 11.445/2017, art. 10-A, inc. IV, com redação da Lei nº 14.026/2020). Essa combinação do aperfeiçoamento da técnica com a indispensável matriz de risco gera significativa repercussão para os atuais certames concessionários. Ou seja, o avanço tecnológico torna escassas as possíveis contribuições puramente intelectuais para cada um dos

contratos (haverá casos extraordinários, mas isso deve ser comprovado pelo edital). **Se um dia a “melhor técnica” pode ter sido sobranceira como critério, hoje não é mais assim. Mesmo porque, em contratos com 10, 20 ou 30 anos, tem-se apenas uma certeza: haverá evolução tecnológica (que poderá ser objeto de ganhos de performance compartilhados). Logo, as exigências para a pontuação técnica serão, na maioria dos editais, baseadas em dados que se revelarão precários.”**

Por conseguinte, o longo prazo de duração das concessões faz com que a adoção do julgamento pela técnica tenha sua relevância diminuída, uma vez que o serviço a ser prestado deverá passar por aprimoramentos técnicos advindos dos avanços tecnológicos, em homenagem ao princípio da atualidade. Menciona-se, ainda, como apontado pelo defendente, os ensinamentos de Marçal Justen Filho:

As licitações de melhor técnica ou de técnica e preço são adequadas nas hipóteses em que a Administração somente pode ser satisfeita mediante a prestação dotada da maior perfeição técnica possível. A licitação de menor preço é a solução apropriada quando o interesse da Administração pode ser atendido mediante uma prestação dotada de qualidade técnica mínima, desde que atendidos os requisitos necessários.

[...]

Qualquer que seja o tipo de licitação, o interesse perseguido pelo Estado poderá ser satisfeito se o certame for adequadamente estruturado. Uma licitação de menor preço pode conduzir a resultado disparatado tanto quanto uma de técnica. Basta a omissão do padrão de qualidade mínima para que uma licitação de menor preço propicie desenlace inadequado. Já a licitação de técnica requer a identificação perfeita dos atributos técnicos aptos a produzir a realização das funções atribuídas ao Estado e demanda sabedoria na fixação dos parâmetros de sua apreciação.

Do exposto, extrai-se que, a ausência do critério de julgamento técnico não significa que a Administração renuncia à qualidade do serviço a ser contratado, mas sim que esse serviço não está atrelado a atributos técnicos excepcionais ou metodologias específicas.

Por conseguinte, mais do que o critério de julgamento adotado, o resultado esperado depende da utilização de indicadores de qualidade adequados, que permitam mensurar o serviço prestado conforme um padrão de qualidade mínimo exigido pela Administração, bem como do acompanhamento do atingimento do padrão estabelecido.

Verificou-se, ainda, que os critérios técnicos elencados pelo Cidennf são eminentemente operacionais (Anexo II – Informações Gerais Para Elaboração de Proposta Técnica):



Cidennf

Consórcio Público Intermunicipal
de Desenvolvimento do Norte e
Nordeste Fluminense

CNPJ: 32.233.059/0001-16

www.cidennf.com.br

@cidennf

Secretaria Executiva

2.2. ANEXO II – Informações Gerais Para Elaboração De Proposta Técnica

Sumário

PARTE 1 - Diagnóstico Operacional dos Sistemas de Abastecimento de Água	108
PARTE 2 - Diagnóstico Operacional dos Sistemas de Coleta e Tratamento de Esgoto	110
PARTE 3 - Proposições Para o Sistema de Abastecimento de Água	111
PARTE 4 - Proposições Para o Sistema de Esgotamento Sanitário	114
PARTE 5 - Programa de Operação e Manutenção	116

Na PARTE 1 do Anexo II, por exemplo, verifica-se o caráter eminentemente operacional dos critérios adotados para o tópico “1d) Reservação, Redes de Distribuição e Ligações Prediais e Hidrometração”:

1d) Reservação, Redes de Distribuição e Ligações Prediais e Hidrometração: (3,75 pontos)

108



Cidennf

Consórcio Público Intermunicipal
de Desenvolvimento do Norte e
Nordeste Fluminense

CNPJ: 32.233.059/0001-16

www.cidennf.com.br

@cidennf

Secretaria Executiva

- Relação e descrição física das unidades existentes; (0,75 pontos)
- Abordagem de aspectos operacionais; (0,75 pontos)
- Abordagem de Aspectos de Manutenção; (0,75 pontos)
- Relação de problemas críticos; (0,75 pontos)
- Diagnóstico dos aspectos relativos à segurança do trabalho. (0,75 pontos)

Destaca-se a “Parte 5 – Programa de Operação e Manutenção”, responsável pela maior pontuação dentre os critérios elencados, que cuida de aspectos puramente administrativos:

PARTE 5 - PROGRAMA DE OPERAÇÃO E MANUTENÇÃO – 30,00 pontos.

Os LICITANTES deverão apresentar as principais atividades a serem realizadas pela CONCESSIONÁRIA no âmbito do Programa de Administração, Operação, Manutenção, Gestão Comercial e Educação Ambiental do SISTEMA DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA e do SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, por meio de apresentação de metodologia de realização e monitoramento dos SERVIÇOS.

Os tópicos e respectivos quesitos mínimos a serem avaliados são:

5a) Administração: (6,00 pontos)

- **Descrição das atividades e cargos;** (1,20 pontos)
- Organograma previsto para os respectivos setores; (1,20 pontos)
- **Número de funcionários para cada cargo e setor ao longo de todo o período de concessão;** (1,20 pontos)
- **Apresentação do percentual de recursos destinados a área de recursos humanos;** (1,20 pontos)
- Descrição dos critérios de empregabilidade e renda. (1,20 pontos)

Diante do exposto, depreende-se que no Edital sob exame a adoção do critério de julgamento “técnica e preço”, na forma como disposto nos critérios operacionais, pode vir a restringir a competitividade do certame, uma vez que potenciais licitantes poderão ser desclassificados em função do peso atribuído aos critérios técnicos, sem que haja uma metodologia transparente que indique como será esta avaliação.

Conclusão:

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que não foi justificada a inclusão do critério técnica e preço, o que conduz à indevida subjetividade no julgamento das propostas.

Peca 48

No novo documento apresentado, o jurisdicionado não apresenta resposta expressa para este quesito, trazendo, entretanto, documentação para análise. Neste aspecto, verificou-se que, no novo Edital encaminhado, manteve-se a adoção do critério de melhor técnica. Em análise ao item 5 do Edital, contestado pela representante e questionado na instrução anterior, não houve qualquer modificação, razão pela qual mantém-se o posicionamento previamente esposado por esta Coordenadoria.

Conclusão:

Mantida a apreciação anterior de 25.03.2024, com a procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. Manutenção da irregularidade, uma vez que não foi justificada a inclusão do critério técnica e preço, o que conduz à indevida subjetividade no julgamento das propostas. (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme consta em sua inicial (peça 7 do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24), a Representante alega que no Edital de Concorrência nº 001/2023, do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, ocorre a violação ao Julgamento Objetivo, devido à incorreta utilização do critério de julgamento “Técnica e Preço”.

Alega ainda que a suposta irregularidade está fundamentada, em razão do critério de julgamento estar em desacordo com o disposto no art. 36, § 1º da Lei Federal nº 14.133/2021:

Art. 36. O julgamento por **técnica e preço** considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o caput deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV - obras e serviços especiais de engenharia;

V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação. (grifo nosso).

Neste sentido, o **Jurisdicionado aponta em sua justificativa** (peça 22), de forma resumida, que a “... **parcela** significativa dos julgados acerca dessa matéria aponta para a irregularidade do critério de julgamento “melhor técnica combinado com menor valor de tarifa”, nas licitações para concessão dos serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. **Contudo, depois de pesquisar decisões sobre o tema nos Tribunais de Contas do Brasil e no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, constatei que a temática está longe de ser pacífica**”.

Pois bem, examinados os autos, acompanho os argumentos constantes no Relatório da ilustre Unidade de Auditoria e no Parecer do douto Ministério Público de Contas, adotando-os como razões de decidir, *per relationem*, dispensando a repetição da argumentação, tendo em vista que a análise empreendida a respeito dos elementos contidos no relatório encontra-se bem desenvolvida e fundamentada.

Sendo assim, conforme análise realizada e conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo insuficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

Irregularidade 2: Adoção de critérios genéricos e subjetivos para seleção da proposta técnica

Item Questionado (peça 7 do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24):

- b. adoção de critérios de avaliação de proposta técnica genéricos e subjetivos em contrariedade ao princípio do julgamento objetivo e das regras de avaliação de proposta técnica (art. 36º, caput, e parágrafo único, V, e art. 37º, II da Lei Federal nº 14.133/21);

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

A Representante argumenta que os critérios de avaliação da proposta técnica não são dotados de objetividade. Contudo, no decorrer da Representação identifica-se, como o ponto principal trazido, a irregularidade de se estabelecer critérios técnicos. Veja-se que a Representante aparenta considerar que critério objetivo é apenas critério matemático, como de uma verificação de qual oferta de desconto tarifário é a menor.

Todavia, reforça-se que as questões técnicas previstas no edital não são incompatíveis com a avaliação objetiva [ainda que com certo grau de subjetividade, pela própria natureza da avaliação, como sedimentado na jurisprudência e doutrina majoritária], sendo expressamente autorizadas por lei em virtude da natureza dos serviços.

A avaliação da proposta técnica será feita, objetivamente, por técnicos capacitados, com a delimitação de parâmetros mínimos e qualificações indispensáveis à boa e fiel execução dos serviços objeto da licitação, critérios estes indispensáveis, dada a natureza essencial dos serviços licitados.

Com efeito, não se pode exigir uma objetividade absoluta quando da adoção do critério de julgamento “*técnica e preço*”, tendo em vista que esta só pode ser

plenamente garantida nos certames decididos unicamente pelo preço, em razão da própria natureza das questões avaliadas. É o que já asseverou a doutrina administrativista majoritária ao enfrentar o tema:

“Cumpra reconhecer, entretanto, que a objetividade absoluta só se pode garantir previamente nos certames decididos unicamente pelo preço. Quando entram em causa qualidade, técnica, rendimento – muitas vezes indispensáveis para a aferição das propostas – nem sempre será possível atingir-se o ideal de objetividade extrema....”

(MELLO, 2005, p. 502; Curso de Direito Administrativo; 19ª Edição; Editora Malheiros)

Portanto, a objetividade absoluta está vinculada ao tipo de licitação e critério de julgamento adotado, não podendo ser exigida no caso concreto, tendo em vista que, quando da utilização do critério “*técnica e preço*”, a avaliação deverá ser feita conforme sua natureza, com os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

No mesmo sentido, destaca-se o entendimento do Tribunal de Contas da União, reiterado em decisão recentíssima do E. Tribunal (21/06/2023).

Acórdão 1257/2023-Plenário

RELATOR: BENJAMIN ZYMLER

ENUNCIADO: A comissão julgadora de licitação do tipo "técnica e preço" deve fundamentar adequadamente as avaliações das propostas técnicas, deixando-as consignadas em relatório circunstanciado nos autos do processo, não se limitando a meramente expressar as notas ou os conceitos. Para reduzir o grau de subjetividade nas pontuações atribuídas a essas propostas, os critérios de julgamento devem estar suficientemente detalhados no edital do certame, sob pena de violação ao princípio do julgamento objetivo.

(...)

VOTO:

(...) 26. A jurisprudência do TCU, a exemplo do Acórdão 2253/2014-TCU-Plenário, considera que, em licitações do tipo técnica e preço, devem constar do edital critérios objetivos a serem utilizados para a gradação dos quesitos pontuáveis, no caso de atendimento parcial. Entendimento semelhante foi adotado no Acórdão 769/2013-TCU-Plenário.

*27. Por outro lado, no Acórdão 3139/2013-TCU-Plenário, o relator, diante de licitação muito semelhante à ora examinada, a despeito de constatar a possibilidade de aprimorar a definição dos critérios de avaliação, **considerou que tais critérios atenderiam à ideia de "parâmetros mínimos"**. Ressaltou, no entanto, que "para a esmerada e imparcial avaliação das propostas, a formulação de robusta fundamentação da avaliação procedida por cada avaliador é tão ou mais importante que a definição de critérios os mais objetivos possíveis. Quanto maior a margem de subjetividade (impossível de ser eliminada) que restar ao avaliador na aplicação dos critérios, tanto mais consistente e fundamentada deverá ser a respectiva justificativa para a nota/conceito que atribuir a cada licitante". Nesse sentido, concluiu que o órgão jurisdicionado deveria "adotar as medidas necessárias para garantir*

que os membros da comissão de licitação fundamentem adequadamente suas avaliações e as deixem consignadas nos autos, não se limitando a meramente expressar [cada] um dos conceitos acima elencados". Na mesma linha, concluiu o Ministro Valmir Campelo, no voto que fundamentou o Acórdão 1542/2012-TCU-Plenário, em que registrou: "o critério de julgamento absolutamente objetivo só é possível na licitação do tipo menor preço" (grifo no original). O que se poderia exigir em certames do gênero seria o menor grau de subjetividade possível, com avaliações devidamente fundamentadas pela comissão julgadora.

Igual entendimento é possível ser extraído do Acórdão 1542/2012 – Plenário do Tribunal de Contas da União que, em que pese tenha por referência a Lei Federal nº 8.666/93, exara entendimento que foi corroborado pela Nova Lei de Licitações e Contratos. Destaca-se:

ACÓRDÃO 1542/2012 - PLENÁRIO

RELATOR VALMIR CAMPELO

PROCESSO 037.751/2011-5

Análise:

(...) 25. De início, cumpre considerar que, embora os arts. 44 e 45 da Lei de Licitações visem à imparcialidade e ao interesse público, certo grau de subjetivismo, mesmo involuntário, é inerente a qualquer avaliação, ante a impossibilidade fática da fixação de critérios de julgamento absolutamente objetivos. A estipulação de pontuação máxima e mínima e a fundamentação dos atos administrativos que procedam às avaliações são mecanismos para o controle desses atos. Uma vez que os atos de julgamento sejam amparados por arrazoados consistentes, reduz-se o risco de cometimento de arbitrariedades.

26. Ao estabelecer o que seria avaliado em cada item da proposta técnica, e a composição dos subitens que comporiam os referidos itens, prevendo as respectivas pontuações mínimas e máximas, o edital previu parâmetros de atribuição das notas, minimizando o grau de subjetividade da análise técnica.

A Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/21 – traz em seu art. 37 definições para esse julgamento:

Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por:

I - verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;

II - atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;

III - atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88 desta Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Os diversos subtópicos e as respectivas pontuações máximas então especificadas nas Partes 1 a 5 do mesmo ANEXO II – Informações Gerais Para Elaboração de Proposta Técnica do Edital, indicando que, para cada subtópico “*as LICITANTES serão avaliadas em função do atendimento aos quesitos destacados em cada tópico e da qualidade da informação fornecida*”. Ou seja, o principal critério para definição do atendimento a um dado subtópico é o “*atendimento aos quesitos destacados em cada tópico*” e a “*qualidade da informação fornecida*”.

Por sua vez, a “*qualidade da informação*” deve ser entendida sobre os critérios qualitativos e quantitativos das questões apontadas na Proposta Técnica e depende da avaliação realizada por equipe de técnicos especializados. Não há do que se falar em objetividade plena ao apreciar as diversas soluções e diferentes estudos de concepção que devem e serão apresentados pelas proponentes, mas há de se destacar que todas as alternativas deverão convergir para o mesmo objetivo geral previstos nos estudos apresentados pelo Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI, que compõem o Edital da presente Concorrência Pública.

Através de diagnósticos dos atuais e existentes sistemas abastecimento de água e esgotamento sanitário, tais estudos permitem a confecção de um Prognóstico visando atender as demandas do novo Marco Regulatório, a universalização dos serviços em tempo certo previsto, a qualidade dos serviços atendendo as boas práticas do saneamento básico, cumprindo o que está preconizado nas normas técnicas e legislação vigentes aplicáveis.

Em síntese, seria garantir o acesso ao direito vital que é o saneamento e garantir a sustentabilidade ambiental, e para se atingir esse objetivo geral os licitantes têm a liberdade de propor suas alternativas baseadas na ciência, na experiência de cada empresa/consórcio e observando os marcos temporais definidos e índices de atendimento e performance claramente descritos no Edital.

Diante disso, a metodologia de avaliação da melhor técnica apresentada terá como metodologia, para parâmetros quantitativos, a observação se os valores propostos atendem as demandas de atendimento, tais como índices de cobertura, dimensionamento da estrutura, materiais empregados, logística, recursos humanos dentre outros, de forma objetiva pois trata-se de parâmetros quantitativos que trazem consigo a relativa objetividade necessária para a justa e correta avaliações técnicas das diferentes propostas técnicas.

Desse modo, nota-se que o edital fora elaborado de forma cautelosa, com objetivo de garantir o menor grau de subjetividade possível no momento da avaliação e julgamento dessas, de modo que não há no Edital qualquer indício de violação aos princípios da igualdade e do julgamento objetivo das propostas.

Destaca-se também a evidente necessidade legal da motivação claramente justificada, que deve ser apresentada nos julgamentos, o que possibilita a verificação de terceiros quanto a técnica e a objetividade dos julgamentos.

Portanto, todas as avaliações e julgamentos das propostas técnicas serão realizados de forma objetiva dentro dos termos do edital, sendo a qualidade da informação um fator que deverá ser avaliado de forma estritamente técnica e motivada, por profissionais especializados.

Desse modo, entende-se que a questão vertida pela Representante AEGEA, também neste ponto, resta superada, diante dos robustos elementos fático e jurídicos ora alinhavados. (grifo do autor).

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peca 33

Em preliminar é imperioso trazer as argumentações da representante para o item questionado. Neste sentido, exemplifica como as disposições contidas no anexo II, que fazem alusão às notas de julgamento de cada subtópico, conforme excerto da representação sob exame a seguir:

No caso em tela, segundo o **Anexo II** do Edital (Informações Gerais para Elaboração de Proposta Técnica), a atribuição de notas no julgamento de cada subtópico será feita da seguinte maneira: (i) Nota do Subtópico (NS) = 0 (zero) de pontuação de cada subtópico, quando este não for apresentado ou, se apresentado, não possui qualquer aderência ou pertinência com o solicitado; (ii) Nota do Subtópico (NS) = 50,00% (cinquenta por cento) da pontuação máxima de cada subtópico, quando o LICITANTE abordar de forma parcial ou incompleta os pontos solicitados; (iii) Nota do Subtópico (NS) = 80,00% (oitenta por cento) da pontuação máxima de cada subtópico, quando o LICITANTE abordar mais da metade dos aspectos solicitados, porém não contemplar todos os quesitos pertinentes de forma completa; e (iv) Nota do Subtópico (NS) = 100,00% (cento por cento) da pontuação máxima de cada subtópico, quando este for apresentado, de forma clara e coerente, de maneira a atender a todos os quesitos exigidos.

(...)

77. Nesse sentido, os critérios adotados no referido anexo são genéricos e possuem elementos valorativos de natureza inequivocamente subjetiva. Consequentemente, violam o princípio do julgamento objetivo e as regras aplicáveis às licitações de técnica e preço, tornando irregular o procedimento licitatório.

78. Um primeiro ponto que pode ser verificado nesse sentido é a utilização de termos de conteúdo subjetivo para a avaliação da proposta técnica, como “qualidade técnica”, “coerência” e “clareza”. Ou seja, os critérios de pontuação adotam diversas expressões genéricas e abertas, que não possuem significado inequívoco.

Outro ponto trazido pela representante traz de forma mais cabal esta falta de objetividade da proposta, conforme se verifica a seguir:

Outro aspecto digno de destaque é a ausência de uma definição mais precisa do conteúdo dos pontos que devem compor cada um dos planos a serem apresentados pelos licitantes. Veja-se, por exemplo, o quesito mínimo a ser avaliado no tópico “Manancial/Qualidade da Água” da Parte 1 da Proposta Técnica, a qual vale 15 (quinze) pontos. Neste tópico, que vale 3,75 pontos, há previsão de pontuações parciais para vários 29 itens, como “diagnóstico dos aspectos ambientais” ou “descrição de parâmetros qualitativos da água bruta”. No entanto, não se define o que seria considerado como diagnóstico “claro” ou “coerente” dos aspectos ambientais ou, tampouco, o detalhamento esperado para a descrição do parâmetro qualitativo da água bruta.

De fato, a representada não logra êxito em demonstrar a objetividade dos critérios de ponderação, a exemplo de parâmetros qualitativos da água bruta, de deveriam estar pautados em intervalos ou fórmulas para a pontuação objetiva para as propostas, de

forma a demonstrar às licitantes os motivos das notas conferidas. Esta falta de objetividade é reforçada pelo próprio texto trazido em sua resposta de que “a avaliação da proposta técnica será feita, objetivamente, por técnicos capacitados, com a delimitação de parâmetros mínimos e qualificações indispensáveis à boa e fiel execução dos serviços objeto da licitação”. (Sublinhamos)

Ressalte-se que os aspectos operacionais aventados e as respectivas pontuações não indicam qual será o método de ponderação das notas a serem conferidas, ou seja, qual seriam as fórmulas para atribuição das notas técnicas, tampouco intervalos considerados razoáveis para enquadramento das propostas.

É importante repisar que esta margem subjetiva de aferição de notas atribuída à Administração Pública que não condiz com o critério objetivo das propostas, trazido pelos ditames do artigo 14 da Lei de Concessões, tampouco com art. 36 da Lei de Licitações, que exige uma metodologia de avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital.

Conclusão:

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação.

Peça 48

De forma análoga ao quesito anterior do processo TCE-RJ nº 201.162-1/2024, não há manifestação formal quanto a este item, mantendo-se manifestação anterior de 25.03.2024 que, por ser parte integrante desta instrução, deixam-se de reproduzir as conclusões. Vale ressaltar que, por serem diversos pontos no edital que suscitam a subjetividade na análise, deixar-se-á de fazer análise ponto a ponto do novo Edital apresentado.

Conclusão:

Mantida a apreciação anterior de 25.03.2024, com a procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme consta em sua inicial (peça 7 do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24), a Representante aduz que, no Edital de Concorrência nº 001/2023 do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, ocorre a adoção de critérios genéricos e subjetivos para seleção da proposta técnica.

Vejamos o disposto no art. 37º, II da Lei Federal nº 14.133/21:

Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por:

I - verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;

II - atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o

programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues; (grifo nosso).

Neste sentido, o Jurisdicionado justifica que (peça 22) “... *a metodologia de avaliação da melhor técnica apresentada terá como metodologia, para parâmetros quantitativos, a observação se os valores propostos atendem as demandas de atendimento, tais como índices de cobertura, dimensionamento da estrutura, materiais empregados, logística, recursos humanos dentre outros, de forma objetiva pois trata-se de parâmetros quantitativos que trazem consigo a relativa objetividade necessária para a justa e correta avaliações técnicas das diferentes propostas técnicas*”.

Afirma também que “... **o edital fora elaborado de forma cautelosa, com objetivo de garantir o menor grau de subjetividade possível no momento da avaliação e julgamento dessas, de modo que não há no Edital qualquer indício de violação aos princípios da igualdade e do julgamento objetivo das propostas**”.

Acontece que de acordo com a leitura do **Anexo II** do Edital e a análise realizada pela nobre Coordenadoria, os critérios de pontuação adotam diversas expressões genéricas e abertas, que de certa forma, margeiam o subjetivismo da análise. Vejamos um pequeno trecho do anexo II do edital em que se verificam essas palavras genéricas:

PARTE 1 - DIAGNÓSTICO OPERACIONAL DOS SISTEMAS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA – 15,00 pontos.

Os tópicos e respectivos quesitos mínimos a serem avaliados são:

1a) Manancial/Qualidade da Água: (3,75 pontos)

- Relação, localização e descrição dos mananciais; (0,75 pontos)
- Diagnóstico dos aspectos ambientais; (0,75 pontos)
- Diagnóstico dos aspectos socioeconômicos; (0,75 pontos)
- Descrição de parâmetros qualitativos da água bruta; (0,75 pontos)
- Apresentação de parâmetros quantitativos de disponibilidade hídrica. (0,75 pontos)

Desta forma, examinados os autos, acompanho os argumentos constantes no Relatório da ilustre Unidade de Auditoria e do Parecer do douto Ministério Público de Contas, adotando-os como razões de decidir, *per relationem*, dispensando a repetição da argumentação, tendo em vista que a análise empreendida a respeito dos elementos contidos no relatório encontra-se bem desenvolvida e fundamentada.

Sendo assim, conforme análise realizada e conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo insuficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

Irregularidade 3: Ausência de definição de Entidade Reguladora

Item Questionado (peça 7 do Processo TCE-RJ nº 201.162-1/24):

- c. ausência de definição da entidade reguladora, contrariando o artigo 8º, § 5º c/c art. 9º, inciso II e c/c art. 11, inciso III, todos do marco legal do saneamento básico (Lei Federal nº 11.445/07, atualizada pela Lei Federal 14.026/20).

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

Aplica-se aqui, as justificativas e informações constantes do item “II”, do tópico V.1, da presente manifestação.

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peca 33

O presente aspecto foi analisado no item 2, referente à primeira representação (Processo TCE-RJ nº 119.659-7/23), concluindo este Corpo Instrutivo pela sua procedência.

Peca 48

O presente aspecto foi analisado no item 2, referente à primeira representação (Processo TCE-RJ nº 119.659-7/23), concluindo este Corpo Instrutivo pela sua procedência. (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

A presente irregularidade foi objeto de análise de mérito, **item 2**, do processo TCE-RJ nº 119.659-7/23, portanto, ratifico a conclusão da análise anterior:

Neste sentido, assim como posto pela nobre CAD-Desestatização, o **Edital deve definir expressamente o ente regulador**, enriquecendo os princípios da transparência e da segurança jurídica.

Sendo assim, neste item, diante de todo o exposto, verifico que, conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo insuficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

Análise de Mérito do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24

Irregularidade 1: Violação ao Princípio do Julgamento Objetivo – Propostas Técnicas

Item Questionado (peça 7 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24):

No presente certame os licitantes serão avaliados por dois critérios, obtendo uma Nota Técnica, que representa 60% da pontuação total, e uma Nota Comercial, que representa 40% conforme item 21.8 do Edital⁴.

Enquanto o julgamento da Proposta Comercial, que resulta na Nota Comercial, é realizado de forma bastante objetiva, por meio de uma fórmula matemática⁵, os critérios de avaliação das propostas técnicas carecem dessa característica de objetividade e, na forma disposta no atual Edital, dependem fundamentalmente de uma avaliação subjetiva por parte da Comissão. Alguns são os fatores que levam à ausência de objetividade.

Em primeiro lugar, o Anexo III afirma que “a análise de adequação e compatibilização da PROPOSTA TÉCNICA com o PLANO DE NEGÓCIOS apresentado pelo LICITANTE considerará”, entre outros fatores, “a **qualidade técnica das soluções e metodologias** previstas no PLANO DE NEGÓCIOS refletindo as informações consideradas para a gestão e operação dos SERVIÇOS concedidos”.

Entretanto, ao longo do Anexo III não se define o que se entende por “qualidade técnica das soluções e metodologias”. Não é indicado nenhum critério objetivo que possa, com transparência, guiar os licitantes na elaboração de suas Propostas Técnicas e Comerciais (Plano de Negócios) e que permita balizar a decisão dos agentes públicos responsáveis pelo julgamento das propostas diferenciando soluções e metodologias de pouca ou má qualidade de soluções e metodologias de boa qualidade. Ainda, não é indicado o peso que cada componente – (i) soluções e (ii) metodologias – representa nessa análise preliminar de compatibilidade da Proposta Comercial com o Plano de Negócios, que pode inclusive resultar na desclassificação da proposta de proponente que não atenda esses critérios⁶.

Mas não é somente nessa análise preliminar das Propostas Técnicas que o Edital carece de objetividade e clareza nos critérios de julgamento. De maneira igualmente grave, os próprios critérios de pontuação das Propostas Técnicas merecem reparo.

Primeiro, é preciso eliminar a confusão a respeito dos conceitos de Parte, tópico,

subtópico e quesitos, que são essenciais para a avaliação das propostas.

Conforme o ANEXO II – Informações Gerais Para Elaboração De Proposta Técnica (página 106 do documento disponibilizado na página eletrônica da licitação⁷), para efeito de julgamento, “*as PROPOSTAS TÉCNICAS serão analisadas e comparadas tópico a tópico, mediante a atribuição de uma pontuação da qual resultará a classificação dos LICITANTES, obedecendo a pontuação de 0 a 100*”.

Assim, seria de se imaginar que cada tópico possui subtópicos. Nesse sentido, o Anexo III (página 107 do documento disponibilizado na página eletrônica da licitação) afirma que o julgamento dos subtópicos será “*analisado e comparado subtópico a subtópico, pela COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, conjuntamente com a COMISSÃO TÉCNICA, que atribuirá notas a cada subtópico segundo os critérios abaixo*”:

Nota do Subtópico (NS) = 0 (zero) de pontuação de cada subtópico, quando este não for apresentado ou, se apresentado, não possui qualquer aderência ou pertinência com o solicitado;

Nota do Subtópico (NS) = 50,00% (cinquenta por cento) da pontuação máxima de cada subtópico, quando o LICITANTE abordar de forma parcial ou incompleta os pontos solicitados;

Nota do Subtópico (NS) = 80,00% (oitenta por cento) da pontuação máxima de cada subtópico, quando o LICITANTE abordar mais da metade pertinentes de forma completa; e

Nota do Subtópico (NS) = 100,00% (cento por cento) da pontuação máxima de cada subtópico, quando este for apresentado, de forma clara e coerente, de maneira a atender a todos os quesitos exigidos.

Ainda, é indicado que soma das notas dos subtópicos (NS) corresponderá à nota do Tópico, de acordo com a fórmula definida ao final de cada Parte, representando o somatório de cada subtópico. O Anexo III possui 5 partes, com pontuação total variando entre 15, 20 ou 30 pontos.⁸

Um primeiro problema surge quando se introduz o conceito de quesito sem especificação a que ele se refere. Por exemplo, pela redação destacada acima, um subtópico seria diferente de um quesito – os quesitos seriam os itens destacados em marcadores em formato circular (“*bullets*”) integrantes de cada grupo de subtópicos (que seriam os seguintes: 1a) a 1d), 2a) a 2d), 3a) a 3e), 4a) a 4e) e 5a) a 5e)).

Por outro lado, logo na introdução da Parte 1⁹ é afirmado que “*Os tópicos e respectivos quesitos mínimos a serem avaliados são: (...)*”.

Assim, não está claro se os subtópicos indicados na seção introdutória do Anexo III e destacados acima (para os quais haverá uma (“Nota de Subtópico”) equivalem aos “quesitos” mencionados em cada uma das cinco Partes. Ou se os subtópicos indicados na seção introdutória e destacados acima equivalem aos “tópicos” indicados em cada uma das Partes.

De toda forma, fato é que em cada uma das cinco Partes é indicado que:

“Os LICITANTES serão avaliados em função do atendimento aos quesitos destacados em cada tópico e da qualidade da informação fornecida.”

Isto é, a nota de cada um dos subtópicos (ou “quesitos”), somada representa a nota de cada tópico (ou subtópico) - 1a) a 1d), 2a) a 2d), 3a) a 3e), 4a) a 4e) e 5a) a 5e). Por

sua vez, a nota de cada tópico (ou subtópico), quando somada, representa a nota de cada Parte (ou tópico). As notas das Partes (ou tópicos), somadas representam a Nota Técnica final.

Assim, fundamentalmente, a unidade de avaliação (o quesito ou subtópico – o texto após o marcador em formato de círculos) dependerá de uma avaliação da “qualidade da informação fornecida”. Entretanto, em momento algum é indicado qual o critério de avaliação de qualidade, o que representa grave falha do Edital.

Quando solicitada a esclarecer o critério de qualidade das informações fornecidas, que balizará a avaliação de cada quesito/subtópico, esta Comissão afirmou que “*Todas as avaliações e julgamentos das propostas técnicas serão realizados de forma objetiva, sendo a qualidade da informação um fator que deverá ser avaliado de forma estritamente técnica e motivada, por profissionais especializados.*”

Crê-se certamente que os profissionais que realizarão a avaliação das propostas técnicas possuem comprovada especialização e utilizarão de sua técnica para realizar tal avaliação. Essa não é, contudo, a falha do Edital. O vício é a ausência de critérios transparentes e isonômicos, que permitam a todos os licitantes preparar suas propostas com a maior segurança possível e, posteriormente, avaliar se o julgamento realizado pelos profissionais especializados da Comissão atendeu estritamente aos critérios previamente estabelecidos. Não se questiona a técnica dos avaliadores, mas a falta de critérios transparentes e inequívocos – o termo “qualidade da informação” pode possuir diversas interpretações, sendo por isso fundamental o estabelecimento pelo próprio Edital de qual o significado desse conceito vago de “qualidade”.

Ainda, chama a atenção o fato de que a resposta ao esclarecimento menciona que a “qualidade da informação” *um* fator que deverá ser avaliado, mas também não explica quais são os outros fatores e como se relacionam.

Por fim, o terceiro fator que leva à ausência de objetividade é a falta de clareza a respeito de como será feita a contagem de pontos. Viu-se que o Edital pretende atribuir “Notas de Subtópico” que podem ser 0, 50%, 80% ou 100% da nota total de cada tópico a depender do atendimento a alguns critérios conforme página 107 do arquivo disponibilizado. Por outro lado, como também visto, a cada Parte o Edital realiza o somatório das notas dos subtópicos/quesitos.

Tome-se como exemplo dessa falta de clareza o seguinte critério indicado pelo Edital:

Nota do Subtópico (NS) = 80,00% (oitenta por cento) da pontuação máxima de cada subtópico, quando o LICITANTE abordar mais da metade dos aspectos solicitados, porém não contemplar todos os quesitos pertinentes de forma completa; e

Sem mencionar a imprecisão da utilização de “aspectos solicitados” e “quesitos pertinentes”, apenas para simplificar o exemplo, suponha-se a aplicação de tal critério a um dado tópico (ou subtópico). Por exemplo, o denominado “3a)”, constante da Parte 3:

3a) Manancial / Qualidade da Água: (4,00 pontos)

- Identificação dos mananciais que serão utilizados para abastecimento público de água; (1,00 ponto)
- Avaliação dos aspectos ambientais e socioeconômicos; (1,00 ponto)
- Descrição de parâmetros qualitativos da água bruta; (1,00 ponto)

- Apresentação de parâmetros quantitativos de disponibilidade hídrica. (1,00 ponto)

Suponha-se que um dado licitante tenha (i) identificado os mananciais que serão utilizados para abastecimento público de água, (ii) avaliado os aspectos ambientais e socioeconômicos (o que quer que isso seja, considerando a multiplicidade de aspectos ambientais e socioeconômicos que podem ser usados para análise); e (iii) descrito os parâmetros qualitativos da água bruta, mas tenha deixado de (iv) apresentar parâmetros quantitativos de disponibilidade hídrica.

Considerando que o licitante hipotético apresentou informações relativas a 3 dos 4 quesitos solicitados, pelo disposto na página 107 do Edital ele deveria se enquadrar na Nota de Subtópico na faixa de 80%, como visto acima. Contudo, realizando uma soma simples dos valores individuais dos quesitos, ele receberá 3 dos 4 pontos, que equivale a 75% dos pontos possíveis.

Ainda, o Anexo III também indica em relação a cada uma das Partes 10 que “*Caso o LICITANTE deixe de apresentar o tópico completo não receberá a pontuação para aquele tópico*”. Tendo em vista que o licitante hipotético apresentou informações para 3 dos 4 subtópicos/quesitos do tópico 3a, o seu tópico está incompleto o que deveria (contraditoriamente ao disposto nos demais trechos do Anexo III) fazer com que o licitante hipotético não recebesse pontuação para o tópico 3a).

Caso o critério da Nota do Subtópico não se refira ao conjunto denominado “3a”, mas a cada um dos itens que o compõem (em *bullets*, como reproduzido acima), então o critério de Nota do Subtópico terá maior grau ainda de subjetividade, além de ter uma redação enganosa. Nesse caso, como seria possível aferir quando um licitante apresenta “mais da metade dos aspectos solicitados, porém não contemplar todos os quesitos pertinentes de forma completa” em relação a critérios extremamente abrangentes e indicados de forma bastante ampla e lacônica? Por exemplo, como identificar quando um licitante apresentou mais da metade dos aspectos solicitados relativos a “aspectos ambientais e socioeconômicos”? Pelo bem da transparência e igualdade entre os licitantes, deveria haver a indicação de quais aspectos serão considerados, dos inúmeros existentes na literatura (multidisciplinar) aplicável ao tema.

A ausência de critérios objetivos e claros de julgamento das propostas é falha grave que não pode ser levada adiante, sob pena de violação ao princípio do julgamento objetivo previsto no artigo 5º da Lei 14.133/2021.¹¹ Diante disso, é imperiosa a alteração do Edital para correção dessas imprecisões conceituais e terminológicas.

Não por outro motivo, o TCE-RJ, no processo nº 107.919-8/2019 reiterou o entendimento do TCU no Acórdão nº 223/2018 – Plenário no sentido de que:

A ausência de critérios objetivos de julgamento das propostas apresentadas por licitantes contraria os seguintes dispositivos da Lei 8.666/1993: a) o art. 3º, que estabelece o princípio do julgamento objetivo; b) o art. 40, inciso VII, o qual determina que o edital deve conter critérios para julgamento com disposições claras e parâmetros objetivos; c) o art. 44, § 1º, que veda a utilização de critérios subjetivos no julgamento que possam interferir na igualdade entre os licitantes; d) o art. 45, que estabelece que a comissão deve realizar julgamento objetivo de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Também em decisões recentes no processo TCE-RJ Nº 106.906-3/22, este TCE destacou que “*a objetividade é requisito essencial para que seja observado o*

princípio da isonomia, em conformidade com o artigo 3º da Lei Geral de Licitações” e determinou ao poder concedente (naquele caso, o Estado do Rio de Janeiro), modificações relevantes na estrutura e critérios de pontuação das propostas, além do próprio peso que a proposta técnica tinha naquele certame em relação à proposta comercial:

“Portanto, caso decida pela continuidade da existência de critério de julgamento da melhor técnica, o Governo do Estado do Rio de Janeiro deveria justificar tecnicamente o peso atribuído à nota técnica, evidenciando, ainda, o benefício ou contrapartida ao consequente desprestígio à modicidade e/ou ao recebimento de outorga pela concessão. Deveria também revisar o Edital com vistas à compatibilização dos valores máximos das notas que compõem a Nota Final, de forma a conferir transparência aos pesos efetivamente aplicados a cada uma delas.”¹²

Como relatado também nos Processos TCE-RJ nº 217.389-2/19 e nº 231.955-4/20, ambos sobre concessão dos serviços públicos de saneamento básico em município fluminense (Barra do Pirai), a existência de um componente técnico nos critérios de julgamento das propostas tem como consequência a diluição da importância da proposta econômica – no caso, do deságio tarifário oferecido por meio do Fator K. Nesse sentido, é necessário rememorar o trecho do Voto da lavra do Eminentíssimo Conselheiro Rodrigo Melo do Nascimento no processo TCE-RJ nº 217.389-2/19 a respeito das irregularidades evidenciadas na previsão de proposta técnica:

“Em que pese a previsão de julgamento de proposta técnica ser decisão discricionária do gestor e constar da Lei Federal nº 8.987/95, tal julgamento não deve ter como base critérios subjetivos, na medida em que a atribuição de nota técnica reduz o peso da proposta econômica, ou seja, interfere diretamente na modicidade tarifária na concessão (...)”.

Similarmente o Tribunal de Contas da União por diversas vezes já asseverou:

"10. A jurisprudência desta Corte, evidenciada em diversos acórdãos citados pela unidade técnica, foi firmada a partir da premissa de que a adoção de pesos distintos pode ocasionar prejuízo à competitividade do certame e favorecer o direcionamento da licitação. É essencial, portanto, que a excessiva valoração ao quesito técnica, em detrimento do preço, esteja fundamentada em estudo que demonstre a sua necessidade.” (Acórdão 2.251/2017, Plenário, rel. Min. Augusto Sherman)

A respeito desse último ponto – o peso de cada proposta – no Edital ora questionado também apresenta uma preponderância injustificada da Nota Técnica (60%) em relação à Nota Comercial (40%) como visto acima, e que merece a atenção desta ilustre Corte de Contas. (grifo do autor).

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36 a 40):

Tema (adoção do critério de julgamento técnica e preço e objetividade da avaliação da proposta técnica) anteriormente respondido nos itens I e II, do tópico V.2, desta manifestação.

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peça 33

O presente tópico foi objeto de análise de mérito no item 2 do processo TCE-RJ Nº 201.162-1/2024, já anteriormente abordado, concluindo este Corpo Instrutivo pela sua procedência.

Peça 48

O presente tópico foi objeto de análise de mérito no item 2 do processo TCE-RJ Nº 201.162-1/2024, já anteriormente abordado, concluindo este Corpo Instrutivo pela sua procedência.

Análise da Irregularidade:

A presente irregularidade foi objeto de análise de mérito, **item 2**, do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24, portanto, ratifico a conclusão da análise anterior:

Sendo assim, conforme exame realizado em consonância com o sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo insuficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

Irregularidade 2: Restrição à competitividade e violação ao princípio licitatório

Item Questionado (peça 7 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24):

Uma segunda razão para o não prosseguimento do certame reside no fato de que o Edital de licitação e os documentos que o acompanham não definem com precisão e clareza as características dos sistemas que serão objeto da delegação de serviço público, o que representa violação aos princípios da transparência e competitividade.

Ora, um processo licitatório deve cumprir adequadamente suas funções legais (art. 11, incisos I a III da Lei 14.133/2021) de “*assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública*”, “*assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição*” e “*evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos*”. (grifou-se). Não por outro motivo, a lei de concessões, Lei 8.987/1995, indica que, para tanto, devem ser divulgados aos interessados “*os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas*” (art. 18, IV).

Essa necessidade de transparência no processo licitatório se verifica notadamente em contrato de longo prazo e em função da importância que têm as concessões relativas aos serviços de saneamento básico para a população dos municípios fluminenses, tão carentes de investimentos. Nesses casos, impõe-se o conhecimento detalhado das características dos sistemas, demanda e demais informações indispensáveis à formação da complexa equação econômico-financeira que fundamenta cada uma das propostas.

Todavia, no sentido diametralmente oposto, o Edital questionado reconhece expressamente a falta e a imprecisão das informações disponibilizadas para que os licitantes elaborem suas propostas:

*12.8. Alguns índices e dados apresentados nos ESTUDOS que compõem o EDITAL e fundamentam a LICITAÇÃO foram obtidos em fontes oficiais, oriundos de autodeclaração das entidades responsáveis, **sem que haja uma conferência pormenorizada ou fiscalização de sua total compatibilidade com a realidade**, sendo de integral responsabilidade do LICITANTE a avaliação com cautela de tais dados e eventual identificação posterior de incompatibilidade de algum dado sobre os SISTEMAS.*

*12.9. O preenchimento do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro – CEDAE retrata apenas a realidade de sua área de abrangência, o que **resulta em um déficit de informações para as demais localidades dos MUNICÍPIOS CONSORCIADOS**, não atendidos pela CEDAE, tendo sido adotados os índices de atendimento aferidos no diagnóstico dos sistemas existentes, **que não contemplam todas as áreas que necessitam da implantação dos SERVIÇOS** e a meta de universalização envolve todas as áreas urbanas e de localidade dos MUNICÍPIOS CONSORCIADOS, inclusive irregulares.*

A situação se agrava quando o Edital (item 12.2.1) afirma que “A COMISSÃO DE CONTRATAÇÃO considerará que as PROPOSTAS apresentadas foram elaboradas com perfeito conhecimento da ÁREA DE CONCESSÃO e das instalações existentes para os SISTEMAS, não podendo o LICITANTE vencedor, em hipótese alguma, pleitear modificações de valor tarifário, do prazo, de outras condições, alegar prejuízos ou apresentar reivindicações sob o pretexto de insuficiência de informações acerca do OBJETO deste EDITAL.”

Como pode o Edital e a Comissão presumirem que há “perfeito conhecimento” das áreas e instalações quando sequer o CIDENNF ou os municípios titulares têm clareza a respeito das características e condições dos sistemas e serviços que serão concedidos? Se os próprios titulares delegantes dos serviços não possuem essas informações, não serão visitas técnicas feitas, em cada município, em um turno de manhã ou tarde, que irão permitir essa avaliação.

Ainda, alguns dos dados fundamentais para a elaboração das propostas e gestão dos serviços que serão delegados não são disponibilizados nessas visitas técnicas e somente podem ser conhecidos pelos licitantes caso as informações disponibilizadas pelo ente público licitante sejam suficientemente precisas. Caso contrário, somente quando o licitante vencedor assumir os sistemas poderá ter melhor ideia a respeito das características da concessão que lhe foi outorgada. Tal deficiência é particularmente acentuada em relação aos dados relativos à gestão comercial e aos quantitativos que compõem o conjunto de investimentos estimados que não possuem qualquer

rastreabilidade – isto é, não se pode avaliar se as estimativas feitas na modelagem do Edital são ou não assertivas posto que não se sabe a origem dos dados referentes aos quantitativos de investimento.

Da forma como está hoje definido o Edital não há clareza a respeito de diversas informações fundamentais para a elaboração das propostas, o que torna a licitação um grande exercício de suposição por parte dos licitantes. Além das informações a respeito das características dos sistemas assumidos – em particular a respeito dos níveis de atendimento dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário nas regiões que serão atendidas pela concessão, que divergem profundamente das informações públicas disponíveis no Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) – há um outro elemento de imprecisão que afeta de forma grave a precificação de propostas.

Há uma ausência de clareza no Edital, minuta de contrato e documentos anexos a respeito da obrigatoriedade de pagamento, pela futura concessionária, de verbas à Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro (CEDAE) em decorrência da indenização que poderá ser devida à CEDAE em função dos investimentos pela estatal feitos nos sistemas que serão assumidos pela futura concessionária, e que não foram amortizados no período de operação de tais sistemas pela estatal estadual.

Não há qualquer disposição no Edital e no contrato a respeito da obrigatoriedade de tal pagamento – muito pelo contrário, em diversas disposições o Edital, contrato e seus anexos indicam que o licitante vencedor/futuro concessionário será responsável pelo pagamento de verbas a terceiros, como visto no item 27.1.3. do Edital¹³, na cláusula 13.1 da minuta do Contrato de Concessão ou mesmo no Anexo III – Informações Gerais para Elaboração da proposta comercial, em que é indicado que “*Para formulação de suas PROPOSTAS COMERCIAIS, os LICITANTES deverão, ainda, considerar os seguintes pagamentos*”:

1. Encargo mensal correspondente a 1,00% (um por cento), incidentes sobre a efetiva Receita Operacional Bruta – ROB do mês imediatamente anterior, decorrente da prestação dos SERVIÇOS, a ser pago até o 15º (décimo quinto) dia de cada mês, subsequente ao faturado, para custeio das atividades do ente regulador;

2. Repasse mensal correspondente a 2,00% (dois por cento) sobre a efetiva Receita Operacional Bruta – ROB do respectivo MUNICÍPIO CONSORCIADO, no mês imediatamente anterior, decorrente da prestação dos SERVIÇOS, a ser pago até o 15º (décimo quinto) dia de cada mês, subsequente ao faturado, para composição do FUNDO DE SANEAMENTO, voltado ao desenvolvimento de ações voltadas à população da ÁREA DE CONCESSÃO do MUNICÍPIO CONSORCIADO;

3. Outorga fixa aos MUNICÍPIOS CONSORCIADOS nos valores, na DATA BASE, de R\$ 8.786.492,21 (oito milhões, setecentos e oitenta e seis mil, quatrocentos e noventa e dois reais e vinte e um centavos), para o Município de Bom Jesus do Itabapoana; de R\$ 5.137.045,44 (cinco milhões, cento e trinta e sete mil, quarenta e cinco reais e quarenta e quatro centavos), para o Município de Cardoso Moreira; de R\$ 5.880.321,20 (cinco milhões, oitocentos e oitenta mil, trezentos e vinte e um reais e vinte centavos), para o Município de Conceição de Macabu; de R\$ 5.369.831,43 (cinco milhões, trezentos e sessenta e nove mil, oitocentos e trinta e um reais e quarenta e três centavos), para o Município de Italva; de R\$ 5.492.293,39 (cinco milhões, quatrocentos e noventa e dois mil, duzentos e noventa e três reais e trinta e nove centavos), para o Município de Porciúncula; e de R\$ 9.334.016,33 (nove milhões, trezentos e trinta e quatro mil, dezesseis reais e trinta e três centavos), para

o Município de Quissamã; a ser pago em parcela única, com vencimento definido para 5 (dias) dias úteis após a assinatura do CONTRATO DE CONCESSÃO, e devidamente atualizada pela variação do IPCA/IBGE acumulada desde a data base;

4. Na hipótese do FATOR K apresentado pelo LICITANTE em sua PROPOSTA COMERCIAL ser inferior a 0,80 (oitenta centésimos), deverá o LICITANTE considerar a obrigação de subscrição e integralização de capital social mínimo adicional de 2,0% (dois por cento) na assinatura do CONTRATO e, ao final do 18º (décimo oitavo) mês de vigência do CONTRATO, adicional de 2,0% (dois por cento) para cada 0,01 (centésimo) praticado abaixo do FATOR K, sobre os valores mínimos definidos no EDITAL;

5. Pagamento de ressarcimento dos dispêndios assumidos na elaboração dos estudos do PMI que embasaram a LICITAÇÃO, às empresas PIQUET CARNEIRO MAGALDI E GUEDES ADVOGADOS, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 37.127.834/0001-72, com endereço no SHIS, QI 08, Conjunto 02, Casa 1, Lago Sul, Brasília/DF, CEP: 71.620- 225; PROFICENTER NEGÓCIOS EM INFRAESTRUTURA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 10.386.321/0001- 20, com endereço na Rua Medgar Evers, nº 03, Vila Mariana, São Paulo/SP, CEP: 04.420-080; e VALLYA ADVISORS ASSESSORIA FINANCEIRA LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/ME sob o nº 24.498.811/0001-83, com endereço na Rua Alameda Jaú, nº 1.749, Jardim Paulista, São Paulo/SP, CEP: 01.420-007, na forma estabelecida no Edital de Chamamento Público nº 001/2021 e do Termo de Autorização de Estudos nº 003, publicados no Diário Oficial do Eletrônico do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense, devidamente atualizado pela variação acumulada do IPCA/IBGE;

6. Pagamento mensal a título de outorga variável ao PODER CONCEDENTE, o CIDENNF, correspondente à 1,00% (um por cento), calculado sobre a efetiva Receita Operacional Bruta – ROB do mês imediatamente anterior, decorrente da prestação dos SERVIÇOS, a ser pago até o 15º (décimo quinto) dia de cada mês, subsequente ao faturado; e

7. O subsídio previsto no Município de Quissamã, de 06 (seis) anos de isenção da TARIFA de esgotamento sanitário em todo o Município, em razão de obras previstas para o SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO, que contemplam a ETE Penha e ETE Santa Catarina, e o SISTEMA DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO de Barra do Furado, com impactos financeiros estimados no modelo econômico que compõe o ESTUDO.

Entretanto, há no Modelo Econômico-Financeiro (Anexo IV) uma estimativa de valor a ser pago à CEDAE, que, segundo resposta a pedido de esclarecimento, “faz parte das despesas consideradas para a viabilidade do projeto”.

Não há, todavia, clareza a respeito de quando e em que condições esse pagamento será feito (à vista, ou em parcelas e quantas parcelas, ou ainda qual o critério ou índice para atualização dos valores indicados no Anexo IV), o que em função da diferença de valor do dinheiro no tempo é relevante para a avaliação econômico-financeira do objeto licitado e precificação das propostas.

Por fim, é questionável se o método de cálculo usado para obtenção da estimativa está de acordo com a Norma de Referência nº 03/2023 da ANA sobre indenização de investimentos realizados e não amortizados dos contratos de abastecimento de água e esgotamento sanitário, que certamente será utilizada pela entidade de regulação

competente, a Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro (AGENERSA) para definição dos valores devidos à CEDAE.

A imprecisão e indefinição no Edital de elementos fundamentais da concessão é prejudicial não apenas aos licitantes, mas ao poder público e aos usuários dos serviços que serão concedidos. Há dois motivos, reconhecidos há muito tempo na literatura internacional especializada na licitação e gestão de concessões e PPPs¹⁴: em primeiro lugar, esse elemento de incerteza acaba sendo precificado pelos licitantes, o que gera propostas menos competitivas. Há um claro prejuízo à modicidade tarifária. Em segundo lugar, porque essa indefinição aumenta a possibilidade de ocorrência de fenômenos chamados na literatura econômica como “seleção adversa” e “risco moral” (*moral hazard*).¹⁵ Em ambos, a assimetria de informações é explorada por particulares para obter vantagens no âmbito de um contrato público (novamente em prejuízo ao interesse público), seja obtendo um contrato que não teria expertise adequada para tanto, quanto para obter condições mais favoráveis após a formalização da contratação.

Não por outro motivo, os órgãos de controle manifestam sua atenção em relação à definição precisa do objeto a ser licitado para que se evitem essas assimetrias informacionais prejudiciais à elaboração das propostas e obtenção, pela Administração contratante, das melhores condições. É o que se vê, por exemplo, da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, como visto do Acórdão 2357/2021:

5.12 Nesse sentido, uma licitação, em que o objeto não esteja claro e objetivamente definido, impossibilita sua adequada precificação pelos licitantes, bem como a comparação das diversas propostas por parte da Administração. Em outras palavras, a Administração compromete a principal finalidade da licitação, que é escolher a proposta mais vantajosa.

Não por outro motivo, o tema ganhou formalização na Súmula 177 do Tribunal de Contas da União - TCU:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação (...).

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36 a 40):

A Representação assevera que não haveria definição precisa das atuais características dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário da área da concessão, bem como da obrigação de pagamento, pela futura concessionária, e critério de cálculo das verbas indenizatórias devidas à Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro – CEDAE em função dos investimentos realizados nos sistemas a serem assumidos pela futura concessionária e que não foram amortizados no período em que a estatal desempenhou a operação.

A despeito das alegações trazidas pela Representação acerca da ausência de definição precisa do objeto, o Representante não demonstrou em que momento o CIDENNF deixou de observar o referido critério licitatório. O objeto é claramente definido no edital, com definição da modelagem de concessão pública, com quais são os serviços (operação, manutenção, adequação, reforma e ampliação dos sistemas de

abastecimento de água e de esgotamento sanitário) e em quais extensão territorial. *In verbis*:

CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE OPERAÇÃO, MANUTENÇÃO, ADEQUAÇÃO, REFORMA E AMPLIAÇÃO DOS SISTEMAS DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO DOS MUNICÍPIOS DE BOM JESUS DO ITABAPOANA, CARDOSO MOREIRA, CONCEIÇÃO DE MACABU, ITALVA, PORCIÚNCULA E QUISSAMÃ, NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

Lembrando-se tratar de um edital embasado em estudos técnicos fruto de uma PMI específica para elaboração desta modelagem, que consta com diagnóstico da situação, objetivos e metas, programas, projetos e ações necessárias, nos termos dos relatórios individualizado por municípios, como o Caderno I - Relatório Técnico - Diagnósticos dos Sistemas, Caderno II - Relatório Técnico - Prognósticos e Metas e Caderno III - Modelo Operacional.

No mais, completamente contraditória as alegações quando em um tópico a Representante argumenta que não deve ser eleito o critério de julgamento de técnica e preço, pois não se trata de um serviço especial que traga essa exigência, e no tópico seguinte assevera que a complexidade do serviço exige um nível demasiado de detalhamento para que se considere o objeto devidamente delineado.

Tal comportamento contraditório leva a crer que a intenção real da Representação é que o edital se adequa para melhor atender os interesses comerciais da Representante, o que de forma alguma pode ser tolerado no ordenamento jurídico, em que a Carta Magna preconiza a supremacia no interesse público.

Sobre a objetividade da delimitação do objeto, tanto a lei quanto a jurisprudência dos Tribunais de Contas determinam que **o edital deverá conter as informações mínimas necessária para a definição do que se pretende contratar, com vistas à preservação do princípio da competitividade.**

Assim deve ser interpretada a referida Súmula 177 do TCU, referenciada pelo impugnante, *in verbis*:

SÚMULA TCU 177:

A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Nesse sentido, o Manual de Compras e Licitações elaborado pelo Tribunal de Contas da União – edição 2023 - estabelece que **“a definição (do objeto) não deve contemplar especificações excessivas, desnecessárias ou irrelevantes, sob risco de frustrar ou limitar indevidamente o caráter competitivo da licitação, podendo até direcionar a licitação para fornecedor específico”.**

Nota-se que o objeto da presente licitação possui natureza de especial complexidade técnica. Tais serviços públicos essenciais envolvem uma gama de atividades distintas, trazendo consigo grau significativo de complexidade a justificar a delimitação de requisitos técnicos que permeiam o Edital e que se **demonstram plenamente suficiente para a delimitação do objeto, incluindo a delimitação do serviço a ser**

executado, sua área de atuação, mecanismos para avaliação de custos de implantação e execução e demais documentos pertinentes, dentre outros.

Ademais, como já destacado, apesar da alegada suposta ausência de definição precisa das atuais características dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário da área da concessão, os Cadernos I elaborados para cada um dos Municípios Consorciados, na fase de elaboração dos estudos do Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI decorrente do Edital de Chamamento Público nº 001/2021, que fundamentam a Concorrência Pública nº 001/2023 e, que, portanto, compõem o seu Edital, como parte integrante e indissociável, disponíveis no sítio eletrônico do CIDENNF (<https://cidennf.com.br/site/licitacao/31>), apresentam em seu Item 4, “Diagnóstico dos Sistemas”, com precisa e detalhada descrição dos sistemas atualmente existentes na área abrangida pela pretendida concessão.

Em diversas licitações de concessão de serviços, como inclusive a do Estado do Rio de Janeiro de abastecimento de água e esgotamento sanitário em diversos municípios, as definições do objeto e as informações técnicas fornecidas não são diferentes das apresentadas no presente certame.

No que concerne a previsão editalícia de indenização a atual operadora CEDAE, conforme disposto no Modelo Econômico-Financeiro, caberá à futura concessionária o pagamento de indenização pelos investimentos realizados e ainda não amortizados ou depreciados, conforme informações constantes do Sistema Nacional de Informações Sobre Saneamento – SNIS, a ser quantificada sob metodologia definida pela Resolução ANA nº 161, de 3 de agosto de 2023, de, no máximo, R\$ 745.472,22 (setecentos e quarenta e cinco mil, quatrocentos e setenta e dois reais e vinte e dois centavos), devendo ser atualizado até a data do pagamento. Esses valores se distribuem para as cidades de Bom Jesus do Itabapoana, Italva e Cardoso Moreira, que atualmente tem contrato de programa com prazo vigente.

Todavia, na busca de contínua melhoria do procedimento licitatório e de resoluções que tragam mais celeridade e eficiência para o alcance de uma prestação de serviço de qualidade à população, o CIDENNF, até futura republicação do certame, fará melhor análise sobre a melhor esclarecimento do edital sobre a obrigação de pagamento da indenização prevista. (grifo do autor).

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peça 33

Vale trazer à baila que a representante alega que o Edital reconhece expressamente a falta e a imprecisão das informações disponibilizadas para que os licitantes elaborem suas propostas, conforme excerto trazido na peça vestibular da representação em exame, a seguir transcrito:

12.8. Alguns índices e dados apresentados nos ESTUDOS que compõem o EDITAL e fundamentam a LICITAÇÃO foram obtidos em fontes oficiais, oriundos de autodeclaração das entidades responsáveis, **sem que haja uma conferência pormenorizada ou fiscalização de sua total compatibilidade com a realidade**, sendo de integral responsabilidade do LICITANTE a avaliação com cautela de tais dados e eventual identificação posterior de incompatibilidade de algum dado sobre os SISTEMAS.

12.9. O preenchimento do Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS pela Companhia Estadual de Águas e Esgotos do Rio de Janeiro – CEDAE retrata apenas a realidade de sua área de abrangência, o que **resulta em um déficit de informações para as demais localidades dos MUNICÍPIOS CONSORCIADOS**, não atendidos pela CEDAE, tendo sido adotados os índices de atendimento aferidos no diagnóstico dos sistemas existentes, **que não contemplam todas as áreas que necessitam da implantação dos SERVIÇOS** e a meta de universalização envolve todas as áreas urbanas e de localidade dos MUNICÍPIOS CONSORCIADOS, inclusive irregulares.

E mais à frente, a representante efetua pertinentes considerações:

Da forma como está hoje definido o Edital não há clareza a respeito de diversas informações fundamentais para a elaboração das propostas, o que torna a licitação um grande exercício de suposição por parte dos licitantes. Além das informações a respeito das características dos sistemas assumidos – em particular a respeito dos níveis de atendimento dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário nas regiões que serão atendidas pela concessão, que divergem profundamente das informações públicas disponíveis no Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS) – há um outro elemento de imprecisão que afeta de forma grave a precificação de propostas.

De fato, a assimetria de informações gerada pelo Edital vem a atribuir um significativo risco às licitantes e a eventuais futuras concessionárias na medida em que as informações vêm a gerar um significativo risco pelo desconhecimento da veracidade quanto às informações preenchidas pelos municípios no Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS. Atribuir responsabilidade às concessionárias por eventuais erros ou omissões seria transferir ao setor privado falha decorrente do preenchimento dos dados pelos entes públicos.

Essa assimetria se agrava porque em muitos municípios fluminenses os números informados são irregularmente lançados ou pouco confiáveis. Essa fragilidade de informações deriva tanto do preenchimento das prestadoras de serviços, como é o caso da CEDAE, quanto pelos próprios municípios. De forma a demonstrar tal assimetria de informações, efetuou-se consulta na presente data, 18.03.2024, ao aludido SNIS, elegendo-se os indicadores **IN015_AE** - Índice de coleta de esgoto; **IN016_AE** - Índice de tratamento de esgoto; **IN023_AE** - Índice de atendimento urbano de água; **IN055_AE** - Índice de atendimento total de água, verificando-se os seguintes resultados:

Índice de Atendimento de Água e Esgoto dos municípios da região licitada

Código do IBGE	Código do Município	Município	ANO	IN015	IN016	IN023	IN055
3300605	330060	Bom Jesus do Itabapoana	2022	100	0,7		84,08
3300605	330060	Bom Jesus do Itabapoana	2021			87,6	74,05
3300605	330060	Bom Jesus do Itabapoana	2020	3,27	35,99	86,6	73,16
3301157	330115	Cardoso Moreira	2022				68,04
3301157	330115	Cardoso Moreira	2021			100	69,5
3301157	330115	Cardoso Moreira	2020			97,2	67,53
3301405	330140	Conceição de Macabu	2022	80	0		85,26
3301405	330140	Conceição de Macabu	2021	80,84	0	100	89,13
3301405	330140	Conceição de Macabu	2020				
3302056	330205	Italva	2022	88,14	0		71,05
3302056	330205	Italva	2021			91	66,24
3302056	330205	Italva	2020	100	48,29	87,4	63,61
3304102	330410	Porciúncula	2022				76,72
3304102	330410	Porciúncula	2021	23,85	0	96,5	75,48
3304102	330410	Porciúncula	2020	25,96	0	95,9	75,03
3304151	330415	Quissamã	2022	100	100		62,36
3304151	330415	Quissamã	2021	100	100	99,1	63,64
3304151	330415	Quissamã	2020	100	100	95	61,01

Fonte: SNIS (consulta em 18.02.2022)

IN015_AE - Índice de coleta de esgoto

IN016_AE - Índice de tratamento de esgoto

IN023_AE - Índice de atendimento urbano de água

IN055_AE - Índice de atendimento total de água

Observa-se, portanto, que vários municípios não lançaram ainda os dados atinentes a 2022 sobre índice de coleta e tratamento de esgoto (IN015 e IN016), conforme linha de 2022 marcada. Em outros, observa-se disparidade nos números, a exemplo do município de Italva que teve seu índice de coleta de esgoto diminuído de 100% para 88,14% em 2022, ou ainda do município de Bom Jesus do Itabapoana que teve um aumento da coleta de 3,27% para 100% do fornecimento.

No tocante ao fornecimento de água, embora os números se apresentem mais consistentes em sua evolução crescente, constata-se grandes desafios para alguns municípios, como é o caso de Quissamã, onde apenas 62,36% da população tem acesso a água. Dessa forma, a inexistência ou inconsistência dos dados vem a obstaculizar a capacidade de o licitante proceder a uma perfeita formulação de suas propostas e assunção dos riscos de universalização proposto no novo Marco Regulatório do Saneamento, conforme preconiza o artigo 11-b do aludido diploma que estabelece:

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento. ([Redação pela Lei nº 14.026, de 2020](#)).

Convém consignar que esta ausência de dados vem a prejudicar ainda os estudos dos investimentos a serem realizados para atingimento das metas previstas no dispositivo legal citado, ficando responsável por eventuais investimentos extraordinários decorrentes da incorreção dos dados para o atingimento das metas de universalização,

o que poderá, em última análise, acarretar no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Em suma, atribuir-se um risco à concessionária sobre dados que não são eficientemente apresentados pelos municípios e pelas prestadoras vem a restringir a competitividade em face da assimetria da informação e da eventual falta de fidedignidade do estudo de viabilidade.

Neste aspecto, vale trazer alguns ditames da Resolução ANA Nº 178, de 15 de janeiro de 2024, que aprova a Norma de Referência nº 5/2024 para a regulação dos serviços públicos de saneamento básico, que dispõe sobre a matriz de riscos para contratos de prestação de serviços públicos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. A aludida Norma de Referência elenca em seu artigo 6º e seguintes as diretrizes para a elaboração da Matriz de Riscos, *in verbis*:

Art. 6º A repartição dos riscos previstos na matriz proposta no Anexo I ou dos riscos que vierem a ser acrescentados deve ser realizada com base nas seguintes diretrizes:

I - o risco deve ser alocado, sempre que possível, à parte que tenha melhores condições de:

a) diminuir, a um custo mais baixo, a probabilidade de sua ocorrência, adotando ações preventivas;

b) se antecipar à concretização do risco, para controlar os seus impactos;

c) mitigar os impactos do risco, tornando suas consequências menos danosas;
e

d) gerenciar suas consequências danosas, sem repassá-las a terceiros, caso o evento se materialize.

II - os riscos que tenham cobertura oferecida por seguradoras serão preferencialmente transferidos ao prestador do serviço;

§ 1º É recomendável que as partes desenvolvam mecanismos de prevenção e gestão dos riscos que lhe são alocados e de mitigação de seus impactos, observados os limites das responsabilidades atribuídas contratualmente.

§ 2º Os custos com as apólices poderão ser reconhecidos no cálculo tarifário, quando o modelo de regulação tarifária for discricionário.

Art. 7º A parte sobre quem recai o risco será responsável por arcar com as consequências econômico-financeiras.

Vale ressaltar que o tema da fragilidade dos indicadores não é tema novo e vem sendo objeto de fiscalizações por parte deste Tribunal de Contas, dada a relevância das metas do Novo Marco Regulatório de Saneamento. Em razão disto, esta Corte de Contas realizou auditoria, que passou a constituir o processo TCE-RJ nº 206.123-8/23 com o objetivo de “levantar informações referentes as ações previstas pelos Municípios, visando ao alcance das metas de universalização dos serviços de esgotamento sanitário e abastecimento de água”. Neste sentido, vale trazer excerto do relatório:

Com base nas informações declaradas pelos jurisdicionados, no presente Levantamento, verificou-se a atual situação dos 51 municípios do Estado do RJ em 2023, obtendo-se o diagnóstico de atendimento, na prestação de serviços públicos de abastecimento de água, coleta e tratamento de esgotos sanitários, conforme consta da Tabela 12.

A tabela supracitada relaciona os entes jurisdicionados que informaram ao menos um dos indicadores solicitados, e considerando que os municípios dispostos totalizam o quantitativo de 32, **destaca-se que o grupo restante, de 19 municípios não dispunham das informações a respeito dos indicadores de universalização.** Situação encontrada esta, preocupante, haja vista, que se presume que os titulares dos serviços públicos de saneamento básico sejam parte primordialmente interessada em conhecer o diagnóstico da situação atual, para, a partir dessa premissa inerente ao ato de planejar, estipular as metas intermediárias e progressivas, visando o atingimento da universalização no ano de 2033. **A Tabela 13 relaciona os 19 entes jurisdicionados que não têm o conhecimento dos seus indicadores de universalização, muito embora tenha sido amplamente oportunizado se pronunciarem ao longo da fase de execução deste levantamento.**

Tabela 13 – Entes Jurisdicionados que não dispõem dos indicadores de universalização de água e esgoto

MUNICÍPIOS			
1	Areal	11	Macaé
2	Armação dos Búzios	12	Mangaratiba
3	Bom Jesus do Itabapoana	13	Porto Real
4	Cabo Frio	14	Quissamã
5	Cardoso Moreira	15	São João da Barra
6	Conceição de Macabu	16	São João de Meriti
7	Engenheiro Paulo de Frontin	17	Sapucaia
8	Italva	18	Saquarema
9	Itaperuna	19	Teresópolis
10	Itatiaia	-	-

Fonte: elaborado pela equipe a partir das informações declaradas pelos jurisdicionados no questionário aplicado (Anexo 1).

Nota-se que diversos municípios listados na aludida tabela constante do relatório de auditoria figuram entre aqueles que compõem o grupo de que trata o presente Edital.

Neste contexto, impõem-se medidas necessárias à validação dos números efetivos de universalização de água e coleta e tratamento de esgoto, bem como a repartição dos riscos por eventuais incorreções e/omissões de dados lançados no SNIS ou dispostos no Edital.

Conclusão:

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação e a Manutenção da irregularidade, uma vez que foi demonstrada a fragilidade das informações do SNIS, o que vem a gerar assimetria de informações e, por consequência, restrição à competitividade e violação ao princípio licitatório, devendo o ente concedente proceder à validação dos dados dos números e indicadores de fornecimento de água e coleta e tratamento de esgoto e, ainda, à uma repartição pertinente de riscos pelo não atingimento de metas, decorrente da omissão ou erros nos lançamentos no sistema em questão.

Peca 48

Considerando-se não haverem sido apresentados novos elementos, mantém este Corpo Técnico posicionamento da instrução anterior.

Conclusão:

Mantida a apreciação anterior de 25.03.2024, com a procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação e a Manutenção da irregularidade, uma vez que foi demonstrada a fragilidade das informações do SNIS, o que vem a

gerar assimetria de informações e, por consequência, restrição à competitividade e violação ao princípio licitatório, devendo o ente concedente proceder à validação dos dados dos números e indicadores de fornecimento de água e coleta e tratamento de esgoto e, ainda, à uma repartição pertinente de riscos pelo não atingimento de metas, decorrente da omissão ou erros nos lançamentos no sistema em questão. (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme consta em sua inicial (peça 7 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24), a Representante aduz que, no Edital de Concorrência nº 001/2023 do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, ocorre **Restrição à competitividade e violação ao princípio licitatório**.

Pois bem, examinados os autos, acompanho integralmente os argumentos constantes no Relatório da ilustre Unidade de Auditoria e no Parecer do douto Ministério Público de Contas, adotando-os como razões de decidir, *per relationem*, dispensando a repetição da argumentação, tendo em vista que a análise empreendida a respeito dos elementos contidos no relatório encontra-se bem desenvolvida e fundamentada.

Sendo assim, conforme análise realizada e conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo insuficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

Irregularidade 3: Ausência de entidade de regulação

Item Questionado (peça 7 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24):

Por fim, há que se retificar o Edital em relação à ausência de um elemento essencial à realização de uma licitação para a contratação de uma concessão de serviço público, que é contrato de longo prazo. Mais precisamente, em relação à inexistência de uma entidade de regulação definida para o contrato. No Edital (item 1.1) define-se “ENTE REGULADOR” como “ente regulador com competência para regular e fiscalizar a prestação dos SERVIÇOS na ÁREA DE CONCESSÃO; O PODER CONCEDENTE, o CIDENNF, deverá especificar o ente regulador até a assinatura do contrato de concessão, podendo aderir, contratar ou se associar com qualquer entidade reguladora e/ou órgão regulador, que atenda aos requisitos da legislação pertinente e seja

competente para regular e fiscalizar os serviços públicos de saneamento básico objeto deste certame, ou mesmo realizar esta atividade de regulação e fiscalização através de alguma de suas unidades administrativas/orçamentárias, delegando-lhe tal função com a observância da autonomia decisória, administrativa e financeira exigidas em Lei”.”

Quando indagada, essa comissão respondeu que “Confirma-se que todas as exigências legais pertinentes serão atendidas na definição do ente regulador, que deverá ser definido até a ocasião de assinatura do Contrato de Concessão, sendo dotado de independência decisória e autonomia administrativa, orçamentária e financeira.”

A rigor, portanto, não há uma entidade de regulação estabelecida com poderes a ela outorgados para tanto por meio de instrumento jurídico que a habilite. Na verdade, sequer há a indicação de qual seria a entidade de regulação que assumiria tais funções.

Trata-se, portanto, de concessão ausente de entidade de regulação, o que representa afronta ao artigo 11, III, da Lei 11.445/2007:

“Art. 11. São condições de validade dos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: (...)

III - a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização;”.

Não se alegue que a designação da entidade de regulação possa ser feita após a licitação mas antes da formalização do contrato. Contratos de concessão, como quaisquer outros contratos administrativos, não são formados no vácuo ou por livre e espontânea vontade das partes contratantes. Por força constitucional (cf. artigo 175, *caput*), a delegação de serviços públicos por meio de concessões será precedida de licitação – momento em que são formadas as condições do contrato. É no momento da licitação que os particulares avaliam os encargos e riscos relativos à concessão – inclusive os riscos institucionais e regulatórios, que são igualmente relevantes para a precificação das propostas. Assim como é necessário que o objeto concedido esteja precisamente descrito para que os particulares possam fazer suas avaliações, também o arcabouço institucional e regulatório – que inegavelmente parte da definição de uma entidade regulatória – também deve ser claramente indicado desde o momento da licitação.

Além disso, a ausência de uma entidade de regulação definida é **causa de irregularidade da própria operação dos serviços**, não apenas da sua concessão. É o que se depreende da definição do art. 3º, XIII, da Lei 11.445/2007:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...)

XIII - operação regular: aquela que observa integralmente as disposições *constitucionais*, legais e *contratuais* relativas ao exercício da titularidade e à contratação, prestação e **regulação** dos serviços. (grifo do autor).

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36 a 40):

Aplica-se aqui, as justificativas e informações constantes do item “II”, do tópico V.1, da presente manifestação.

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peça 33

O presente tópico foi objeto de análise de mérito no item 2 do processo TCE-RJ Nº 119.659-7/23, já anteriormente abordado, concluindo este Corpo Instrutivo pela sua procedência.

Peça 48

O presente tópico foi objeto de análise de mérito no item 2 do processo TCE-RJ Nº 119.659-7/23, já anteriormente abordado, concluindo este Corpo Instrutivo pela sua procedência. (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

A presente irregularidade foi objeto de análise de mérito, **item 2**, do processo TCE- RJ nº 119.659-7/23, portanto, ratifico a conclusão da análise anterior:

Neste sentido, assim como posto pela nobre CAD-Desestatização, o **Editais deve definir expressamente o ente regulador**, enriquecendo os princípios da transparência e da segurança jurídica.

Sendo assim, diante do exposto, verifico que conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo insuficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

Irregularidade 4: Violação ao princípio licitatório na exigência de apresentação, pelas licitantes, de cláusulas essenciais dos contratos relativos à prestação dos serviços de saneamento

Item Questionado (peça 7 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24):

O Anexo III – Informações para elaboração da Proposta Comercial indica (p. 125 da documentação disponibilizada) que:

Deverá ser apresentado juntamente com a PROPOSTA COMERCIAL, bem como incluído no PLANO DE NEGÓCIOS, os seguintes indicadores:

1. Metas de expansão dos SERVIÇOS, de redução de perdas na distribuição

de água tratada, de qualidade na prestação dos SERVIÇOS, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reuso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os SERVIÇOS a serem prestados; e

2. Possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reuso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o USUÁRIO e a CONCESSIONÁRIA, caso aplicável.

Entretanto, a elaboração de tais materiais pelos licitantes é ilegal e viola o Novo Marco Legal do Saneamento. Isso porque ambos os itens representam cláusulas essenciais dos contratos relativos à prestação dos serviços públicos de saneamento básico (art. 10-A, incisos I e II). Tais disposições devem ser elaboradas pelo Poder Concedente e constar do contrato a ser licitado, sob pena de nulidade do contrato conforme o artigo 10-A, *caput*, da Lei 11.445/2007, a ela acrescido pela Lei 14.026/2020.

Afinal, tais informações são essenciais para a conformação das condições do contrato de concessão – conforme o artigo 10 da Lei de Concessões, a Lei 8.987/1995.¹⁶ Os licitantes precisam ter clareza a respeito de quais condições são essas *antes* de propostas comercial e técnica a serem apresentadas. Assim, a previsão de que cada licitante deverá apresentar tais informações desvirtua completamente o sentido da realização de um certame licitatório. Caso cada licitante possa apresentar as metas que deseja atender e as fontes de receita que deseja, haverá tantos objetos licitados diferentes quanto licitantes que apresentarem propostas. Cada licitante apresentará proposta para um objeto diferente.

Por óbvio, não pode o Consórcio pôr em licitação um contrato que já nasceria eivado de diversos vícios, ausente de diversas condições de validade e em violação a cláusulas essenciais das concessões.

Da Resposta do Jurisdicionado (peças 22, 36, 37, 38, 39 e 40):

Alega a Representante que seriam irregulares as exigências constantes do Edital quanto à necessidade de apresentação, na Proposta Técnica dos licitantes, das metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, entre outros critérios, e das possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias.

Segundo o defendido pela Representante, tais disposições devem ser elaboradas pelo Poder Concedente e constar do contrato a ser licitado, sob pena de nulidade do contrato conforme o artigo 10-A, *caput*, da Lei 11.445/2007.

Contudo, deixou a Representante de atentar ao fato de o pressuposto de validade estabelecido pelo artigo 10-A da Lei Federal nº 11.445/2007, incisos I e II, **são efetivamente respeitados pelos documentos que compõem o Edital**, com expressa definição, das **metas de desempenho mínimas, em especial no Item 18.3 do Edital e no seu ANEXO V – TERMO DE REFERÊNCIA**; bem como, das possíveis receitas alternativas e percentual de compartilhamento com os usuários e Poder Concedente, no Item 16.3 do ANEXO VI – MINUTA DO CONTRATO DE CONCESSÃO.

Dessa forma, o Edital e anexos apresenta todos os requisitos para o cumprimento das

exigências legais citadas, trazendo as metas e indicadores mínimos e previsão e regulamentação sobre receitas alternativas.

Somando-se as definições mínimas do edital, há de se destacar que o critério de julgamento definido para o certame ora em questão são de “melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica”, assim, como já vastamente esclarecido, as propostas técnicas devem ser apresentadas para comprovar a capacidade de adequação do mínimo exigido no edital ao preço tarifário ofertado.

Ademais, uma vez definido o licitante vencedor, a Proposta Técnica escolhida passará a ser parte integrante e indissociável do Contrato de Concessão, como seu anexo, com a responsabilidade da concessionária por esta.

Neste cenário, a avaliação da Proposta Técnica, entre outras questões, será realizada, justamente, de acordo com a definição de metas adequadas a proposta de preço, desde que respeitados os critérios mínimos definidos no edital, e previsões de receitas alternativas mais significativas a serem compartilhadas do que aquelas previstas nos documentos que compõem o Edital da Concorrência Pública.

Destarte, razão não assiste a Representante, cujos argumentos não se sustentam diante dos robustos elementos técnicos e jurídicos alinhavados na presente resposta e constantes do Edital da Concorrência Pública. (grifo do autor).

Da Análise da CAD-Desestatização (peças 33 e 48):

Peça 33

Vale lembrar que a representante questionou basicamente o Anexo III – Informações para elaboração da Proposta Comercial, o qual indica que deverão ser apresentados juntamente com a PROPOSTA COMERCIAL, bem como incluídos no PLANO DE NEGÓCIOS, os seguintes indicadores:

1. Metas de expansão dos SERVIÇOS, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos SERVIÇOS, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reuso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os SERVIÇOS a serem prestados; e 2. Possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reuso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o USUÁRIO e a CONCESSIONÁRIA, caso aplicável.

Destaca que tais disposições deveriam ser elaboradas pelo Poder Concedente e constar do contrato a ser licitado, sob pena de nulidade do contrato conforme o artigo 10-A, caput, da Lei 11.445/2007, a ela acrescido pela Lei 14.026/2020. Isto porque estas informações são essenciais para a conformação das condições do contrato de concessão – conforme o artigo 10 da Lei de Concessões, a Lei 8.987/1995. E bem aduz que os licitantes precisam ter clareza a respeito de quais condições são essas antes de apresentar suas propostas, para que tais condições sejam precificadas e refletidas nas propostas comercial e técnica a serem apresentadas.

De fato, entende-se que é o poder concedente que deve estabelecer estas metas, e não deixar ao alvedrio de cada licitante a instituição de critérios tão significativos, como a expansão dos serviços de água e esgoto, mesmo porque o artigo. 11b da Lei Nº 14.026/2020, preconiza os percentuais de atingimento da universalização que devem ser atingidos.

Vale repisar que atribuir uma nota técnica a metas de expansão dos serviços de água e esgoto, por exemplo, não seria viável, já que, além de já serem fixados por lei, ainda geraria um espaço de subjetividade de cada licitante, o que dificultaria sobremaneira um julgamento objetivo.

Ademais, vale destacar que a utilização de indicadores – como redução de perdas na distribuição de água tratada; de qualidade na prestação dos serviços; de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais; do reuso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva no momento do pleito licitatório – descaracterizaria os padrões de qualidade que deveriam sim ser fixados pela própria Administração.

Uma solução mais contemporânea utilizada pelos poderes concedentes vem sendo a utilização destes critérios de eficiência para a remuneração da concessionária, como forma de estimular a economia de escala e se remunerar por escalas de qualidade. Em razão disso, entende-se que estabelecer indicadores de eficiência deva ser atribuição da entidade concedente e não da concessionária.

Conclusão:

Procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação.

Peça 48

Da análise deste item, não se verificam elementos novos trazidos pelo jurisdicionado.

Conclusão:

Mantida a apreciação anterior de 25.03.2024, com a procedência quanto ao mérito do item inicialmente proposto na Representação. (grifo do autor).

Análise da Irregularidade:

Conforme consta em sua inicial (peça 7 do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24), a Representante aduz que, no Edital de Concorrência nº 001/2023 do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, **ocorre violação ao princípio licitatório na exigência de apresentação, pelas licitantes, de cláusulas essenciais dos contratos relativos à prestação dos serviços de saneamento.**

Neste sentido, alega ainda que o Edital prevê que deverá ser apresentado juntamente com a Proposta Comercial, bem como ser incluído no Plano de Negócios, os seguintes indicadores:

1. Metas de expansão dos SERVIÇOS, de redução de perdas na distribuição de água

tratada, de qualidade na prestação dos SERVIÇOS, de eficiência e de uso racional da água, da energia e de outros recursos naturais, do reuso de efluentes sanitários e do aproveitamento de águas de chuva, em conformidade com os SERVIÇOS a serem prestados; e

2. Possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados, incluindo, entre outras, a alienação e o uso de efluentes sanitários para a produção de água de reuso, com possibilidade de as receitas serem compartilhadas entre o USUÁRIO e a CONCESSIONÁRIA, caso aplicável.

Complementa ainda que **na forma em que se dá o Edital, cada licitante poderá apresentar propostas comerciais diferentes para o mesmo objeto.**

Pois bem, examinando os autos, identifico que da forma que se encontram redigidos os itens citados acima, **a redação permite que cada licitante apresente um tipo de proposta para o mesmo objeto**. Logo, entendo que o Edital deve conter todas as informações necessárias à formação das propostas pelos licitantes, em respeito ao Princípio do julgamento objetivo, com o fim de evitar que o julgamento se faça segundo critérios definidos para cada licitante.

Sendo assim, conforme análise realizada e conforme sugerido pela laboriosa Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, a irregularidade é **PROCEDENTE**, sendo insuficiente os esclarecimentos trazidos aos autos pelo Jurisdicionado.

Logo, coaduno com a manifestação da Unidade de Auditoria e com o *Parquet* de Contas. **Item não atendido**, gerando novas determinações.

---◆---

Diante de todo exposto, coaduno com a sugestão da laboriosa Unidade de Auditoria e do parecer do douto Ministério Público de Contas, quanto ao prosseguimento do feito, desde que atendidas as Determinações que seguem na parte dispositiva deste voto, realizando-se as adequações necessárias.

Nessa orientação, **e com o intuito de exemplificar**, é relevante mencionar o que está previsto na Nova Lei de Licitações e Contratos, a Lei nº 14.133/21¹¹. Especificamente no seu

¹¹ 1.2) A concepção adotada pela Lei 14.133/21.

“A Lei 14.133/2021 adota orientação diversa. O reconhecimento da existência de vício na contratação não impõe, como solução necessária inafastável, a desconstituição do vínculo, com efeitos retroativos. Admite-se a preservação da licitação e

art. 147, o qual estabelece de forma clara e inequívoca que a anulação é *ultima ratio*¹², ou seja, só será realizada em último caso, quando não seja possível corrigir a irregularidade:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação. (grifo nosso).

Importante ressaltar, que a licitação não é um fim em si mesmo. Apesar de ser dotada de formalismo, este não pode se sobrepor ao interesse público. A formalidade do procedimento não pode ser utilizada em via de mão única, devendo sim proteger a finalidade da licitação, em respeito aos princípios, direitos e deveres, na busca do melhor resultado.

Depreende-se, pela exposição acima, que **a anulação do procedimento licitatório**, obrigando o Jurisdicionado a refazê-lo integralmente, **certamente adiará a implantação**,

do contrato, tal como a modulação dos efeitos da pronúncia do vício. Isso significa que uma contratação eivada de vícios pode ter a sua execução preservada. A solução poderá ser acompanhada de medidas destinadas a eliminar os defeitos e os seus efeitos danosos. Se for o caso, caberá adotar providências de cunho compensatório, destinadas a suprimir vantagens ou benefícios indevidos. Cabe assinalar que essa orientação já vinha sendo praticada há longo tempo pelo TCU, em situações específicas.”

[JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas: Lei 14.133/2021 – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Pág. 1.541].

¹² *Ultima ratio* significa “última razão” ou “último recurso”. É uma expressão com origem no Latim e frequentemente empregada no Direito.

operação, manutenção, adequação, reforma e ampliação dos sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário **dos Municípios** de Bom Jesus do Itabapoana, Cardoso Moreira, Conceição de Macabu, Italva, Porciúncula e Quissamã, no Estado do Rio de Janeiro. Conseqüentemente, isso **atrasará a melhoria** e ampliação **dos serviços prestados aos cidadãos desses municípios.**

Neste sentido, torna-se imperioso invocar o princípio do interesse público primário, este definido de forma inequívoca pelo Ilustre Professor Rafael Carvalho Rezende de Oliveira¹³, o qual transcrevo:

a) interesse público primário: relaciona-se com a necessidade de satisfação de necessidades coletivas (justiça, segurança e bem-estar) por meio do desempenho de atividades administrativas prestadas à coletividade (serviços públicos, poder de polícia, fomento e intervenção na ordem econômica);

Ao invocar o princípio anterior, torna-se cristalino afirmar que não há hierarquia entre estas balizas do direito, ou seja, nenhum princípio prevalece sobre o outro, devendo todos serem observados. Neste contexto, a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁴ consolida o entendimento de que *“realmente não há hierarquia entre os princípios, mas que existem dois deles que são a base do Direito Administrativo, quais sejam, o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade do interesse público”*.

Deste modo, não há o que se falar da primazia deste sobre qualquer outro no nosso ordenamento jurídico, em especial os que norteiam as licitações, uma vez que este Tribunal de Contas, como órgão de controle externo, não deve se afastar de nem um deles, mas sim fazer a ponderação¹⁵ no caso concreto e, **no presente caso, não se verificou qualquer prejuízo em decorrência das irregularidades aventadas na Representação.**

¹³ [OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo – 11ª. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2023, pag. 45].

¹⁴ [MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2004, pag. 69].

¹⁵ *“As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos os princípios têm pesos diferentes e que os princípios*

Ademais, consigno ainda, que a finalidade da presente Representação foi indubitavelmente alcançada, uma vez que, as determinações sugeridas ao Jurisdicionado, em consequência da acurada análise promovida pela Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização, ensejarão uma maior cautela em futuros certames, bem como em futuras ações fiscalizatórias a serem empreendidas por este Tribunal de Contas.

Em derradeiro, e enaltecendo a brilhante análise da douta Unidade de Auditoria desta Corte de Contas, ao apontar as irregularidades que acometeram o procedimento licitatório conduzido pelo Jurisdicionado, ora em comento, não julgo que a anulação deste traria ao Consórcio um benefício maior perante as deletérias consequências e certamente irreversíveis prejuízos.

Por este motivo, entendo não ser prudente anular o procedimento licitatório, uma vez que não houve qualquer prejuízo à Administração Pública, em observância ao princípio *pas de nullité sans grief*, ou seja, não há nulidade sem prejuízo.

Deste modo, dispõe art. 282, § 1º, do CPC:

Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados.

§ 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte.

Cumpra aqui enfatizar, que o exercício de fiscalização do Controle Externo nas contratações públicas não se limita apenas aos princípios da legalidade e economicidade, previstos no art. 70¹⁶ da Constituição Federal; o exercício do Controle Externo busca priorizar a eficiência e a eficácia de tais contratações, buscando resultados que atendam efetivamente o interesse público.

com o maior peso têm precedência. Conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios - visto que só princípios válidos podem colidir - ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso."

[ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução da 5ª Edição Alemã – Theorie der Grundrechte. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. Traduzido por: Virgílio Afonso da Silva. Pág. 92/93].

¹⁶ **Art. 70.** A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Sendo assim, merece observância o disposto nos artigos 20 e 21¹⁷ do Decreto-Lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), o qual acentua a necessidade de se atentar para as consequências práticas das decisões proferidas em sede dos Tribunais de Contas, de forma a evitar prejuízos irreversíveis em decorrência destas decisões.

À vista de todo o exposto, julgo **PARCIALMENTE PROCEDENTES** as alegações trazidas à baila pela Representante, acolhendo parcialmente as justificativas apresentadas pelo Jurisdicionado, com determinações para serem cumpridas no âmbito do Edital de Concorrência nº 001/2023 do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, as quais seguirão na parte dispositiva desta decisão.

Em relação à tutela provisória anteriormente deferida, trago aos autos os ensinamentos do Ilustre Professor Elpídio Donizetti¹⁸, fazendo uso do que se segue: *“a tutela provisória se trata de provimento emergencial de segurança, concedido com base em cognição sumária, sendo, desse modo, revogável. A provisoriedade das tutelas decorre do fato de que a tutela conservará sua eficácia até que haja a revogação, levada a efeito antes ou na própria sentença, bem como a substituição por decisão tomada em sede de cognição exauriente. A revogação decorre de novos elementos que indiquem o desaparecimento da situação de perigo ou da probabilidade do direito sustentado”*.

Logo, com relação a cautelar anteriormente concedida na Decisão Monocrática de 15.01.24 (peça 14), considerando a procedência parcial das alegações aventadas, entendo, portanto, que a tutela provisória deva ser confirmada.

Sobre o tema, destaco o Acórdão TCE-RJ nº 121.778/23, cuja relatoria é da Conselheira Marianna Montebello Willeman, que com muita exatidão, que lhe é peculiar, clareou muito bem a matéria, vejamos:

¹⁷ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput** deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

¹⁸ [DONIZETTI, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. – 22. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. Pág. 724].

A tutela jurisdicional pode ser *definitiva* ou *provisória*, sendo que a primeira é resultado de um juízo de cognição exauriente, com profundo debate acerca da matéria abordada, em um procedimento no qual restaram garantidos o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Já a tutela *provisória* evita a produção dos efeitos danosos do tempo, que podem gerar a perda do direito material, por isso, com base em um juízo de cognição sumária, confere eficácia imediata à tutela definitiva pretendida (satisfativa ou cautelar).

Nos processos de representação que tramitam perante esta Corte de Contas, geralmente voltados para a apreciação de irregularidades ocorridas no curso de procedimentos licitatórios¹⁹, é recorrente que se formule pedido para deferimento de tutela provisória com a finalidade de suspender o certame até o julgamento final do mérito da representação – que se relaciona com a apreciação, em caráter definitivo, das irregularidades apontadas.

A tutela provisória por meio da qual se requer a suspensão do procedimento licitatório, via de regra, não se confunde com o mérito a ser julgado ao final – que trata sobre a ocorrência ou não das irregularidades, com a consequente alteração do edital –, motivo pelo qual tem natureza cautelar ou não satisfativa, já que se justifica diante de uma situação de urgência do direito a ser acautelado, o que exige a sua preservação imediata, garantindo sua eventual e futura satisfação²⁰.

Nessa linha de raciocínio, a concessão de uma tutela provisória está vinculada ao preenchimento de seus requisitos, sabidamente, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. Dito de outra forma, presentes a probabilidade de existência do direito e o perigo de dano com a demora da decisão, correto o juízo de valor que defere o pleito cautelar de natureza provisória, resultado de um juízo de cognição sumária.

Assim, levando em consideração que foi concedida com base em um juízo de cognição sumária, **a tutela provisória necessita ser confirmada pela “sentença”**, para que seja atestada a sua correção, já que se trata de decisão que exaure a cognição da causa pelo julgador.

[...]

Portanto, em síntese, **temos que a confirmação da tutela provisória de natureza cautelar ou não satisfativa representa importante capítulo da sentença que atesta a correção da tutela provisória anteriormente deferida**, mesmo após a análise exaustiva do mérito, ao passo que a sua revogação pressupõe o surgimento de fatos novos ou de novas provas que comprovem a não confirmação dos requisitos que ensejaram o seu deferimento, sendo que esta última não trata da hipótese dos autos. (grifo nosso)

Nessa linha, destaco ainda que o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/15, o qual é aplicado nesta Corte de Contas subsidiariamente por força do art. 8º do RITCERJ, expressamente consigna o termo “confirmação”, conforme se verifica no art. 1.012, §1º, V, *in verbis*:

¹⁹ Art. 113, §1º, da Lei nº 8.666/93 e *caput* do artigo 58 do Regimento Interno do TCE-RJ.

²⁰ DIDIER Jr., Fredie e outros. Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 569.

Art. 1.012 [...]

§ 1º Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

[...]

V - **confirma**, concede ou revoga **tutela provisória**; (grifo nosso)

Portanto, divirjo da ilustre CAD-Desestatização, no sentido de confirmar a tutela provisória ao invés da sua revogação.

Por outro lado, vale lembrar que, em que pese seja autorizado o prosseguimento do presente procedimento, condicionado ao cumprimento das determinações que seguem na parte dispositiva deste voto, poderá ainda ser objeto de fiscalizações futuras por parte desta Corte.

Além disso, divirjo também da laboriosa CAD-Desestatização ao sugerir que na impossibilidade de cumprimento das determinações, o Jurisdicionado proceda à revogação do procedimento licitatório. A presente divergência recai quanto ao instituto da revogação, isso porque, no presente caso, se o Jurisdicionado não puder cumprir as determinações descritas no dispositivo do voto, deverá anular o certame.

Ressalta-se que **a revogação do instrumento convocatório é uma decisão discricionária do gestor**, respaldada em seu julgamento e critérios próprios, não cabendo ao Tribunal de Contas interferir nessa prerrogativa. No entanto, caso se identifiquem irregularidades na condução do procedimento licitatório, é incumbência da Corte de Contas determinar a **anulação** do certame, que a depender do caso pode ou não se estender a todo procedimento licitatório.

Em resumo, enquanto a anulação está relacionada a ilegalidade e vícios no processo licitatório, por outro lado, a revogação é uma prerrogativa discricionária da Administração Pública, baseada na conveniência e oportunidade²¹. Ambas as medidas visam assegurar a observância dos princípios da administração pública e a proteção dos interesses coletivos.

²¹ Enquanto a anulação da licitação é um dever que decorre da ilegalidade no procedimento, a revogação é uma faculdade de desfazimento do procedimento por razões de interesse público, em razão de fatos supervenientes devidamente comprovados (art. 49 da Lei 8.666/1993).
[OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de direito administrativo – 9. Ed., – Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021. Pág. 799 (versão digital)].

Outrossim, diante da relevância do objeto, da complexidade envolvida, e considerando que o prosseguimento do procedimento licitatório está condicionado ao cumprimento das determinações descritas no dispositivo do voto, **julgo que no presente caso o arquivamento do feito deverá ser realizado somente após a comprovação das correções ainda necessárias**. Logo, dirirjo também neste ponto da CAD-Desestatização.

Por fim, porém não menos importante, quero destacar a postura orientadora/colaborativa desta Corte de Contas por meio da CAD-Desestatização, a qual faço elogios pelo relevante trabalho neste processo que, em reunião técnica-conjunta, buscou orientar os responsáveis técnicos pela elaboração do presente projeto de concessão, tendo por finalidade prevenir o insucesso do projeto, o que por certo causaria prejuízos irreparáveis à população.

Desse modo, pelas razões anteriormente apresentadas, posiciono-me **PARCIALMENTE DE ACORDO** com a proeminente Coordenadoria de Auditoria em Desestatização - CAD-Desestatização e com o douto Ministério Público de Contas – MPC, residindo minha divergência quanto à (i) revogação da tutela; (ii) à revogação do procedimento licitatório; e ao (iii) arquivamento dos autos. À vista do exposto,

VOTO:

I. Pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** da presente Representação objeto do processo TCE-RJ nº 119.659-7/23 quanto ao mérito;

II. Pela **PROCEDÊNCIA** da Representação objeto do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24 quanto ao mérito;

III. Pela **PROCEDÊNCIA** da Representação objeto do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24 quanto ao mérito;

IV. Pela **CONFIRMAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA** anteriormente concedida em Decisão Monocrática, de 15.01.24, nos autos do presente processo;

V. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual Presidente do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense – CIDENNF, nos termos do art. 15, I²², do RITCERJ, para que, caso julgue pertinente prosseguir com o certame, promova a alteração do Edital, em conformidade com as seguintes **DETERMINAÇÕES**:

V.1. Defina o agente regulador do contrato de concessão no Edital e na Minuta Contratual (item 2 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23; idem ao item 3 do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24 - apenso; idem ao item 3 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24 - apenso);

V.2. Defina de maneira clara os tipos de receita, e disponha de maneira objetiva a metodologia de compartilhamento de receita de modo que seja adequado não somente o percentual, mas também a base de cálculo em que o percentual de compartilhamento incidirá (item 6 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

V.3. Reformule os termos do sistema sancionatório, tanto no Edital quanto na Minuta do Contrato, de modo que sejam previstas, de forma clara e objetiva, as sanções contratuais a serem aplicadas nos casos de descumprimento total ou parcial das metas previstas para cada indicador de desempenho aferido, dando objetividade inclusive aos critérios adotados para a declaração da caducidade (item 7 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

V.4. Defina a periodicidade na verificação do “Indicador de Nível de Cortesia e de Qualidade Percebida Pelos Usuários na Prestação dos Serviços” (item 8 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

V.5. Retifique as metas estabelecidas no Anexo V para que estejam em consonância com o Marco Legal do Saneamento Básico (item 9 do presente processo – TCE-RJ nº 119.659-7/23);

²² Art. 15. O chamamento ao processo do responsável, ou interessado, far-se-á por meio das seguintes modalidades de comunicação processual, conforme o caso:

I - Comunicação: ato pelo qual o Tribunal determina ao responsável, com força coercitiva, o cumprimento de diligência, o encaminhamento de documentos ou a apresentação de esclarecimentos para saneamento do feito, bem como dá ciência das suas decisões.

V.6. Retifique o Edital para que se estabeleça o prazo máximo previsto para a prorrogação do PERÍODO DE TRANSFERÊNCIA DA OPERAÇÃO, de forma que seja determinado com clareza o prazo contratual (item 10 do presente processo - TCE-RJ nº 119.659-7/23);

V.7. Proceda à reavaliação da adoção do critério de julgamento “técnica e preço”, na forma como disposto nos critérios operacionais, de forma a não vir a restringir a competitividade do certame, uma vez que potenciais licitantes poderão ser desclassificados em função do peso atribuído por critérios subjetivos, sem que haja uma metodologia transparente que indique como será esta avaliação; ou, alternativamente, abstenha-se de utilizar o critério de julgamento de proposta técnica no edital (itens 1 e 2 do processo TCE-RJ nº 201.162-1/24 - apenso);

V.8. Proceda à validação dos dados dos números e indicadores de fornecimento de água e coleta e tratamento de esgoto e, ainda, à uma repartição pertinente de riscos pelo não atingimento de metas, decorrente da omissão ou erros nos referidos dados. (item 2 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24 - apenso);

V.9. Proceda à reavaliação do Anexo III no tocante às Informações para elaboração da Proposta Comercial, e do Plano de Negócios, considerando constarem itens vinculados que deveriam ser ditados pelo Poder Concedente, a exemplo das metas de universalização almejadas, além de avaliar a possibilidade de incluir as demais metas como indicador de qualidade dos serviços, atrelado à remuneração da concessionária, e não como critério de julgamento, o que desestimularia ganhos de eficiência (item 4 do processo TCE-RJ nº 201.322-3/24 - apenso);

V.10. Na impossibilidade de realizar as modificações anteriores, providencie a **ANULAÇÃO** do procedimento licitatório, nos termos do art. 71, IX²³, da Constituição Federal, fazendo constar, nos autos do processo administrativo, no portal da transparência do Município e no SIGFIS, a cópia da publicação do respectivo ato, com a devida publicidade, conforme estabelecido nos artigos 54²⁴ da Lei Federal nº 14.133/21 e 8^{o25} da Lei Federal nº 12.527/11. **O cumprimento de tais determinações deve ser comprovado no prazo de 30 (trinta) dias**, mediante a apresentação da Minuta do Edital modificada ou, caso opte pela anulação do procedimento licitatório, a publicação do ato, sob pena de aplicação de multa, por não atendimento de decisão desta Corte de Contas, nos termos do art. 63, IV, e § 1º, da Lei Complementar nº 63/90 – LOTCERJ.

VI. Pela **COMUNICAÇÃO** ao atual titular do Órgão Central de Controle Interno do Consórcio Público Intermunicipal de Desenvolvimento do Norte e Noroeste Fluminense - CIDENNF, nos termos do art. 15, I, do RITCERJ, para que acompanhe o cumprimento da presente decisão e, em caso de descumprimento, dê ciência imediata a este Tribunal, sob pena de **responsabilidade solidária**, de acordo com o art. 53, IV, e art. 55 da Lei Complementar nº 63/90²⁶;

²³ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

²⁴ Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º Sem prejuízo do disposto no **caput**, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação.

§ 2º É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.

§ 3º Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos.

²⁵ 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.

²⁶ Art. 53. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno, com a finalidade de:

IV - apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

Art. 55. Os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade, dela darão ciência de imediato ao Tribunal de Contas, sob pena de responsabilidade solidária.

VII. Pela **COMUNICAÇÃO** às Representantes, a fim de que tomem ciência da decisão desta Corte, nos termos do que dispõe o art. 110 do RITCERJ; e

VIII. Pela **REMESSA** à Secretaria-Geral de Controle Externo - SGE, com vistas à sua distribuição à Coordenadoria competente, com posterior remessa ao Ministério Público de Contas – MPC, para que, **findo o prazo do item V.10**, com ou sem resposta do Jurisdicionado, se manifeste quanto ao cumprimento das Determinações exaradas no **item V** desta decisão, com posterior retorno dos autos a este Gabinete.

CONSELHEIRO MÁRCIO PACHECO

Documento assinado digitalmente