



AGÊNCIA ESTADUAL DE REGULAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE DO SUL
Av. Borges de Medeiros, 659 - 14º andar - Bairro Centro - CEP 90020-023 - Porto Alegre - RS - www.agergs.rs.gov.br
CNPJ 01.962.045/0001-00

INFORMAÇÃO DJ N.º 120/2024

Processo: 001239-39.00/23-6

Objeto: análise ofício RSM 230/2023 e PROAS 24/3900-0000013-8 (SELT) e 24/3900-0000014-6 (SEPAR)

RODOVIAS. Contrato de Concessão n.º 20/2021. RSC-287. Pleito de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em razão da identificação de vícios ocultos no pavimento da rodovia após o início da execução dos serviços. Risco expressamente alocado à concessionária. Inexistência da caracterização de álea extraordinária a ensejar recomposição. Sugestão de indeferimento do requerido por meio do Ofício RSM n.º 230/2023, fulcro no posicionamento técnico do Poder Concedente.

Senhor Diretor:

I - DOS FATOS

O Expediente foi inaugurado com o Ofício RSM n.º 230, datado de 14/06/2023, direcionado tanto à AGERGS, quanto à SELT e SEPAR.

Por meio do referido documento, a concessionária Rota de Santa Maria S/A pleiteia reconhecimento do direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão, fulcro no estatuído na Subcláusula 19.3.14^[1], especificamente em razão da existência de vícios ocultos no pavimento da rodovia nos segmentos dos kms 100+920, 100+125, 101+185, 101+379 da Rodovia RSC-287, sentido leste.

Aduz que desde a data da assunção tem por hábito fiscalizar rotineiramente a rodovia, fins de detectar os trechos que necessitam de imediata intervenção. Que os levantamentos iniciais não identificaram a necessidade da realização de intervenções estruturais profundas no pavimento existente.

Nesse sentido, os seguintes argumentos:

Dando andamento às atividades previstas no escopo de Recuperação do pavimento a serem executadas entre o ano 02 ao 05 da Concessão (ou seja, entre 30/08/2022 e 29/08/2026), **identificou-se nos segmentos dos kms 100+920 ao 100+990, kms 101+125 ao 101+185, e kms 101+295 ao 101+379 da Rodovia RSC-287 – Sentido Leste, a ocorrência de vícios ocultos no Sistema Rodoviário transferido à Concessionária.**

Destaca-se que, nas análises de viabilidade técnica pelo Consórcio Via Central no processo de licitação, foram realizadas investigações diligentes no Sistema Rodoviário, em linha com as indicações normativas e boas práticas de Engenharia para essa faz de estudos, indo muito além dos dados disponibilizados no EVTEA referencial. Contudo, em nenhum momento se identificou a necessidade de trabalhos de reparos profundos nos trechos em apreço.

Ocorre que, ao realizar as intervenções previstas para implementar neles o escopo de Recuperação nestes pontos – superficiais, ressalte-se – a Concessionária se deparou com patologias graves no subleito do pavimento da rodovia, e cuja origem, posteriormente comprovado, advém da inobservância das práticas estabelecidas em norma, maculando o Sistema, e que não era possível se constatar previamente, apesar das diligências feitas.

Que referidos trechos foram construídos sob administração da EGR, que não se opôs ao emprego de materiais que não atendem minimamente às especificações de serviço, sequer as contidas na normativa DAER/RS T-05/91.

Que o emprego de tais materiais, com qualidade distante das tecnicamente exigíveis, gerou deformações no pavimento cuja profundidade ocasionou alteração no plano de intervenções (atraso de 44 dias nos trabalhos previstos para o segundo ano da concessão), com aumento expressivo tanto no volume de serviços quanto no de investimentos (R\$ 1.162.619,95). Que houve, pela EGR, o emprego de pedras com diâmetro muito acima do estabelecido pelo DAER, sem uniformidade e sem travamento, o que contribui para constantes e recorrentes deformidades do pavimento.

Embasa seu pleito na NBR 13752 da ABNT e na disposição contratual que aloca ao Poder Concedente o risco por vícios ocultos no sistema rodoviário vinculados à manutenção e operação do sistema rodoviário.

O pedido de reequilíbrio está instruído com anexos, dentre eles, Embasamento Técnico (acompanhado de Manifestação Técnica de especialista da UFSM), Planilha de Sobrecustos, Memória de Cálculos das Quantidades (englobando demolição e reconstrução de cada trecho), acompanhados de Ata Notarial que documenta as aberturas no asfalto e condições do solo, tudo registrado por fotografias. Além disso, o processo também está instruído com Volume Orçamentário e Documento Técnico de Descrição das atividades ("Execução de reparos profundos, intervenção com fresagem, remoção de base/sub-base e reestruturação do subleito com rochas identificadas com sobre tamanho").

Não obstante a concessionária tenha sugerido que a recomposição pleiteada ocorresse por meio de ressarcimento ou indenização direta (sem impacto tarifário) e/ou por meio de revisão tarifária, via fluxo de caixa marginal, o Poder Concedente não acatou a solicitação da RSM, conforme se analisará.

É o breve relatório.

II - DA FUNDAMENTAÇÃO

O Departamento de Fiscalização de Concessões Rodoviárias/SEPAR analisou o pleito por meio da Informação nº 050/2024, constante das fls. 79-82 do PROA original, refutando o pleito de reequilíbrio pelos reparos levados a efeito nos seguintes trechos: segmentos dos kms 100+920 ao 100+125 ao 101+185 ao 101+379 da Rodovia RSC-287, sentido leste.

Entendeu a SEPAR pela negativa de reequilíbrio com base no dever da concessionária de proceder ao levantamento pormenorizado dos riscos que estaria assumindo, dentre eles os vícios ocultos nos bens da concessão possivelmente constatáveis após a data da assunção, a teor do que prevê a Subcláusula 19.2.27 do Contrato de Concessão. Adicionalmente, apontou previsão contida no edital da licitação que previa a responsabilidade das licitantes pela verificação e validação de todos os dados e informações sobre a concessão. Afirmou que as informações, estudos, pesquisas, investigações, levantamentos, projetos, planilhas e demais documentos disponibilizados pelo Estado quando da Concorrência n.º 001/2020 foram realizados e obtidos unicamente para verificação da viabilidade da concessão, não possuindo caráter vinculativo que aferisse responsabilidade ao Poder Concedente. Que os interessados em assumir a concessão deveriam diligenciar no exame das condições da estrada e que, portanto, a concessionária tinha conhecimento das atividades a serem adotadas, tanto que o sistema rodoviário estava à disposição para estudos e análise.

Sustentou, portanto, a teor do consta dos itens 3.3 e 3.4 do Edital da Concorrência, que a concessionária era responsável pela verificação dos dados sobre a concessão, dentre eles as informações sobre a rodovia. Asseverou que os riscos pelos vícios ocultos são da própria concessionária e que tanto reparos profundos e/ou superficiais são rotineiros na conservação de rodovias, não caracterizando nada de excepcional nas atividades de manutenção e operação ao encargo da RSM.

Por sua vez, a Secretaria de Logística e Transportes, por meio de análise efetuada pela Divisão de Concessões Rodoviárias, analisou as razões apresentadas pela concessionária e concluiu no mesmo sentido da SEPAR, cuja manifestação da DFCR foi acolhida (conforme Informação das fls. 85 e 86 do PROA 24/3900-0000014-6).

A Procuradoria Setorial da PGE junto à SELT também analisou os argumentos de ordem técnica, concluindo que o contido nas Subcláusulas 19.2.9 e 19.2.27 do contrato afastam qualquer responsabilidade por parte do Poder Concedente.

Com efeito, o contrato prevê que os vícios ocultos nos bens da concessão constatados após a data da assunção são alocados à concessionária sendo, quanto a tais vícios não evidentes, alocados ao Poder Concedente tão somente aqueles vinculados à manutenção e operação identificados na data da assunção.

Nesse sentido, as seguintes disposições contratuais:

"19. ALOCAÇÃO DE RISCOS

19.1. A CONCESSIONÁRIA deverá promover levantamento pormenorizado dos riscos que assume com a assinatura do CONTRATO e adotar as medidas ou processos adequados e eficientes a mitigá-los.

19.2. Sem prejuízo dos demais riscos previstos ao longo deste CONTRATO constituem riscos assumidos pela CONCESSIONÁRIA:

(...)

19.2.9. custos excedentes relacionados às obras e aos serviços objeto da CONCESSÃO, exceto nos casos previstos na subcláusula 19.3;

(...)

19.2.27. vícios ocultos dos BENS DA CONCESSÃO, constatados após a DATA DA ASSUNÇÃO;

(...)

19.3. O PODER CONCEDENTE é responsável pelos seguintes riscos relacionados à CONCESSÃO:

(...)

19.3.14. vícios ocultos do SISTEMA RODOVIÁRIO e dos BENS DA CONCESSÃO, vinculados à manutenção e operação, transferidos à CONCESSIONÁRIA na DATA DE ASSUNÇÃO;

(...)

19.4. A CONCESSIONÁRIA declara:

i. ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no CONTRATO; e

ii. ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua proposta.

(...)

19.5. A CONCESSIONÁRIA não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no CONTRATO venham a se materializar."

Sabido que em contratos de concessão, bem como em todos os contratos administrativos que envolvem a transferência da execução de serviços públicos, a alocação de riscos é etapa crucial para estabelecer a responsabilidade das partes envolvidas.

Ponto de particular relevância em contratos de concessão de rodovias é, efetivamente, a alocação do risco associado a defeitos ocultos no pavimento.

Há, todavia, impossibilidade de conceder reequilíbrio econômico-financeiro nos casos em que tal risco é atribuído à própria concessionária.

Quando o risco por defeitos ocultos no pavimento é validamente atribuído à prestadora de serviços, esta assume a responsabilidade por problemas que podem surgir durante a vigência do contrato, mesmo que provenientes de fatos preexistentes.

Assim, a análise do caso posto em exame, em razão do qual a Rota de Santa Maria pretende reequilíbrio na faixa de mais de um milhão de reais, reforça a impossibilidade do quanto pretendido. A identificação prévia de defeitos ocultos no pavimento durante a fase de **due diligence** é crucial para que a concessionária avalie adequadamente os riscos envolvidos e os incorpore em suas projeções financeiras.

Ao invés de buscar reequilíbrio econômico-financeiro, a concessionária deveria ter se concentrado em estratégias para mitigar riscos possivelmente associados a defeitos ocultos no pavimento, o que incluía levantamento minudenciado do sistema rodoviário antes da assunção dos serviços.

A operação e exploração da rodovia englobam a conservação, manutenção e melhoramentos na infraestrutura do sistema rodoviário, a teor do que especifica o contrato por meio das Cláusulas retro transcritas, especialmente Cláusula 19, Subcláusulas 19.1, 19.2, item 19.2.27 e Cláusula 19.5.

Ademais, tanto o Contrato (Cláusula 20[1]) quanto a legislação de regência (Lei Federal nº 8.987/95, artigo 10[2], e Decreto Estadual nº 53.490/2017, artigos 45 e 46[3]) estabelecem que a respeito do cabimento do pleito de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro **"Sempre que atendidas as condições do CONTRATO e mantidas a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro"**.

A alocação de riscos, inclusive no que diz respeito a defeitos ocultos no pavimento, é escolha contratual que reflete a distribuição de responsabilidades entre as partes e que não pode ser alterada ao longo da execução da concessão.

Destarte, a impossibilidade de conceder reequilíbrio econômico-financeiro no presente caso corrobora a importância das diligências prévias à assunção dos serviços, ressaltando a necessidade de a concessionária implementar estratégias pré-contratuais que mitiguem os riscos a serem assumidos.

III - DA CONCLUSÃO

Desse modo, diante dos argumentos acima desenvolvidos, opinamos - na linha do entendimento do Poder Concedente e da SEPAR, que não reconheceram qualquer imprevisibilidade ou alteração nos encargos assumidos quando da celebração do contrato -

pelo indeferimento do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro por defeitos ocultos no pavimento nos seguimentos dos kms 100+920 ao 100+125 ao 101+185 ao 101+379 da Rodovia RSC-287, leste.

É a informação.

[1] 20. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

20.1. Cabimento da Recomposição

20.1.1. Sempre que atendidas as condições do CONTRATO e mantidas a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

(...)

20.3. Critérios e princípios para a Recomposição

20.3.1. Os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não poderão alterar a alocação de riscos originalmente prevista no CONTRATO.

[2] Art. 10 Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

[3] Art. 45 Sempre que atendidas as condições do contrato e mantida a alocação de riscos nele estabelecida, considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, nos termos do art. 10 da Lei Federal nº 8.987/95.

Parágrafo único Considera-se caracterizado o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato quando qualquer das partes sofrer efeitos, positivos ou negativos, de evento cujo risco não tenha sido a ela alocado.

Art. 46 Os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro não poderão alterar a alocação de riscos originalmente prevista no edital e no contrato. Parágrafo único As partes não poderão formular pedido de reequilíbrio econômico-financeiro fundado na ocorrência de riscos por elas assumidos



Documento assinado eletronicamente por **Lisiane Dworzecki Soares, Técnica Superior - OAB/RS nº 35.638**, em 26/06/2024, às 16:10, conforme Medida Provisória nº 2.200-2/2001.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site <https://sei.agergs.rs.gov.br/processos/verifica.php> informando o código verificador **0438312** e o código CRC **F0EE948E**.