

RELATÓRIO CONCLUSIVO DE ACOMPANHAMENTO DE EDITAL

Ordem de Serviço 2024/02942	e-TCM 017968/2024	Período de abrangência N.A.	Período da realização 26.11.2024 a 11.12.2024
Área responsável (auditada) Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente (SVMA) e Secretaria de Governo Municipal / Secretaria Especial de Desestatização e Parcerias (SGM/SEDP)			
Objeto de fiscalização Acompanhamento do Edital de Concorrência EC 004/2024/SGM-SEDP de concessão para a prestação de serviços de gestão, operação e manutenção dos Parques Municipais da Orla da Represa Guarapiranga, Parque Barragem do Guarapiranga, Parque Praia São Paulo – Núcleo Atlântica, Parque Praia São Paulo – Núcleo Praia do Sol, Parque Linear Castelo, Parque Linear Nove de Julho e Parque Linear São José. (SEI 6011.2021/0003165-5)			
Valor do objeto de fiscalização (em R\$) R\$ 713.739.254,27 ¹		Montante fiscalizado (em R\$) R\$ 713.739.254,27	
Objetivo(s) da fiscalização Verificar a regularidade do edital examinado quando aos aspectos da legalidade, formalidade e mérito.			
Equipe técnica			
André Sales Aragão Bunduki			TC nº 20.338
Fernanda Cristina Belchior Gonçalo			TC nº 20.185
Guilherme Cepellos Monticelli			TC nº 20.219
Lucas Kenji Ishii			TC nº 20.346
Tarcila de Arruda Miranda (Supervisora)			TC nº 20.175
Anselmo Rizante (Coordenador)			TC nº 20.269

¹ Valor alterado conforme versão do edital publicada em 03.12.2024.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Parques da Orla da Represa do Guarapiranga	111
Figura 2: Printscreen da planilha de Modelagem Econômico-financeira, duplicidade do “Capex” no VfM	142
Figura 3: Histograma da Simulação do SMD sem alterações.....	201
Figura 4: Histograma da Simulação do SMD com alterações.....	201

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Valores de Capex incluídos no modelo “tradicional” VfM.....	132
Tabela 2: Alterações no VPL do VfM	147
Tabela 3: Estimativa de Receita Anual na Maturidade do Parque Guarapiranga.....	159
Tabela 4: Estimativa de Receita Anual na Maturidade do Parque do Campo de Marte.....	160
Tabela 5: Estimativa de Receita Anual na Maturidade do Parque do Ibirapuera.....	160
Tabela 6: Estimativa de Receita Anual na Maturidade do Parque Trianon.....	160
Tabela 7: Escala de classificação do Índice HHIn.	161
Tabela 8: Valor do índice HHIn por parque e por classificação.	161
Tabela 9: Modelagem do subsídio cruzado com a receita reduzida.....	162
Tabela 10: Valor do índice HHIn da receita por cessão de uso do espaço por parque.....	165
Tabela 11: Valor do índice HHIn da receita por cessão de uso do espaço por parque.....	165
Tabela 12: Justificativa para os pesos do Beta e do B/S	168
Tabela 13: Comparativo entre variáveis utilizadas no WACC da modelagem de parques distintos	170
Tabela 14: Análise de sensibilidade da Outorga Fixa em relação às oscilações do WACC.....	171
Tabela 15: Análise descritiva das amostras do EMBI+ de 12 meses e de 10 anos.	173
Tabela 16: Novas alíquotas previstas para o cálculo da outorga variável.	177
Tabela 17: Componentes do NFAD	197
Tabela 18: Componentes do NFPS	198

LISTA DE SIGLAS

CEC – Caderno de Encargos da Concessionária

DM – Decreto Municipal

LF – Lei Federal

LM – Lei Municipal

LPUOS – Lei de Parcelamento, Uso e Ocupação do Solo

NT – Nota Técnica

OUC – Operação Urbana Consorciada

PDE – Plano Diretor Estratégico

PMSP – Prefeitura do Município de São Paulo

PNR – Plano de Negócios de Referência

SEDP – Secretaria Especial de Desestatização e Parcerias

SGM – Secretaria de Governo Municipal

SVMA – Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente

SPE – Sociedade de Propósito Específico

SPP – São Paulo Parcerias

SP Regula – Agência Reguladora de Serviços Públicos do Município de São Paulo

TCMSP – Tribunal de Contas do Município de São Paulo

TIR – Taxa Interna de Retorno

WACC – *Weighted Average Capital Cost* (Custo Médio Ponderado de Capital)

SUMÁRIO

RELATÓRIO CONCLUSIVO DE ACOMPANHAMENTO DE EDITAL.....	1
1. INTRODUÇÃO	6
1.1. Destinatários da fiscalização.....	8
1.2. Visão geral do objeto e objetivos da fiscalização.....	9
2. METODOLOGIA	11
2.1. Critérios adotados.....	11
2.2. Procedimentos de fiscalização para coleta e de análise dos dados	12
2.3. Limitações do trabalho de fiscalização	13
3. ACHADOS DE AUDITORIA.....	14
3.1. Achados relativos à instrução do procedimento licitatório	14
3.2. Achados relativos ao edital da concorrência.....	55
3.3. Achados relativos à Minuta do Contrato e seus anexos	78
3.4. Achados relativos ao objeto	110
3.5. Achados Relativos à Análise de Vantajosidade da Concessão (“Value for Money”)...130	
3.6. Achados Relativos à Modelagem Econômico-Financeira	151
3.7. Achados Relativos ao Pagamentos de Outorgas e Avaliação de Desempenho	174
3.8. Achado relativo ao Reequilíbrio Econômico-Financeiro	202
4. COMENTÁRIOS DO GESTOR.....	204
5. CONCLUSÃO	204
6. ANÁLISE DOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIZAÇÃO	210

1. INTRODUÇÃO

O presente Relatório Conclusivo de Acompanhamento de Edital tem por objeto a concorrência EC 004/2024/SGM-SEDP de concessão para a prestação de serviços de gestão, operação e manutenção dos Parques Municipais da Orla da Represa Guarapiranga, Parque Barragem do Guarapiranga, Parque Praia São Paulo – Núcleo Atlântica, Parque Praia São Paulo – Núcleo Praia do Sol, Parque Linear Castelo, Parque Linear Nove de Julho e Parque Linear São José (processo SEI nº 6011.2021/0003165-5).

O valor estimado do contrato indicado no edital inicialmente foi de R\$ 755.268.661,19 (setecentos e cinquenta e cinco milhões, duzentos e sessenta e oito mil, seiscentos e sessenta e uma reais e dezenove centavos), correspondente ao somatório do valor dos investimentos, das despesas e dos custos estimados para execução das obrigações do contrato, cumulado com o somatório dos valores de outorga fixa e outorga variável, durante os 18 anos de vigência do contrato (itens 5 e 6 do edital, peça 08, fls. 09/10). Posteriormente, o valor estimado foi alterado para R\$ 713.739.254,27, conforme nova versão do Edital publicada em 03.12.2024 (peça 73).

Da mesma forma, foi alterado o valor mínimo de outorga fixa de R\$ 405.963,56 (item 4.2 do edital, peça 08, fl. 09) para R\$ 368.978,91 (peça 57, fl. 09).

As receitas a serem auferidas pela concessionária decorrerão da exploração de fontes de receitas na área da concessão (item 3.2 do edital, peça 57, fl. 09) e são elas que devem garantir a sustentabilidade econômica do projeto até o fim do contrato.

O edital recomenda aos licitantes a realização de visita técnica (item 10 do edital, peça 57, fl. 14) e exige a prestação de garantia da proposta, revisado para o valor de R\$ 3.568.696,27 (item 15.1 do edital, peça 57, fls. 25/26).

A presente fiscalização, autorizada por meio da Ordem de Serviço de Fiscalização nº 2024/02942 (peça 01), visa, em resumo, verificar se o instrumento convocatório foi elaborado em conformidade com a legislação pertinente; e dá prosseguimento aos atos de controle preventivo

do Tribunal de Contas, iniciados no âmbito da análise prévia empreendida pela Auditoria nos autos do eTCM 12692/2023 por força da Instrução Normativa nº 02/2022².

Nesses termos, a referida análise prévia resultou em relatório com a seguinte conclusão (peça 91, fls. 110/111 do eTCM 12692/2023):

Conforme o item **3** desse relatório, Achados de Auditoria, foram identificadas falhas a respeito da instrução do procedimento licitatório, justificativa da concessão, audiência e consulta pública, qualificação econômico-financeira, modelagem técnico-operacional, modelagem econômico-financeira, além de diversos outros pontos das minutas de edital e do contrato. Assim, conclui-se que a minuta de projeto de desestatização apresentada pela SGM não está, nos aspectos definidos no escopo, em conformidade com as normas legais e contratuais aplicáveis. Não obstante, as sugestões e/ou recomendações emanadas no corpo do relatório não se prestam a serem tratadas como condicionantes para o prosseguimento de nenhuma etapa licitatória do projeto, tampouco possuem caráter de resposta a consulta para servir de referência a outros projetos do Executivo, por força da IN 02/2022.

Dada a natureza da presente análise preliminar, realizada nos estritos termos da IN nº 02/2022, e havendo a possibilidade de correção/adequação das irregularidades/impropriedades constatadas pela Auditoria, entendemos inaplicável, neste momento, formular propostas de encaminhamentos que demandem providências adicionais ou diversas daquelas que naturalmente a SGM deverá adotar caso entenda pelo saneamento das falhas apontadas no presente relatório, sem prejuízo de que seja avaliada a pertinência de eventuais alertas previstos no art. 10 da IN nº 02/2022, antes da abertura da licitação, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Destaque-se que a análise prévia se baseou em minutas editalícias enviadas pela própria Origem ao TCM, ao passo que este acompanhamento considerará os documentos que instruem a licitação acostados ao SEI 6011.2021/0003165-5, bem como o edital efetivamente publicado no DOC de 12.08.2024 e última versão do edital publicado em 03.12.2024 com todas as modificações realizadas pela Origem em relação às minutas encaminhadas para a análise prévia.

Nessa oportunidade, serão objeto de exame atos e procedimentos referentes à fase externa do certame, notadamente a publicação do instrumento convocatório nos meios de divulgação exigidos pela legislação.

² Conforme despacho do Relator, o TC 12692/2023 foi apensado a estes autos (peça 93 do TC 12692/2023)

A publicação da abertura do Edital ocorreu, inicialmente, em 12.09.2024, (DOC de 12.09.2024, pp. 06/07), designando a data de 13.11.2024 para a sessão de abertura dos envelopes.

Em 24.10.2024, foi acostado o Relatório Preliminar de Acompanhamento do Edital (peça 29), concluindo que o Edital não reunia condições de prosseguimento em razão dos Achados apresentados.

Nos termos do despacho do Conselheiro Relator (peça 31), em 25.10.2024, foram oficiadas as Secretarias do Verde e do Meio Ambiente, Secretaria de Governo Municipal e a Secretaria Especial de Desestatização e Parcerias, para apresentação de manifestação prévia no prazo de 05 dias. Houve pedido de dilação do prazo pela SGM (peça 39), deferido por mais cinco dias conforme despacho acostado à peça 42. A manifestação prévia foi acostada em 21.11.2024 (peças 46 a 52).

Houve o adiamento da sessão pública, inicialmente para o dia 04.12.2024, conforme publicação no DOC de 12.11.2024. **Em 03.12.2024, o edital foi republicado com a abertura de novo prazo de 36 dias, sendo a sessão de abertura designada para o dia 08.01.2025** (peça 73).

Tendo em vista que a versão do edital acostada pela SGM à peça 48 difere daquela republicada pela SGM em 03.12.2024, a última versão constante no SEI 6011.2021/0003165-5 foi juntada aos autos pela equipe, conforme peças 57 a 71.

A Comissão Especial de Licitação – CEL para o processamento da Concorrência EC 004/2024/SGM-SEDP foi designada pela Portaria 16/2024/SGM-SEDP, publicada no DOC de 03.09.2024, pp. 04/05.

1.1. Destinatários da fiscalização

Os principais destinatários são:

- Os Conselheiros do TCMSP, no exercício da função judicante, responsáveis pelo julgamento do objeto da auditoria e pela emissão de determinações, recomendações e ciências que forem consideradas pertinentes;

- A SGM e a SVMA, enquanto órgãos jurisdicionados, na condição de representantes do Poder Concedente; e
- A Câmara Municipal de São Paulo (CMSP), no exercício da fiscalização do Município, mediante controle externo.

Os resultados da fiscalização podem, ainda, ser levados ao conhecimento dos interessados a seguir elencados:

- Usuários dos parques públicos municipais, moradores das áreas circunvizinhas e munícipes em geral;
- Potenciais licitantes, financiadores e operadores dos serviços de gestão de parques e projetos associados;
- Ministério Público do Estado de São Paulo (MPSP);
- Meios de comunicação (imprensa);
- Associações e organizações da sociedade civil;
- Conselhos municipais e;
- Sociedade em geral, de modo a ampliar a divulgação da fiscalização, com contribuição para a *accountability* pública.

1.2. Visão geral do objeto e objetivos da fiscalização

O projeto de concessão em análise foi elaborado pela Secretaria de Governo Municipal (SGM) e pela Secretaria Municipal do Verde e Meio Ambiente (SVMA) com apoio técnico prestado pela estatal São Paulo Parcerias (SPP) por meio de Notas Técnicas de modelagem que instruem o SEI do certame. Aludido apoio técnico ocorreu no âmbito da Ordem de Serviço nº 53/2022/SEDP-CDP do Termo de Contrato SGM nº005/2021-SGM, celebrado entre SPP e SGM.

Segundo a Nota Técnica elaborada pela SPP (peça 74 do TC 12692/2023), a cidade de São

Paulo possui aproximadamente 109 (cento e nove) parques municipais, totalizando aproximadamente 50 milhões de m² (cinquenta milhões de metros quadrados). Os parques municipais são um importante destino de munícipes e turistas, sendo que a SVMA estima que sejam visitados por cerca de 38 milhões de pessoas a cada ano. A maioria dos parques municipais são administrados pela SVMA, por meio da Coordenação de Gestão de Parques e Biodiversidade (CGPABI), nos termos do DM nº 58.625/2019.

Diante desse cenário, a SVMA sugeriu estudo de viabilidade sobre os Parques da Orla da Represa Guarapiranga. Estes parques, com exceção do Parque Guarapiranga, foram implantados em abril de 2008, e, após certo tempo sem que fosse dado seguimento às obras, atualmente se encontram, segundo a Nota Técnica, em estado de conservação pouco satisfatório, demandando reforma e recuperação das edificações existentes, inserção de novo mobiliário urbano e outras intervenções.

Assim, foram realizados estudos urbanístico-arquitetônicos, ambientais e econômicos que basearam a eleição da concessão de serviço público, com fulcro na LF 8.987/85, como modelo jurídico adequado ao projeto, cuja sustentabilidade econômica se respalda unicamente na exploração, pela futura concessionária, de fontes de receitas previstas nas dependências dos parques e na própria Represa do Guarapiranga, cuja titularidade é da Empresa Metropolitana de Águas e Energia (EMAE).

A Origem abriu o projeto para Consulta Pública no período de 01.06.2022 a 05.07.2022; a Audiência Pública, por sua vez, ocorreu em 15.06.2022. Ambas promoveram a participação da sociedade na discussão sobre o projeto por meio de críticas, sugestões e formulação de dúvidas.

Após ajustes de modelagem e dos documentos editalícios, a SVMA concluiu pela relevância e importância do Projeto, sendo favorável à sua publicação (Informação SVMA/CGPABI nº 104463155 e Encaminhamento SVMA/CG Nº 104343727). Do mesmo modo, a Assessoria Jurídica da SVMA não encontrou óbices ao seu prosseguimento (Encaminhamento SVMA/AJ 106160346 e Parecer SGM/AJ Nº 106930703).

Em atendimento à IN nº 02/2022, a Origem encaminhou as minutas editalícias ao TCMSP para realização da análise prévia do projeto. No entanto, antes mesmo de ter ciência dos achados

consignados no relatório elaborado pelo TCM, o edital de licitação foi publicado. Portanto, o projeto a ser licitado não recebeu os aperfeiçoamentos e alterações indicados na análise prévia realizada no âmbito do TC 12692/2023.

De todo modo, como já anunciado, o presente acompanhamento terá por objetivo examinar o edital publicado quanto aos aspectos legais recorrentemente considerados nas fiscalizações dessa natureza realizadas pelo TCM. Além disso, serão verificados se os atos e procedimentos da fase externa da licitação atendem aos comandos legais que tratam dessa matéria, em consonância com a linha de atuação de controle preventivo realizado pelo Tribunal.

2. METODOLOGIA

2.1. Critérios adotados

Foram adotados os seguintes referenciais para elaboração deste Relatório:

- LF nº 8.987/95: Regulamenta a concessão de serviços públicos e de obras públicas.
- LF nº 9.074/95: Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.
- LF nº 14.133/21: Lei de Licitações e Contratos Administrativos, aplicável de forma subsidiária ao certame.
- LM nº 14.517/07: institui o Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas e cria a Companhia São Paulo de Parcerias (SPP). Define as diretrizes e os procedimentos específicos para a celebração de contratos de PPP no município.
- LM nº 16.651/17: Cria o Conselho Municipal de Desestatização e Parcerias e o Fundo Municipal de Desenvolvimento. Estabelece competências para a Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias.
- LM nº 16.703/17: Disciplina as concessões e permissões de serviços, obras e bens públicos que serão realizadas no âmbito do Plano Municipal de Desestatização – PMD.

- LM nº 17.433/20: Dispõe sobre a reorganização da Administração Pública Municipal Indireta, na forma que especifica, incluindo a criação e extinção de entidades e a criação, transferência, alteração e extinção de cargos de provimento efetivo e em comissão e de funções admitidas, bem como a criação de empregos públicos. Cria a SP Regula.
- DM nº 62.100/22: Dispõe sobre normas de licitação e contratos administrativos para a Administração Pública direta, autárquica e fundacional do Município de São Paulo, nos termos previstos na Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, bem como consolida a regulamentação da matéria em âmbito municipal.
- Jurisprudência dos Tribunais Superiores e Órgãos de Controle.
- Outras licitações promovidas pela SGM e SVMA para objetos similares, bem como dados oriundos das contratações em vigor, conforme detalhamento nos tópicos próprios.

2.2. Procedimentos de fiscalização para coleta e de análise dos dados

Em vista da natureza da presente fiscalização, realizou-se exame documental, selecionando os documentos que instruem o processo da licitação (SEI 6011.2021/0003165-5), assim como aqueles encaminhados pela SGM em atendimento à IN nº 02/2022 no âmbito do TC 12692/2023, apensado a estes autos, notadamente a Nota Técnica Consolidada (peça 74 do TC 12692/2023) e os pareceres jurídicos (peças 59, 61, 66, 85 e 86 do TC 12692/2023).

A partir disso, cotejaram-se as informações apuradas com a legislação de regência e com publicações técnicas de órgãos públicos, especialmente o Plano de Gestão dos Parques da Orla da Represa do Guarapiranga (peça 15), o que permitiu o registro dos achados e das respectivas propostas de encaminhamento.

Cumprе ressaltar que a Auditoria seguiu o Manual de Fiscalização, com destaque para o item 6.3, que trata do Acompanhamento de Edital.

Entretanto, apenas as situações que representam alguma irregularidade ou que tenham propostas de recomendação serão detalhadas no item 3 (Achados da Auditoria).

2.3. Limitações do trabalho de fiscalização

No presente trabalho, observam-se limitações naturais atinentes à concomitância dos atos administrativos da licitação e à complexidade e volume de informações relacionadas a projetos de longo prazo que envolvem diversas variáveis, como as concessões.

Nesse sentido, destaque-se o ineditismo desse projeto concessório, que agrupa sete parques municipais localizados na orla da Represa do Guarapiranga, relevante manancial de abastecimento de água para a população da cidade e reduto de riquezas naturais fundamentais para o equilíbrio ecossistêmico da cidade. Ou seja, trata-se de um projeto a ser implantado em amplas áreas com características ambientais sensíveis. Assim, o exame das disposições que possam causar impactos ambientais na área da concessão possui limitações significativas, uma vez que apenas a SVMA e outros órgãos especializados estão aptos a emitir um parecer definitivo sobre o tema.

Ademais, o projeto atribui à concessionária a execução de numerosos encargos em áreas denominadas “áreas alagáveis adjacentes”, cuja titularidade pertence à estatal estadual EMAE. Por não ser um órgão jurisdicionado ao TCMSp, resta limitada a realização da presente fiscalização sobre os trâmites internos nessa estatal para apreciar e anuir com o projeto em comento.

Por fim, cumpre salientar que, embora a licitação tenha sido publicada em 12.09.2024, a Origem promoveu correções no instrumento convocatório em 17.09.2024, e pode realizar outras modificações até a data de abertura dos envelopes. Caso isso ocorra após a conclusão das análises empreendidas pela Auditoria, as alterações do projeto e seus impactos sobre as conclusões alçadas pela Auditoria não serão captadas e registradas neste Relatório.

3. ACHADOS DE AUDITORIA

3.1. Achados relativos à instrução do procedimento licitatório

3.1.1. A justificativa para o contrato de concessão de serviços públicos se mostrou insuficiente e não foi publicada, em infringência ao princípio da motivação, ao art. 5º da LF 8.987/1995, bem como ao art. 5º e seu parágrafo único da LM 16.703/2017. Verificou-se a ausência de embasamento das premissas apresentadas e não restou demonstrada a vantajosidade da opção.

A justificativa para a presente concessão é apresentada no item 2.2 da Nota Técnica Consolidada de Modelagem do projeto (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fls. 11/19).

Após contextualização acerca da implantação dos parques da Orla da Represa Guarapiranga são expostas razões de restrição orçamentária do município para fazer frente aos investimentos necessários, como se extrai (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 12):

Ciente que as restrições orçamentárias enfrentadas pela Administração Municipal prejudicam o pleno cumprimento dos investimentos desejáveis nos parques municipais e implicam numa oferta de nível de serviço aquém da almejada pelos cidadãos, a Prefeitura de São Paulo deseja viabilizar novas formas de exploração dos parques, aptas a desonerar o erário público dos custos envolvidos na operação e tornar tais equipamentos sustentáveis econômica e financeiramente. (Destaque nosso)

A NT aponta como propósito da concessão:

O propósito é assegurar que os parques municipais possam exercer plenamente a sua função de espaço público articulador de relações entre o usuário e a natureza, de forma que sejam locais acolhedores, com adequada provisão de segurança, serviços aos usuários, espaços adequados à prática de atividades físicas e a ações culturais. Cumpre lembrar que a preservação da fauna e flora desses equipamentos e o seu respectivo manejo são parte essencial dessa finalidade, de maneira a resguardar as características intrínsecas aos parques municipais. (Destaque nosso)

E afirma supostas vantagens do modelo de concessão para a contratação:

A concessão de serviços em parques urbanos verifica-se como uma forma de contratação de gestão de parques que apresenta ganhos de eficiência em comparação ao modo tradicional de contratação de serviços, contribuindo decisivamente para uma melhor qualidade na prestação dos mesmos e na administração de bens e estruturas públicas. Além disso, auxilia na sustentabilidade financeira do Poder Público, pois o desonera de gastos de

segurança, manutenção, manejo e conservação dos parques, permitindo, por exemplo, a priorização de investimentos em áreas verdes periféricas, que demandam maior enfoque das políticas públicas. (Destaque nosso)

Ocorre que não foram apresentados dados sobre as disponibilidades orçamentárias e financeiras do Município que embasem a alegada restrição orçamentária para investimentos, informação colocada como premissa para a conclusão da necessidade de modelos de contratação que contemplem o financiamento do projeto. Portanto, sem embasamento, essa informação não pode ser considerada válida, para fins da justificativa da concessão.

Registre-se a título elucidativo que os investimentos obrigatórios totais previstos no âmbito da concessão são da ordem de R\$ 40,9 milhões, inferiores aos custos operacionais anuais projetados (R\$ 41,1 milhões na estabilidade), conforme apresenta a NT (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 49).

Igualmente, não foram apresentados dados ou estudos aptos a embasar o argumento de que a concessão promoveria de fato uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos e ganhos de eficiência em comparação às demais formas de contratação. Em suma, são alegações genéricas que poderiam fundamentar qualquer outro projeto de concessão.

Também é afirmado que a concessão auxilia na sustentabilidade financeira do Município, pela desoneração com gastos com segurança, manutenção, manejo e conservação dos parques. Essa desoneração do erário público dependerá do sucesso do projeto de concessão, cuja modelagem econômica conta com a inventividade do parceiro privado em conceber novas fontes de receitas suficientes para arcar com todos os investimentos e despesas previstos. Eventual frustração dos resultados esperados para o projeto, ao contrário da sustentabilidade financeira, poderá colocar o Município em situação de risco fiscal, ou seja, quando as recorrentes renegociais promovidas no decorrer das concessões impactam as finanças públicas com passivos diretos e/ou supervenientes.

Do mesmo modo, aduz-se na NT, de forma vaga, que o projeto em questão atenderia à necessidade de preservação da fauna e flora, bem como de manejo dos parques, porém não são apresentados elementos que permitam compreender a forma como esses objetivos seriam alcançados na prática.

Em prosseguindo, a Nota Técnica (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fls. 13/18) elenca uma série de externalidades positivas que o projeto de concessão viabilizaria, a saber:

- Possibilidade de exploração comercial sustentável pela concessionária e geração de receitas internas para a requalificação dos parques;
- Geração de empregos na região;
- Oportunidade de integrar iniciativas locais de recuperação e preservação ambiental;

Complementarmente:

- Promoção de espaços públicos mais seguros;
- Acessibilidade para pessoas com dificuldades de locomoção;
- Parques acessíveis economicamente para diferentes públicos;
- Criação de novas opções de turismo e ecoturismo nas cidades;
- Fomento ao ciclismo na cidade de São Paulo.

Porém, não se demonstrou o nexu causal entre essas externalidades e o modelo específico de contratação proposto, de forma que se questiona se tais externalidades positivas também não seriam geradas por outras formas de contratação, a título de exemplo, em que o próprio Poder Público, diretamente, firmasse contratos com os terceiros e ofertasse pontos de alimentação; estacionamento; aluguel de bicicletas e até mesmo a promoção de eventos diversos (seja por permissão, concessão de uso ou outra forma prevista em lei).

Impende ressaltar, que no projeto em análise, a exploração de fontes de receitas nos espaços dos parques não será necessariamente feita diretamente pela concessionária, que poderá celebrar contratos com terceiros, prestadores e exploradores de serviços e atividades econômicas, pelo regime de direito privado, inclusive quanto à exploração publicitária em mobiliário específico, como dispõe a cláusula 17.2 da minuta do contrato (peça 11, fl. 47).

Ademais, efeitos como a geração de empregos e a promoção de espaços públicos mais seguros são consequências mais afetas ao incremento da exploração econômica da região, não necessariamente do modelo de contrato de concessão de serviços proposto.

Também a partir dos dados apresentados pela SPP, não se vislumbra uma relação direta e exclusiva entre o contrato de concessão e o fomento do turismo e do ecoturismo e da recuperação e preservação ambiental.

Além disso, a afirmação de que a concessão tornará o parque acessível economicamente para diferentes públicos carece de fundamentação em dados concretos e em disposições do próprio contrato que assegurem o cumprimento desse objetivo, que aliás se relacionam com os princípios da universalização de acesso e da modicidade tarifária, ambos previstos na lei geral de concessões (art. 6º, §1º, da LF 8.987/1995). Vale destacar que a exploração do espaço público por particular pode, inclusive, provocar efeito contrário, a depender dos empreendimentos associados e modelo de gestão a serem implantados, quando orientados às atividades lucrativas de forma irrestrita.

Quanto ao ponto, cumpre observar que no projeto há ampla liberdade empresarial do parceiro privado, tanto quanto à melhor forma de cumprir suas obrigações, como no tocante às fontes de exploração comercial (atividades associadas, vide cláusula 16.1 da minuta do contrato, peça 11, fl. 45), não sendo possível garantir que o acesso aos diversos espaços e equipamentos sejam efetivamente democráticos como se espera de um parque público urbano inserido no modelo de concessão de serviço público (art. 6º, §1º, da LF 8.987/1995).

Considera-se que, tal como outros objetivos elencados pela Administração, a compatibilidade, avanço e/ou o atendimento de metas seja da Agenda 2030 ou do Plano de Metas 2021/2024 quanto aos aspectos ambientais, não estariam diretamente relacionados à modalidade de contratação específica de concessão de serviços, mas às efetivas ações do poder público nesse sentido, por quaisquer meios legais admitidos.

No tocante ao necessário cotejo com outras formas vigentes de contratação, a Origem limitou-se a expor que outras opções (como pela LF 14.133/2021 ou o termo de cooperação, art. 50 da LM 14.223/2006) não se adequam ao projeto em questão, pelo prazo máximo do contrato mostrar-se insuficiente para a amortização dos investimentos. Aduz que o prazo ampliado permitido pela lei para as concessões de serviço público (máximo 35 anos) se mostra compatível com o tempo necessário para amortização dos investimentos previstos (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fls. 17/18).

Contudo, não há justificativas para excluir da análise de vantajosidade da contratação na modalidade de concessão de serviços, os modelos de contratação segundo a Nova Lei Geral de

Licitações e Contratações da Administração Pública, LF 14.133/2021, mais flexíveis em relação às contratações antes regidas pela LF 8.666/1993. Na nova lei geral há previsão de contratos mais longos, podendo o prazo de vigência também chegar aos 35 anos, quando contemplarem investimentos a serem revertidos ao patrimônio da Administração Pública (art. 110, II), há também a possibilidade de serem definidos mecanismos de pagamento atrelados a desempenho (art. 144) e de compartilhamento de riscos (art. 6º, XXVII e art. 22).

Na Nota Técnica (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fls. 97/100) também são apresentadas considerações acerca da análise denominada “*Value for Money*”, estudo em que são apontadas as vantagens financeiras e sociais do projeto.

Aponta-se dentre as vantagens, a redução do tempo de execução das obras; sinergia entre as obrigações no mesmo contrato, a transferência de riscos e o pagamento da outorga atrelado à qualidade dos serviços. Em seguida, são apresentadas simulações para o comparativo entre o cenário da concessão e da execução e operação pelo poder público mediante contratação tradicional (sem especificar), concluindo-se pela vantajosidade da concessão, e apontando uma economia de aproximadamente de R\$ 197 milhões (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 100).

Porém, impende fazer algumas observações acerca do estudo apresentado. A primeira delas diz respeito à frequência e incidência dos custos considerados (a cada 5 anos) referentes às licitações para as atividades terceirizadas (limpeza, segurança e vigilância e manutenção de áreas verdes), em que fica evidente que o parâmetro adotado teve por base contratações pela já revogada LF 8.666/1993, portanto impertinente para fins da análise empreendida, e novamente desconsiderada a nova disciplina geral (LF 14.433/2021), que admite prorrogações sucessivas das contratações de serviços contínuos por até 10 (dez) anos.

Além disso, não restou claro se no estudo comparativo foi considerado o incremento das receitas mediante a cessão de uso de espaço a terceiros, tal como admitida no modelo de concessão proposto. Segundo observação da própria nota técnica (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 99), para a simulação da receita no modelo chamado “tradicional” foram considerados os valores definidos pela SVMMA, enquanto em relação ao que foi estimado para o projeto de concessão foram adotados preços maiores (vide análise do item 3.5). Considera-se que, havendo o propósito de ampliação de novas fontes de receitas nos parques, não se justificaria apresentar o

estudo sem considerar esse incremento para as duas formas de contratação, notadamente para fins de comparação dos resultados entre os modelos, pois necessariamente resultará em distorção.

A avaliação da projeção das receitas para o projeto de concessão, por sua vez, encontra-se detalhada no item 3.6 deste relatório, em que são apresentadas maiores considerações, bem como sobre a avaliação do “*value for money*” apresentada, a que fazemos referência. Ademais, os preços a serem cobrados dos usuários dos parques estão sujeitos ao princípio da modicidade tarifária, por se tratar de concessão de serviço público (vide item 3.3.3).

Desta forma, há necessidade de detalhamento das premissas e valores considerados no estudo do *value for money*, bem como de que sejam cotejados modelos de contratação vigentes mais flexíveis, sob pena de conclusão equivocada da referida análise, por distorções das variáveis consideradas.

Desse modo, considera-se que não restou demonstrada a vantajosidade econômica da escolha pelo modelo de concessão de serviços, vez que sequer foram comparadas outras opções de contratação.

A NT também aborda o impeditivo legal à cobrança de tarifas dos usuários para acesso aos parques (LM 16.703/2017, art. 9º, *caput*, §3º, inc. I), reputando haver permissivo legal na lei de concessões (art. 11 da LF 8.987/1995) para que o concessionário seja remunerado pela exploração de receitas acessórias (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 18):

Nada obstante a vedação de ingresso nas áreas abertas dos parques urbanos municipais, há permissivo no artigo 11 da Lei de Concessões para que o concessionário seja remunerado também por meio de “receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados” — isto é, o parceiro privado pode, por meio da exploração do objeto concedido, torná-lo econômico e financeiramente sustentável, prescindindo-se, assim, tanto da remuneração tarifária dos usuários do serviço como do Poder Concedente.

Concluindo, nos seguintes termos (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fls. 18/19):

Trata-se, dessa maneira, de formato contratual que enseja a inventividade do parceiro privado em conceber novas fontes de receita possuidoras de sinergia com as potencialidades dos parques. Com isso, viabiliza-se a melhoria no nível de serviço executado, a desoneração do erário público em relação à gestão,

operação e manutenção desses equipamentos e o estímulo ao usufruto desses espaços pelos cidadãos do município de São Paulo. Experiências passadas, a exemplo da concessão do Parque Ibirapuera em conjunto com outros cinco parques, indicam que este modelo de concessão, além de juridicamente possível, pode ser economicamente viabilizado pelo parceiro privado.

Portanto, há de se apontar que a concessão de serviços públicos consiste na forma contratual adequada para a prestação de serviços de gestão, operação e manutenção dos Parques Municipais da Orla da Represa Guarapiranga — Parque Guarapiranga, Parque Barragem do Guarapiranga, Parque Praia São Paulo — Núcleo Atlântica, Parque Praia São Paulo - Núcleo Parque Praia do Sol, Parque Linear Castelo, Parque Linear Nove de Julho e Parque Linear São José.

Impende ressaltar, que da forma como se apresenta o presente projeto, a SPP e SVMA vislumbram a presente concessão como solução ampla e absoluta, seja para a gestão, operação e manutenção dos parques, seja para realizar ações de proteção e recuperação ambiental de áreas degradadas, de coibição de desmatamentos predatórios e de ocupações irregulares em áreas de proteção ambiental, e até mesmo de educação ambiental, que a nosso ver são funções inafastáveis do poder público, e não podem ser supridas ou simplesmente transferidas ao particular. Somado a tudo isso, e de forma central no projeto, a inventividade do particular em conceber fontes receitas suficientes para todas essas atividades e, ainda, realizar as intervenções obrigatórias e facultativas.

Para além da necessidade de que seja demonstrado que o modelo de contratação como a melhor escolha da Administração, no presente caso, o êxito dessa opção encontra-se fortemente amparado na modelagem econômica referencial, que deverá ser o mais realista possível, notadamente no que tange às projeções de receitas, uma vez que será responsável pela sustentabilidade do projeto. Quanto ao ponto, mostram-se pertinente as considerações quanto à avaliação da viabilidade econômica do projeto, tratada no item 3.6 deste relatório, a que fazemos referência.

Como já exposto, além de não terem sido cotejados os contratos sob a égide da LF 14.133/2021, o modelo de contratação escolhido não é a única opção, havendo outras modalidades de contratação viáveis que não foram avaliadas pela Administração, por exemplo, a concessão de

uso³, cujo prazo de duração também poderia ser longo o suficiente para a amortização dos investimentos no caso.

Em suma, a eventual viabilidade do contrato de concessão de serviço público não afasta da Administração o dever de motivar fundamentadamente suas escolhas. Essa motivação deve ser a mais detalhada possível e incluir o cotejamento de todas as possibilidades jurídicas disponíveis, consignando-se, expressamente, as razões pelas quais se escolheu determinada modelagem jurídica em detrimento de outras.

Sendo assim, a justificativa para a presente concessão se mostra insuficiente e não foi publicada, em infringência ao princípio da motivação, ao art. 5º da LF 8.987/1995, bem como ao art. 5º e seu parágrafo único da LM 16.703/2017.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 01/02 e peça 52, fls. 178/181):

A SGM considera que a LF 8.987/1995 não exige a análise de vantajosidade econômica (*value for Money*), e que a análise apresentada para esse fim seria meramente ilustrativa, não constituindo elemento imprescindível para a avaliação da conveniência da concessão.

Acrescenta, que a decisão pela desestatização é de competência discricionária da Administração, indicando a manifestação da área técnica da SVMA (Encaminhamento SEI n.º 104463155 do SEI 6011.2021/0003165-5) e o parecer jurídico n.º SEI 106930703 (peça 86 do eTCM 12.692/2023, apensado ao presente), ressaltando a aprovação do projeto pelo

³ Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro: Concessão de uso é o contrato pelo qual a Administração Pública faculta ao particular a utilização privativa de bem público, para que a exerça conforme sua destinação. Sua natureza é de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado intuito personae. A concessão é o instituto empregado preferentemente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público objetiva o exercício de atividade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário. Esta assume obrigações perante terceiros e encargos financeiros elevados, que somente se justificam se ele for beneficiado com a fixação de prazos mais prolongados, que assegurem um mínimo de estabilidade no exercício de suas atividades. Em consequência, a forma mais adequada é a contratual, que permite acordo de vontades entre concedente e concessionário, estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e fixar as condições em que o uso se exercerá, entre os quais a finalidade, o prazo, a remuneração, a fiscalização, as sanções. A fixação de prazo, além de ser uma garantia para o concessionário, sem a qual ele não aceitaria a concessão, é exigência legal que decorre da Lei n. 8.666, de 21/06/1993, cujo art. 57, §3º, veda contrato com prazo indeterminado. Elemento fundamental na concessão de uso é o relativo à finalidade. Ficou expresso no seu conceito que o uso tem que ser feito de acordo com a destinação do bem. No caso de bens destinados à utilização privativa, o uso tem que atender a essa destinação; é o caso, por exemplo, de bens de uso especial, como os mercados e os cemitérios, parcialmente afetados ao uso privativo, dos bens destinados à ocupação por concessionários de serviços públicos, e dos bens dominicais postos no comércio jurídico para fins de moradia, cultivo da terra, exploração agrícola ou industrial, reforma agrária. (DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017).

Conselho Municipal de Desestatização e Parcerias (SEI n.º 109657370 do SEI 6011.2021/0003165-5).

Em sequência, expõe (peça 47, fl. 02):

A escolha pelo modelo de Concessão para o projeto em questão não se baseou apenas no cumprimento dos requisitos legais (viabilidade jurídica e economicidade), mas também foi amplamente motivada pelas necessidades e preocupações concretas da sociedade. Ou seja, além da viabilidade jurídica e da economicidade demonstradas, essa escolha reflete um compromisso claro com a melhoria da prestação de serviços públicos e a promoção do desenvolvimento sustentável, visando atender de forma eficaz às demandas sociais.

Resumidamente, o Relatório indica que as externalidades positivas provenientes da Concessão, conforme delineadas na Nota Técnica Consolidada, poderiam, em tese, ser alcançadas por meio de outras políticas públicas. É importante ressaltar que tais externalidades não constituem mera especulação, mas são resultados já medidos em outras concessões similares estabelecidas no município. Nesse aspecto, o modelo de Concessão apresenta vantagens imensas, ao permitir uma sinergia entre incentivos para a realização de investimentos na requalificação de parques e aqueles destinados à atração de novos visitantes, como forma de aumentar o potencial de remuneração do parceiro privado. Nenhum dos modelos previstos na Lei n.º 14.133/21 permitiria essa harmonização de incentivos, uma vez que se baseiam exclusivamente na execução de serviços ou no fornecimento de bens.

Para que a execução do conjunto de encargos e obrigações especificadas no Edital fosse viabilizada, seria imprescindível realizar várias contratações distintas, com escopos diversos e um alto risco de sobreposições, resultando em incentivos contraditórios e pouco produtivos.

O contrato de concessão ainda oferece um prazo mais extenso para a amortização dos investimentos feitos pelo parceiro privado, o que é fundamental para a viabilidade econômica de um projeto de grande envergadura como este, permitindo a diluição dos investimentos ao longo de um maior período. Além disso, a possibilidade de exploração comercial pela concessionária traz uma desoneração ainda maior para os cofres públicos, especialmente considerando a capacidade superior da iniciativa privada em gerar receitas, que serão utilizadas para amortizar os investimentos e custear a operação dos Parques.

Por último, cabe salientar, entre as vantagens do contrato de concessão, a possibilidade de repartição de riscos com a concessionária, de modo que o Poder Concedente não seja o único responsabilizado por eventuais questões financeiras, operacionais, regulatórias e de demanda que possam impactar a execução do contrato. Nesse cenário, ao compartilhar os riscos, a concessionária é incentivada a buscar soluções inovadoras e mais eficientes para minimizar aqueles que lhe são atribuídos.

O teor da Nota Técnica é o mesmo, tendo sido apresentado o seguinte sumário do esclarecimento à fl. 178 da peça 52:

- A Lei n.º 8987/95 não exige a realização de análise de vantajosidade econômica (Value for Money), na medida em que a Concessão implicará, necessariamente, em desoneração dos cofres públicos;
- A decisão pela desestatização é de competência discricionária da Administração, conforme manifestação expressa da área técnica da Secretaria do Verde e do Meio Ambiente, conforme Encaminhamento SEI n.º 104463155, referendada pela Assessoria Jurídica da pasta (Parecer n.º SEI 106930703);
- O Edital de Licitação foi aprovado na 5ª Reunião do Conselho Municipal de Desestatização e Parcerias, em 27/09/2024 (SEI n.º 109657370), oportunidade na qual foi demonstrada a viabilidade jurídica e os ganhos de eficiência e de economicidade da Concessão; e
- Foram aprovados por esta Corte de Contas os editais de Concorrência n.º EC/001/2024/SGM-SEDP ("Campo de Marte"); Concorrência Internacional n.º 001/SVMA/2018 ("Primeiro Lote de Parques"); e Concorrência n.º 020/SGM/2020 ("Terceiro Lote de Parques"), relativos a concessões de parques municipais.

Análise da Coordenadoria:

Cumprе destacar os principais aspectos suscitados na análise preliminar acerca da justificativa para a concessão.

Questionou-se, inicialmente, a validade das alegações de restrições orçamentárias do Município para promover os investimentos necessários e desejáveis nos aludidos parques, considerando que não foram apresentados dados sobre as disponibilidades orçamentárias e financeiras que confirmassem tal premissa para a conclusão da necessidade de modelos de contratação que contemplem o financiamento do projeto.

Igualmente não foram apresentados dados ou estudos aptos a embasar o argumento de que a concessão promoveria de fato uma maior eficiência na prestação dos serviços públicos e ganhos de eficiência em comparação às demais formas de contratação, de forma a evidenciar as externalidades positivas alegadas como específicas ao modelo de contratação proposto.

Destacou-se, ademais, a necessidade de detalhamento das premissas e valores considerados no estudo do *value for money* apresentado (peça 74 do eTCM 12.692/2023, apensado ao presente), bem como de que fossem cotejados modelos de contratação vigentes (mais flexíveis), concluindo-se não ter sido demonstrada a vantajosidade econômica da escolha pelo modelo de concessão de serviços.

A Origem, em sua manifestação prévia, em síntese, alega o entendimento de que a LF 8.987/1995 não exigiria a demonstração da vantajosidade econômica da opção pela concessão, em razão da desoneração dos cofres públicos que o modelo propõe, e que a decisão pela desestatização recairia na discricionariedade administrativa.

Especificamente em relação ao estudo comparativo da concessão com outras alternativas de contratação, aduz que nenhum dos modelos previstos na LF 14.133/2021 permitiria essa harmonização de incentivos, uma vez que se baseiam exclusivamente na execução de serviços ou no fornecimento de bens, sem, contudo, esclarecer as inconsistências apontadas no estudo do *value for money*, como por exemplo, ter adotado como paradigma o modelo da revogada LF 8.666/1993, que sequer seria viável.

Em suma, são expostas alegações genéricas para justificar a escolha da concessão, tendo como principal argumento a desoneração dos cofres públicos.

Ocorre que a análise da vantajosidade econômica integra os elementos da conveniência da decisão pela concessão, a ser demonstrada no ato administrativo justificador da outorga do serviço público ao particular. Aliás, todo ato administrativo discricionário deve ser motivado visando demonstrar que a escolha é a melhor alternativa no caso concreto. Para as concessões, a motivação deve atentar ainda para a prestação de um serviço público adequado e que contribua para a universalização da prestação desse serviço.

Quanto ao ponto, cumpre destacar o detalhamento da análise do “*Value for Money*” disposto no item 3.5 deste relatório, em que após a análise dos esclarecimentos apresentados pela Origem em sua manifestação prévia e das correções de parte das inconsistências, verificou-se que a vantagem econômica seria inferior à indicada pela Origem (R\$113,9 milhões), em razão dos achados 3.5.2 e 3.5.5 que não foram esclarecidos. Além disso, é observada a necessidade de serem considerados outros aspectos na análise do custo-benefício da opção pela concessão, como o denominado “viés do otimismo”, conforme considerações da análise do achado 3.5.10.

Pela lógica sugerida pela Origem, a desoneração dos cofres públicos passaria a ser o principal objetivo das contratações pelo modelo de concessão, em detrimento dos demais aspectos

relacionados à prestação do serviço público em questão. Ainda por tal lógica, a desoneração dos cofres públicos por si só dispensaria a realização e apresentação de estudos comparativos com os demais modelos de contratação.

Quanto à falta de publicação da justificativa, a Origem não apresentou nenhum esclarecimento.

Por tais razões, reitera-se o presente achado, vez que a justificativa da concessão mostrou-se insuficiente, além de não ter sido publicada, em infringência ao art. 5º da LF 8.987/1995, bem como ao art. 5º e seu parágrafo único da LM 16.703/2017.

3.1.2. Infringência aos arts. 5º e 13 da LF 14.133/2021, bem como afronta os princípios da transparência e publicidade, em razão da restrição de acesso no Portal de Processos da PMSP à documentação que instrui o SEI 6011.2021/0003165-5.

A publicidade e transparência dos procedimentos licitatórios conduzidos pela Administração já foi objeto de representação do Vereador Senival Pereira de Moura trazida a esta Corte de Contas, por ocasião da licitação da concessão administrativa para a requalificação e conservação de Unidades Educacionais da DRE São Mateus (Concorrência EC 010/2022/SGM-SEDP - eTCM 16895/2022).

Destaque-se, no presente caso, a importância dos parques públicos na qualidade de vida da população, como relevante elemento da preservação ambiental, direito à cidade, convivência social e contemplação da natureza, além do prazo e valor envolvidos, circunstâncias que impõem amplo debate e transparência com a sociedade no processo definidor da gestão e usos a serem implantados pelo poder público nesses espaços públicos.

Em consulta ao Portal de Processos da PMSP⁴ ao SEI 6011.2021/0003165-5, verificou-se que toda documentação a ele acostada consta como “Documento classificado como restrito, conteúdo não pode ser exibido”, em prejuízo aos princípios da publicidade e da transparência, pertinentes ao regime jurídico administrativo, e expressamente previstos no art. 5º da LF 14.133/2021 (peça 25, fl. 02).

⁴ <https://processos.prefeitura.sp.gov.br/Forms/consultarProcessos.aspx#!>

Aliás, o art. 13 da indigitada lei preconiza que os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei. O parágrafo único do referido art. 13 ainda detalha os casos em que a publicidade poderá ser diferida: quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura; e quanto ao orçamento, quando sigiloso, assim declarado e justificado pela Administração.

Desta forma, verifica-se infringência aos arts. 5º e 13 da LF 14.133/2021, bem como afronta aos princípios da transparência e publicidade, em razão da restrição de acesso ao processo SEI 6011.2021/0003165-5 no Portal de Processos da PMSP.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 02/03 e peça 52, fls. 181/186):

A Origem aduz como evidentes os motivos que justificam a restrição de acesso à Nota Técnica de Modelagem, por se tratar de documento interno que contém as premissas da modelagem jurídica, técnica operacional e econômica, incluindo a precificação e a explicitação detalhada dos precedentes utilizados para a formação dos preços e valores de referência contidos nos documentos editalícios, reputando prejudicial à concorrência o acesso ao documento.

Prossegue aduzindo que seriam documentos preparatórios de ato administrativo, e que a restrição teria amparo na Lei de Acesso à Informação (LF 12.527/2011).

Argumenta, ademais, que houve ampla divulgação e transparência do projeto, e que em outra ocasião a falha foi superada pela própria SCE e também pelo relator do eTCM 16.239/2022.

Apresenta a seguinte síntese dos esclarecimentos às fls. 181/182 de peça 52:

- A restrição de acesso à Nota Técnica de Modelagem se justifica para evitar prejuízos à concorrência do futuro certame e garantir que os potenciais licitantes formulem de forma autônoma e independente suas próprias propostas financeiras.
- Trata-se de documento preparatório, em consonância com a Lei de Acesso à Informação – Lei Federal nº 12.527/2011 e a Cartilha da AGU;
- A SGM assegurou a ampla divulgação e transparência do projeto, em todas as suas etapas: Consulta Pública entre 01/06/2022 e 05/07/2022, com a audiência pública em 15/06/2022.

- Essa questão foi tratada e superada no âmbito de outras auditorias conduzidas por esta Corte de Contas, como nos processos TC/16895/2022 e do TC/016239/2022.

Análise da Coordenadoria:

Como já exposto, entende-se que ao processo administrativo relativo às licitações se impõe a regra de publicidade e transparência, sendo, portanto, injustificada a restrição de acesso do público geral aos documentos que instruem o SEI 6011.2021/0003165-5.

Em que pese o exposto pela SGM acerca do ponto, repisamos nossas considerações, ressaltando que a fase externa da licitação é iniciada com a divulgação do ato convocatório (publicação do edital) e sua respectiva abertura, momento a partir do qual deve ser garantido o acesso ao respectivo processo administrativo (sendo esse o comando do art. 7º, §3º da Lei 12.527/2011, suscitada pela Origem) .

Considera-se que em projetos de concessões e PPPs, a pertinência das justificativas ora expostas para a restrição de acesso à Nota Técnica deve ser cuidadosamente ponderada, sendo controverso se o pleno conhecimento das premissas econômicas adotadas na modelagem do projeto pelos potenciais licitantes realmente pode se mostrar prejudicial à concorrência e à formulação de suas propostas.

Aliás, o Plano de Negócios de Referência – PNR (documento em que são apresentadas as diretrizes gerais de precificação do projeto) é um anexo do edital (última versão encartada à peça 61). Nesse anexo é apresentada a consolidação dos valores obtidos através das premissas explicitadas na Nota Técnica, justamente como forma de fornecer elementos para os interessados formularem suas propostas.

Cumpramos ressaltar ser cediço em projetos dessa natureza, o entendimento de que quanto mais realista se mostrar o plano de negócios referencial, maiores as chances de sucesso na contratação, ou seja, o documento é elaborado e apresentado para servir de referência aos licitantes, o que a nosso ver não justificaria omitir as premissas adotadas para se chegar aos valores apresentados.

Destaque-se, que em outra análise (e-TCM 14.581/2023, EC/006/2023/SGM-SMT), na apreciação do ponto e no sentido das considerações aqui expostas, foi ressaltado o teor das solicitações dos esclarecimentos apresentadas pelos interessados (vide peça 133 daquele e-TCM), em que ficou notória a necessidade de maiores elementos quanto à precificação adotada pela Origem na modelagem econômica do projeto, tendo sido requeridos justamente detalhamentos por planilhas dos valores considerados no CAPEX e OPEX e dos valores considerados no Plano de Negócios Referencial (PNR).

Essa recente constatação corrobora o questionamento acerca da pertinência da restrição de acesso à Nota Técnica, pois as dúvidas levantadas pelos interessados indicam que se tratam de dados relevantes para a correta compreensão e formulação das propostas pelos licitantes. Além disso, indicam também que as formas alternativas de divulgação adotadas pela Origem, em detrimento da publicidade legalmente prevista, não têm se mostrado suficientes.

Quanto à alegação de que já houve a superação do apontamento em outros processos, inclusive pela própria SCE, de fato, em outras análises, ainda sob a regência da revogada LF 8.666/1993, consideradas as circunstâncias do caso concreto e a publicização promovida pela Administração, entendeu-se como relevável a falha na transparência e publicidade do processo administrativo, mas sempre sendo ressalvada a sua observância como regra na condução dos futuros procedimentos licitatórios, e a restrição de acesso a documentos específicos de forma excepcional e justificada (prévia). Sendo assim, não há que se cogitar a adoção de tal prática como habitual, tendo restado claro tratar-se de posicionamento excepcional segundo as circunstâncias específicas.

Ademais, como já destacado, a nova Lei Geral de Licitações, LF 14.133/2021, em seu art. 13, preconiza que os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei, detalhando no parágrafo único do referido artigo, os casos em que a publicidade poderá ser diferida.

Em suma, a situação que se apresenta não se enquadra nas hipóteses excepcionalizadas pela lei de regência, prevalecendo a regra da publicidade.

Pelo exposto, reitera-se o presente achado.

3.1.3. O parecer jurídico conclusivo deixou de abordar de forma mais aprofundada os aspectos legais relevantes destacados nesta análise, de forma que o projeto incorre em alto risco fiscal para o Poder Concedente ou até mesmo de frustração de seus objetivos, deixando, portanto, de atender plenamente ao desiderato do art. 53 da LF 14.133/2021, quanto ao prévio controle de legalidade da contratação.

Conforme constou do relatório de peça 91 do eTCM 12.692/2023 (apensado ao presente), para fins do cumprimento do art. 53 da LF 14.133/2021, que exige que ao final da fase preparatória, o processo licitatório seja submetido à apreciação do assessoramento jurídico para realização do controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação, em 26.06.2024, foi indicado pela SGM o Parecer SGM/AJ nº 103578810 (peça 59 do eTCM 12.692/2023, fls. 03/07).

Contudo, conforme consignado na Informação INF-C5-89/2024 (peça 61 do eTCM 12.692/2023, fls. 12/13), o referido parecer jurídico não se mostrava conclusivo em cumprimento da indigitada disposição legal, posto que consignava diversas recomendações e ressalvas quanto à instrução do processo licitatório, condicionantes para o seu prosseguimento.

Verifica-se do eTCM 12.692/2023, que o encaminhamento da Pasta (peça 66) indica o Parecer Jurídico de peça 67, de mesmo teor do Parecer SGM/AJ nº 103578810, de 16.05.2024 (peça 59), objeto da ressalva da Informação INF-C5-89/2024 (peça 61, fls. 12/13).

Já a Nota Técnica Consolidada, última versão apresentada (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 10), informa que a modelagem foi objeto de análise da Assessoria Jurídica da SVMA, por meio do Encaminhamento SVMA/AJ nº 106160346 (peça 85 do eTCM 12.692/2023), e que a referida Assessoria não encontrou óbices para o prosseguimento do certame. Verifica-se que o parecer da Assessoria Jurídica da SVMA destacou a complementação da instrução do respectivo processo por meio da nota técnica complementar elaborada pela SPP, nos seguintes termos (peça 85 do eTCM 12.692/2023, fl. 01):

Considerando o parecer exarado pela competente assessoria jurídica da SGM, encartado sob o SEI 103578810, com o qual corroboramos, bem como que a nota técnica complementar elaborada pela SPP (104115451) contemplou as recomendações formuladas pela SGM/AJ, entendemos que a instrução do processo e a minuta de edital encontram-se em termos sob o aspecto

jurídico-formal e, portanto, não vemos óbices ao prosseguimento do presente.
(Grifo nosso)

A NT consolidada aponta, ademais, como análise conclusiva o parecer elaborado em conjunto pelo corpo jurídico da SVMA e da SGM (Parecer SGM/AJ nº 106930703 – peça 86 do eTCM 12.692/2023), de 16.07.2024, que destaca sua manifestação como complementar, tendo em vista a instrução havida após o parecer precedente (peça 59 do eTCM 12.692/2023, fls. 03/07), inclusive para permitir uma melhor avaliação de mérito pela autoridade competente para a abertura do edital, bem como em razão da alteração parcial dos documentos editalícios, e após sintetizar as observações anteriormente consignadas, registra (peça 86 do eTCM 12.692/2023, fl. 02):

Há ainda manifestações técnica e jurídicas de SVMA, acolhidas pelo gabinete da Pasta, favoráveis aos termos do edital e seus anexos (104463155, 104343727, 106160346 e 106819134)

Em atenção às recomendações acima foram promovidas alterações nos documentos editalícios, que abarcou também solicitações de SEDP e de SVMA, conforme esclarecem o encaminhamento 104092165 e a Nota Técnica complementar da SPP (104115451).

Atendo-nos aos aspectos acima destacados do nosso parecer anterior, em cotejo com a instrução complementar promovida, entendemos esclarecidas nossas recomendações, não havendo, sob o ponto de vista jurídico-formal, óbices ao prosseguimento do certame, inclusive, acatando sugestão da assessoria jurídica de SVMA, esta manifestação será assinada em conjunto.

No tocante às demais alterações, solicitadas por SEDP, de acordo com os apontamentos da Nota Técnica complementar são, em suma maioria, alterações de prazos para providências administrativas e a respeito do comitê de transição que, ao nosso ver, não afetam a nossa análise jurídica anterior nem comprometem a higidez do edital e do contrato.,

Em razão do exposto, entendemos que a instrução do processo e a minuta de edital encontram-se em termos sob o aspecto jurídico-formal e, portanto, não vemos óbices ao prosseguimento do presente.

Assim, com a complementação da instrução conforme consignam os pareceres jurídicos (peças 85 e 86 do eTCM 12.692/2023), como consignado no relatório de peça 91 do eTCM 12.692/2023, considera-se atendido o art. 53 da LF 14.133/2021, somente sob o aspecto formal.

Não obstante, há objeções quanto ao efetivo cumprimento do controle prévio de legalidade pelo órgão de assessoramento jurídico, em relação a dois pontos que foram objeto de ressalvas no Parecer SGM/AJ nº 103578810 (peça 59 do eTCM 12.692/2023, fls. 03/07 e peça 67).

O aludido parecer registrou como ponto de atenção o risco de não disponibilização da área integral pelo Poder Concedente nos prazos definidos, e até mesmo de inviabilidade do projeto, dada a ocupação irregular no Parque Praia São Paulo – Núcleo Praia do Sol (em processo de desocupação a cargo da Procuradoria-Geral do Município, Processo SEI nº 027.2022/0002087-3) e também no tocante à área de titularidade da Empresa Metropolitana de Águas e Energia – EMAE, como se verifica (peça 67 do eTCM 12.692/2023, fl. 05):

Embora não possamos deixar de exaltar a transparência das disposições e a forma clara prevista para mitigação desses riscos, uma vez que a nota técnica esclarece que há uma ocupação irregular existente na região do Parque Praia São Paulo, do ponto de vista jurídico, necessária a apresentação de justificativa quanto à razoabilidade dos prazos propostos para desocupação, de modo que a autoridade competente possa avaliar a conveniência de divulgação do projeto nesse momento, em cotejo com as consequências decorrentes de eventual descumprimento da obrigação pelo Poder Concedente, inclusive quanto ao pagamento da outorga fixa (item 29.1.1, do termo de contrato) ou até mesmo sobre a viabilidade do projeto.

No Memorial Descritivo (peça 75 do eTCM 12.692/2023, fls. 286/287), a ocupação irregular em parte da área do Parque Praia São Paulo – Núcleo Praia do Sol é destacada na figura 40, com a seguinte observação:

Atualmente, parcela do PARQUE PRAIA SÃO PAULO - NÚCLEO PRAIA DO SOL é objeto de ações de reintegração de posse pela SVMA (área destacada em vermelho na Figura 40 e demonstrada na Figura 41Figura 40), que é responsável e a liberação da área. O local compreende edificações e estruturas de moradia e operacionais de ocupantes irregulares. Após o desimpedimento da área, todas as construções irregulares deverão ser demolidas pela CONCESSIONÁRIA, nos termos do CONTRATO e o local deverá ser integrado à ÁREA DA CONCESSÃO.

Em relação a tais pontos, o Parecer SGM/AJ nº 106930703 (peça 86 do eTCM 12.692/2023, fls. 01/02) limitou-se a registrar, sem maiores considerações sobre a adequação das providências adotadas, o seguinte:

(a) Previsão de comprovação de anuência da EMAE com a concessão previamente à assinatura do termo de contrato.

(b) Ajuste do item 3 do edital para deixar a redação semelhante à constante do item 5.2, da minuta do termo de contrato, que deixa clara a previsão de implantação do Parque Praia de São Paulo –Núcleo Atlântica. [...]

(h) Apresentação de justificativa quanto à razoabilidade dos prazos propostos para a desocupação de área na região do Parque Praia São Paulo.

O edital, em seu item 24, define as condições precedentes à assinatura do contrato, constando (peça 08, fl. 54):

24.5. Como condição precedente à assinatura do CONTRATO, o PODER CONCEDENTE deverá ter recebido anuência expressa da EMAE para a cessão de uso das áreas dos PARQUES a terceiros, nos termos da Cláusula 11, §1º do termo de cessão cuja cópia consta no Apêndice Único do Anexo IV do Edital. (Grifo nosso)

Tanto no subitem 3.1.1⁵ do edital (peça 08, fl. 09), como no item 5.2⁶ da minuta do contrato (peça 11, fl. 10), que definem o objeto da concessão, consta a implantação do PARQUE PRAIA SÃO PAULO – NÚCLEO ATLÂNTICA.

Já a NT, quanto ao regramento aplicável em caso de eventual restrição de uso e ocupação na área da concessão, expôs (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fls. 113/114):

Considerando (i) a ocupação irregular presente no Parque Praia São Paulo, objeto do Processo SEI nº 6027.2022/0002087-3, que está sendo conduzido e acompanhado pela Procuradoria Geral do Município (PGM) e (ii) que o elemento temporal é especialmente relevante no contexto do Projeto, na medida em que o prazo de Concessão deverá coincidir necessariamente com o término do Contrato de Concessão nº 002/2004, previu-se um regramento específico em caso de eventual restrição de uso e ocupação de parcela da Área de Concessão.

De acordo com o Contrato, o Poder Concedente deverá disponibilizar a integralidade da Área da Concessão livre e desimpedida a partir do início do Estágio 2 do Período de Transição, podendo entregar somente parcialmente a Área da Concessão caso determinada parcela apresente restrição de uso e ocupação. Na hipótese de parcela da Área da Concessão apresentar eventual restrição de uso e ocupação e a demora para a disponibilização integral da Área da Concessão, livre e desimpedida, seja superior ao período de 9 (nove) meses

⁵ 3.1.1. Também compõe o objeto da presente LICITAÇÃO a CONCESSÃO dos serviços necessários para a implantação do PARQUE PRAIA SÃO PAULO – NÚCLEO ATLÂNTICA, nos termos do ANEXO III do EDITAL – MINUTA DO CONTRATO.

⁶ 5.2. Também compõe o OBJETO da presente CONTRATO a implantação do PARQUE PRAIA SÃO PAULO – NÚCLEO ATLÂNTICA, nos termos deste CONTRATO e seus ANEXOS, em especial do ANEXO III – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA e seu APÊNDICE I – PROGRAMA DE NECESSIDADES, bem como nos termos do ANEXO IV do EDITAL – MEMORIAL DESCRITIVO.

contados do início do Estágio 2, a Concessionária fará jus à readequação no prazo⁶⁰ previsto para conclusão do Programa de Intervenção, de modo que para cada 1 (um) mês de atraso sejam acrescidos 1 (um) mês para a finalização do Programa de Intervenção.

Adicionalmente, caso a demora para a disponibilização integral da Área da Concessão, livre e desimpedida, seja superior ao período de 12 (doze) meses contados do início do Estágio 2, a Concessionária fará jus, além readequação do prazo, ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

Quanto aos prazos definidos, a NT consigna (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 114):

Destaca-se que 9 (nove) meses contados do Estágio 2 do Período de Transição totalizaria aproximadamente 1 (um) ano desde a Ordem de Início, a partir de quando aplicar-se-ia a readequação do prazo de início do Programa de Intervenção. Entende-se que 1 (um) ano da data da Ordem de Início é prazo factível para que o Poder Público tome providências quanto às ocupações preexistentes na área, ao mesmo tempo que se compatibiliza a disponibilização integral da Área da Concessão com o prazo exíguo de que dispõe a Concessionária para amortizar seus investimentos. No entanto, caso a demora para a disponibilização integral da Área da Concessão, livre e desimpedida, seja superior ao período de 12 (doze) meses contados do início do Estágio 2, previu-se que a Concessionária faça jus, além readequação do prazo, ao reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato.

Ainda, foram previstos outros mecanismos auxiliares na estruturação do Projeto. Dentre eles, destaca-se (i) a possibilidade de segregação da Outorga Fixa em duas parcelas; e (ii) o desenho de um cronograma de obras que permita à Concessionária iniciar o Programa de Intervenções imediatamente, mitigando impactos de eventuais atrasos na disponibilização da Área da Concessão.

Em suma, o tratamento conferido a essas condições impeditivas de entrega integral da área da concessão livre e desimpedida, foi o de configurá-las como riscos, atribuídos contratualmente ao Poder Concedente, prevendo-se em favor do concessionário o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato caso ocorram, ou melhor, caso essas restrições não sejam resolvidas nos prazos definidos. Especificamente quanto à justificativa dos prazos de 9 e 12 meses, são somente reputados como razoáveis, sem, contudo, apresentar qualquer indicação concreta nesse sentido (dados históricos ou mesmo andamento das tratativas que conduzam a tal razoabilidade).

Há ainda referência na NT, por ocasião da justificativa do prazo da concessão (item 3.4.2.5, peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 111), que o prazo de 18 (dezoito) anos foi definido em virtude de alinhamentos entre a EMAE e a SVMA a fim de que o término da concessão coincida com o do Contrato de Concessão nº 002/2004, firmado entre ANEEL e EMAE, o que sugere ter sido uma

interferência limitadora do prazo, inclusive de prorrogações em caso de reequilíbrio econômico-financeiro (como prevê a subcláusula 39.7-a da minuta do contrato, peça 11, fl. 86).

Além desse aspecto, consideram-se necessários outros elementos que esclareçam os termos dessa concessão da ANEEL e quais outros reflexos poderiam ter no presente projeto de concessão, além do prazo, como exposto pela NT.

Há ainda outros aspectos que em nosso entendimento devem ser elucidados previamente à abertura da licitação e que merecem apreciação pontual do órgão de assessoramento jurídico:

Considera-se que não foi suficientemente esclarecida e apreciada a questão relacionada à Ação Civil Pública que envolve o Parque Nove de Julho, dado se tratar de risco contratualmente atribuído ao Poder Concedente, caso haja necessidade de ajuste do contrato quanto a eventuais obrigações advindas de Termo de Acordo com o Ministério Público, podendo ensejar reequilíbrio econômico-financeiro em favor da concessionária.

A NT, quanto ao ponto, consigna (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 126):

Adicionalmente, cumpre ressaltar que o Parque Linear Nove de Julho é objeto, desde 2010, da Ação Civil Pública - ACP 0031818- 59.2010.8.26.0053, movida por denúncia de uma entidade local durante as primeiras intervenções para implantação do equipamento público nas margens da Represa de Guarapiranga. O risco de que essa ACP gere prejuízos para a Concessionária está devidamente endereçado na minuta do contrato, vez que alocou ao Poder Concedente o risco de (i) custos de decisões judiciais ou administrativas que impeçam ou impossibilitem a Concessionária de prestar os serviços do objeto, exceto nos casos em que a Concessionária houver dado causa à decisão e (ii) demora para a disponibilização integral da Área da Concessão, livre e desimpedida, superior ao período de 9 (nove) meses contados do início do Estágio 2. Adicionalmente, caso, após a assinatura do Contrato, venha a ser firmado um Termo de Ajustamento de Conduta que imponha encargos adicionais à Concessionária que representem custos e investimentos em qualquer um dos Parques, este risco está igualmente alocado para o Poder Concedente.

Vale destacar que se optou pela alocação deste risco ao Poder Concedente uma vez que ele detém mais meios para gerir referido risco, especialmente no que se refere ao poder de polícia necessário para viabilizar a desocupação dos Parques e de ocupações irregulares. (Grifo nosso)

Mostra-se ainda necessário esclarecimento acerca da área da concessão, se a área alagável adjacente à Represa Guarapiranga integra ou não a área da concessão, posto haver previsões

contratuais afetas a essas áreas, como a própria NT explicita (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fls. 19/20):

Durante a etapa final de estruturação do Projeto, verificou-se a necessidade de se segregar a área dos parques — conforme definida em seus Decretos de criação — entre a parcela que integra a Área da Concessão e a parcela denominada Área Alagável Adjacente. Essa parcela compreende a área localizada abaixo da cota de alagamento da Represa Guarapiranga e não integrará a Concessão, uma vez que faz parte do Reservatório da Represa Guarapiranga — objeto da Concessão em que é operadora a própria EMAE.

No entanto, diante da possibilidade de implantação de estruturas adicionais para melhoria dos parques e da íntima ligação entre as Áreas Alagáveis Adjacentes e a Área da Concessão, atribuiu-se à Concessionária a responsabilidade pela realização de encargos referentes à proteção, monitoramento, zeladoria e manejo de fauna e flora das Áreas Alagáveis Adjacentes aos parques. Cabe ressaltar que também é permitida a instalação de estruturas e melhorias, como píeres e passarelas de madeira, nas Áreas Alagáveis Adjacentes, mediante aprovação superveniente e específica da EMAE. Os encargos atinentes às Áreas Alagáveis Adjacentes encontram-se detalhados no item 3.4.2.8 desta Nota Técnica.

No referido item 3.4.2.8 da NT, consta (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 115):

No que tange a execução de intervenções na Área Alagável Adjacente, o Contrato prevê que estas deverão ser precedidas de autorização específica a ser emitida pela EMAE ou entidade que venha a substituí-la como responsável pela operação da Represa. Ainda, a Concessionária deverá responsabilizar-se pelos encargos de proteção, monitoramento, requalificação, zeladoria, manutenção, manejo de fauna e flora e segurança das Áreas Alagáveis Adjacentes.

Considera-se que as obrigações contratuais devam recair somente sobre a área da concessão, essa questão se relaciona com o próprio objeto da concessão, sendo então imprescindíveis esclarecimentos quanto ao ponto (vide p.e. as subcláusulas 6.15 e 12.8 da minuta do contrato, peça 11, fls. 15 e 23 e itens 1.8 e 8.4 do CEC, peça 16, fls. 08 e 21). E, também a título de exemplo, constam do Memorial Descritivo as seguintes observações (peça 12, fls. 49 e 67, respectivamente):

Ainda na Figura 40, a porção em amarelo demarca uma nova área adicional de parque que está em implantação e integrará a CONCESSÃO. Também é importante destacar que contígua à área do parque, existe uma área alagável adjacente, que não está inclusa na ÁREA DE CONCESSÃO, mas que demanda encargos de preservação, monitoramento, segurança e zeladoria pela CONCESSIONÁRIA com o objetivo de garantir a qualidade ambiental, principalmente da vegetação aquática, do local.

[...]

Na Figura 57, a porção em amarelo demarca uma nova área adicional de parque que está em implantação e integrará a CONCESSÃO. Também é importante destacar que contígua à área do parque, existe uma área alagável adjacente, que não está inclusa na ÁREA DE CONCESSÃO, mas que demanda encargos de preservação, monitoramento, segurança e zeladoria pela CONCESSIONÁRIA com o objetivo de garantir a qualidade ambiental, principalmente da vegetação aquática, do local. (Grifo nosso)

Quanto aos demais aspectos suscitados, embora o tratamento conferido pelo desenho contratual proposto seja de risco, a possibilidade de ocorrência dessas circunstâncias na verdade já é de conhecimento da Administração, sendo em alguns casos de grande probabilidade, e de fato demandam providências próprias do Poder Público, inclusive relativas ao poder de polícia no caso da desocupação de áreas com ocupações irregulares, por exemplo.

Ou seja, não se enquadram na definição de riscos, como eventos desfavoráveis imprevistos ou de difícil previsão. Sendo assim, em nosso entendimento, em grande parte, esses “riscos” seriam afastados mediante providências prévias à abertura da licitação do projeto pelo Poder Público, evitando-se sobremaneira a necessidade de renegociações (reequilíbrios contratuais), que reconhecidamente podem implicar em alto risco fiscal⁷ para o Poder Concedente ou até mesmo na frustração do projeto.

Pelo exposto, considera-se injustificada e temerária a abertura da licitação nesses termos, em que as disposições contratuais e as justificativas relacionadas revelam uma predisposição em reconhecer a necessidade de reequilíbrio do contrato em favor da concessionária já na modelagem inicial do projeto. Nesse sentido, verifica-se a justificativa apresentada para a possibilidade de parcelamento da outorga fixa, postergando-se 50% de seu valor para o término do programa de intervenção, aduzindo-se desde já a sua eventual compensação em um cenário de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (vide NT, peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl.110):

⁷ Riscos Fiscais são possibilidades de ocorrências de eventos capazes de afetar as contas públicas, comprometendo o alcance dos resultados fiscais estabelecidos como metas e objetivos. (<https://www.tesourotransparente.gov.br/temas/estatisticas-fiscais-e-planejamento/riscos-fiscais#:~:text=Riscos%20Fiscais%20s%C3%A3o%20possibilidades%20de,estabelecidos%20como%20metas%20e%20objetivos>)

Conforme detalhado no item 3.4.2.10 desta Nota Técnica, tal possibilidade tem como objetivo diminuir a capitalização inicial da Concessionária no momento de assinatura do Contrato, de forma que a Concessionária possa custear a 2ª parcela da Outorga Fixa por meio das receitas auferidas em decorrência da exploração de atividades nos Parques, bem como pode ser interessante em um cenário de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato, uma vez que possa ser deduzido (ou acrescido) do valor da 2ª parcela da Outorga Fixa eventual valor apurado no procedimento de reequilíbrio contratual.

Desta forma, entende-se que o parecer jurídico conclusivo (peça 86 do eTCM 12.692/2023) deixou de abordar de forma mais aprofundada os aspectos legais relevantes destacados, de forma que o projeto incorre em alto risco fiscal para o Poder Concedente ou até mesmo de frustração de seus objetivos, deixando, portanto, de atender plenamente ao desiderato do art. 53 da LF 14.133/2021, quanto ao prévio controle de legalidade da contratação.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 03/04 e peça 52, fls. 187/190):

A manifestação da SGM é de mesmo teor da Nota Técnica, que ressalva inicialmente seu entendimento de que o questionamento do achado não seria específico ao parecer jurídico, mas quanto à abordagem do tema (disponibilização integral da área da concessão) na modelagem proposta para o projeto. A síntese dos esclarecimentos é apresentada nos seguintes termos (peça 52, fl. 187):

- Prazo para a disponibilização da Área de Concessão: as medidas necessárias para liberação integral do Parque Praia de São Paulo – Núcleo Praia do Sol já vêm sendo tomadas pela PGM (Processo SEI n.º 6027.2022/0002087-3), bem como as medidas administrativas cabíveis, tendo sido emitido despacho quanto à decisão denegatória das razões de defesa dos ocupantes irregulares (Despacho SEI n.º 112567393). Nesse sentido, a alocação de risco ao Poder Concedente pela demora excessiva na disponibilização integral da área da concessão e o prazo em si previsto se mostram adequados.
- Reflexos do Contrato de Concessão da ANEEL no Projeto: a EMAE oficiou a ANEEL quanto ao tema, tendo sido respondida por meio do Ofício n.º 1.208/2023-SCE/ANEEL e os itens indicados pela ANEEL foram integralmente repassados para o Termo de Cessão, o qual integra os documentos editalícios e o futuro contrato.
- Embora respeite-se a competência deste E. TCM para responder pela abrangência dos pareceres emitidos, parece evidente que o objeto do apontamento feito pelo Relatório Preliminar é, essencialmente, relativo ao mérito e, portanto, não deve prosperar.

Registra, ademais, considerações sobre o conteúdo dos pareceres jurídicos (fls. 189/190 da peça 52):

Sem prejuízo ao quanto exposto, faz-se necessário externar o entendimento de que a análise, por parte deste E. Tribunal de Contas, acerca do mérito dos pareceres jurídicos exarados pelas Assessorias Jurídicas das secretarias envolvidas no Projeto extrapola as competências a ele atribuídas. Isso porque, os pareceres jurídicos são documentos instrutórios e consultivos que visam instruir os atos administrativos a serem proferidos pelo gestor público e/ou autoridade competente e não devem ser confundidos com atos administrativos⁸.

Conforme leciona Hely Lopes Meirelles⁹, os pareceres administrativos podem ser entendidos como manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração, tendo caráter meramente opinativo (e não vinculativo). Para o autor, o parecer passa a vincular a Administração Pública ou particulares à sua motivação quando aprovado por ato administrativo subsequente e, mesmo nesta hipótese, entende que o ato administrativo não seria o parecer, mas sim o ato de sua aprovação.

Este entendimento foi reforçado pela jurisprudência do STF no âmbito do Mandado de Segurança nº 27.073/DF: [...]

Neste sentido, o art. 53 da Lei 14.133/2021 prevê que o órgão de assessoramento jurídico da Administração Pública deverá realizar o controle prévio de legalidade mediante por meio de parecer jurídico e, encerrada a instrução do projeto, a autoridade deverá determinar a divulgação do edital e da licitação. Frisa-se: o controle sobre a legalidade do processo instrutório do certame (ou seja, se houve ou não parecer jurídico, nos termos do art. 53 da Lei n.º 14.133/21) não se confunde, com a devida vênia, com o controle sobre o conteúdo do parecer jurídico exarado.

Nesse sentido, embora respeite-se sua competência para responder pela abrangência dos pareceres emitidos, parece evidente que o objeto do apontamento feito pelo Relatório Preliminar é, essencialmente, relativo ao mérito em si dos achados trazidos, e não quanto à sua abordagem no parecer preliminar. Portanto, e com a ressalva de que os pontos trazidos no Relatório Preliminar serão abordados ao longo desta Nota, pede-se a superação do presente Achado. (Destaque nosso)

Análise da Coordenadoria:

Preliminarmente, refuta-se a interpretação apresentada pela Origem de que a análise jurídica da contratação preconizada pelo art. 53 da LF 14.133/2021 seria meramente formal. Em nosso entendimento, o parecer jurídico, segundo o referido artigo, mostra-se como instrumento de controle prévio de legalidade, de forma que o seu conteúdo deverá necessariamente abordar o exame da regularidade dos atos preparatórios então submetidos. Sendo, portanto, objeto dessa

manifestação prévia do órgão de assessoria jurídica qualquer evento juridicamente relevante relativo à licitação.

Nesse sentido, como indicado à peça 29, como base nas ressalvas consignadas no antecedente Parecer SGM/AJ nº 103578810 (peça 67 do eTCM 12.692/2023, apensado ao presente), quanto ao risco de não disponibilização da área integral pelo Poder Concedente nos prazos definidos, e até mesmo de inviabilidade do projeto, considerou-se imprecisa a abordagem do tema no subsequente Parecer SGM/AJ nº 106930703 (peça 86 do eTCM 12.692/2023, fls. 01/02).

Ora, não há como não considerar como evento juridicamente relevante a ocupação irregular de parte da área da concessão, cuja abordagem do tema fora inclusive suscitada como de risco ao Poder Concedente pelo parecer jurídico antecedente. Assim, a nosso ver, se impunha a apreciação do ponto na manifestação da Assessoria Jurídica de forma mais elucidativa possível, conferindo segurança jurídica ao gestor, principal destinatário dessa manifestação.

Considerou-se igualmente juridicamente relevante outros aspectos, como: eventuais reflexos do Contrato de Concessão nº 002/2004, firmado entre ANEEL e EMAE, além da limitação do prazo, reconhecida e exposta na própria Nota Técnica da modelagem (item 3.4.2.5, peça 74 do eTCM 12.692/2023, apensado ao presente); a questão relacionada à Ação Civil Pública que envolve o Parque Nove de Julho, dado se tratar de risco contratualmente atribuído ao Poder Concedente; e, ainda, se a área alagável adjacente à Represa Guarapiranga integraria ou não a área da concessão, posto constarem previsões contratuais afetas a essas áreas, ainda que expressamente registradas como não integrantes da área da concessão.

Desta forma, a análise preliminar ressaltou a necessidade de que tais pontos fossem elucidados previamente ao certame, dada a relevância jurídica e dos possíveis desdobramentos a serem suportados pelo Poder Público. Destacando-se, inclusive, que a possibilidade de ocorrência dessas circunstâncias já é de conhecimento da Administração, portanto, não se enquadrariam como riscos do Poder Público, embora tenha sido esse o tratamento conferido pelo desenho contratual proposto.

Em suma, tem-se que o parecer jurídico deveria avaliar se os procedimentos preparatórios à abertura do certame nos termos propostos pelo edital foram regularmente atendidos, visando fornecer subsídios à decisão da autoridade superior no caso concreto.

Cite-se nesse sentido, decisões do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em que é ressaltada a necessidade de que o parecer jurídico evidencie a avaliação integral dos documentos submetidos a exame (processos nºs: 6045.989.20-9, 8741.989.20-6, 8745.989.20-2 e 8750.989.20-4).

Por derradeiro, considera-se que restou clara a intenção do legislador em conferir maior definição quanto à abrangência do parecer jurídico na nova lei geral de licitações. O §1º do art. 53 da LF 14.133/2021 inclusive elenca requisitos a serem observados na elaboração do parecer jurídico, como a adoção de critérios objetivos para a avaliação, o emprego da simplicidade, objetividade e exaustividade, com fundamentação adequada. A exigência de exaustividade remete irrefutavelmente à abordagem de todos os eventos relevantes e eventuais controvérsias, bem como a identificação de eventuais vícios e suas implicações.

Durante a realização deste relatório, verificou-se no DOC de 03.12.2024, p. 2, a republicação do edital referente ao presente certame e que ao respectivo processo SEI 6011.2021/0003165-5 foi encartado novo parecer jurídico da Assessoria Jurídica da SGM (Parecer SGM/AJ Nº 115183936, de 28.11.2024, juntado à peça 72), em virtude de modificações promovidas no edital após a Pasta tomar ciência do relatório preliminar de auditoria deste Tribunal de Contas. Contudo, o novo parecer igualmente não abordou as questões jurídicas relevantes suscitadas neste ponto, circunscrevendo sua abrangência às alterações na minuta de edital, como exposto a seguir.

O aludido parecer, preliminarmente, registra que as alterações promovidas foram sintetizadas na Nota Técnica (Doc. SEI 114796236 do SEI 6011.2021/0003165-5), e que a manifestação daquela Assessoria Jurídica não seria hábil a substituir a avaliação deste Tribunal de Contas quanto aos esclarecimentos prestados, ressaltando que alguns achados foram acatados pela Administração e ensejaram as alterações no edital submetidas à sua análise. Em sequência, consigna (peça 72, fl. 03):

Seja como for, **não existe decisão administrativa ou judicial que impeça o prosseguimento do certame, pelo que não há óbices jurídicos para a Administração promover os ajustes que entender pertinentes no edital.**

Feita essa observação, da leitura do quadro resumo (114796236), em cotejo com os apontamentos do TCM tratados no SEI 6011.2024/0003358-0, foram ajustados aspectos referentes:

[...]

Como se vê, em sua maioria, **as modificações visam emprestar maior clareza às disposições do edital e conferir maior segurança jurídica aos aspectos abordados.**

Por fim, registre-se que, **caso implementadas as modificações, o edital deverá ser republicado, na mesma forma da divulgação inicial, nos termos do art. 55, §1º, da Lei Federal 14.133/2021 e art. 18, da Lei 13.278/2002, competindo à comissão de licitação avaliar a incidência, ou não, do disposto no art. 18, §1º, da lei municipal mencionada.**

Em razão do exposto, **entendemos que as alterações na minuta de edital encontram-se em termos sob o aspecto jurídico-formal e, portanto, não vemos óbices ao prosseguimento do presente.** (Destaque nosso)

Pelo exposto, e considerando não ter sido apresentada nova manifestação jurídica contemplando a abordagem dos aspectos juridicamente relevantes destacados, reitera-se o presente achado.

3.1.4. Há necessidade de promoção de nova consulta pública e nova audiência pública diante do lapso temporal havido e da reformulação do projeto, para o efetivo cumprimento da legislação. Ademais, recomenda-se que toda a documentação relacionada à comprovação da realização desses mecanismos de participação da sociedade seja inserida ao processo administrativo da licitação, a fim de que se comprove a efetividade e o atendimento do desiderato desses institutos.

A Audiência Pública e a Consulta Pública são mecanismos fundamentais no controle social e prévio das contratações de grande vulto realizadas pela Administração Pública.

Esses dois mecanismos de controle têm finalidades distintas. A audiência pública tem a finalidade de propiciar o debate público sobre o programa, projeto ou atividade de interesse público selecionado pela Administração Pública, alcançando diretamente a coletividade. Já a consulta pública tem a finalidade de promover a transparência do processo de contratação pública, facultando aos interessados manifestarem-se (apresentando questionamentos e sugestões) sobre as peças formais que farão parte do processo licitatório.

Na LF 14.133/2021, a previsão de realização da audiência pública e da consulta pública consta do art. 21 e seu parágrafo único. Ademais, lei específica municipal, LM 14.517/2007 (art. 20 e § único), igualmente preconiza a promoção desses mecanismos de interação entre o Estado e a sociedade, em prol da legitimação da atuação da Administração, e até mesmo como forma de obter subsídios para o aperfeiçoamento da solução proposta em contratações complexas, mediante contribuição dos interessados.

Ainda segundo o art. 20 da LM 14.517/2007, o edital deverá ser submetido à consulta pública com antecedência mínima de 30 (trinta) dias de sua publicação.

A consulta pública referente ao presente edital foi realizada entre os dias 01.06.2022 e 05.07.2022, conforme consta da NT (Peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 09) e do “RELATÓRIO DA CONSULTA PÚBLICA - CP 005/2022/SGM-SEDP” (peça 71 do eTCM 12.692/2023, fl. 03), tendo sido o Aviso publicado no DOC de 01.06.2022, p. 73 . No mesmo comunicado foi informada a data da audiência pública, que foi realizada em 15.06.2022, por meio de videoconferência, em razão da pandemia do COVID-19, registrando (peça 71 do eTCM 12.692/2023, fl. 04):

Até o fim do período de Consulta Pública, ocorrido no dia 05 de julho de 2022, foram apresentadas, por meio do endereço de e-mail disponibilizado, 59 (cinquenta e nove) contribuições formais acerca dos documentos editalícios.

As referidas contribuições e respostas prestadas pela Pasta constam de fls. 83/87 da peça 71 do eTCM 12.692/2023, tendo sido também indicados os seguintes endereços eletrônicos no Comunicado publicado no DOC de 07.10.2022, p. 77 :

[https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/governo/desestatizacao/6lote/%5B6o Lote Parques%5D Respostas as contribuicoes Consulta Publica_compressed%20\(1\).pdf](https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/governo/desestatizacao/6lote/%5B6o Lote Parques%5D Respostas as contribuicoes Consulta Publica_compressed%20(1).pdf)

<https://tinyurl.com/5n6ufvke>

Além do lapso temporal que se verifica entre a promoção desses mecanismos de controle social e a data de abertura do certame, DOC de 12.09.2024 – pp. 06/07, cumpre destacar que o projeto passou por reformulações que incluem alterações da área da concessão, do prazo e da modelagem econômico-financeira, conforme observações registradas na Nota Técnica (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 10):

Posteriormente à etapa de consulta pública, o Projeto foi submetido a novos ajustes de modelagem. Em apertada síntese, tais ajustes contemplaram (i) alteração do prazo contratual, para compatibilização com a concessão da UHE Henry Borden, de titularidade da EMAE; (ii) atualização da modelagem econômico financeira; (iii) atualização da área da concessão, para compatibilização com a área de titularidade da EMAE; (iv) outros ajustes, que serão detalhados ao longo da presente Nota Técnica. A versão atualizada da modelagem foi apresentada na reunião do Conselho Municipal de Desestatização e Parcerias realizada no dia 21 de fevereiro de 2024 (Anexo III — Ata da Reunião do CMDP).

Os documentos editalícios passaram a contemplar, ainda, os Termos de Cessão das áreas de titularidade da EMAE, cedidas em nome do Município, e os Planos de Gestão dos Parques, publicados por meio da Portaria SVMA n.g 30, de 2 de maio de 2024.

Posteriormente, os documentos foram objeto de ajustes menores realizados ao longo de tratativas com a Assessoria Jurídica da Secretaria de Governo Municipal. Uma vez finalizados, a Secretaria do Verde e do Meio Ambiente manifestou-se, por meio da Informação SVMA/CGPABI NP 104463155, referendada pelo Encaminhamento SVMA/CG NP 104343727, concluindo pela relevância e importância do Projeto e manifestando-se favoravelmente à sua publicação. A modelagem foi objeto de análise da Assessoria Jurídica da SVMA, que não encontrou óbices para seu prosseguimento (Encaminhamento SVMA/AJ NP 106160346).

Anteriormente, por meio da peça 26 do eTCM 12.692/2023 (fl. 08), a Origem já havia sintetizado as alterações editalícias promovidas após a apresentação do projeto inicial à consulta e audiência pública.

Ademais, a importância dos parques públicos na qualidade de vida da população e como elemento da preservação ambiental, impõem nesse caso amplo debate e transparência com a sociedade no processo definidor da gestão e usos a serem implantados pelo poder público nesses espaços, de forma a alcançar o melhor aproveitamento pela sociedade, inclusive observando-se os princípios da universalização do acesso e da modicidade tarifária, que devem pautar essa discussão com protagonismo. Ou seja, deve haver uma atuação concreta do poder público para impedir que a exploração econômica desses espaços seja conduzida e vocacionada às atividades mais lucrativas, em detrimento das demais e do caráter público do espaço.

Desta forma, para o pleno atendimento dos dispositivos legais relacionados e legitimidade da atuação do Poder Público, privilegiando a interação com a sociedade, considera-se necessária a promoção de nova consulta pública e de nova audiência pública, oportunizando acesso e

contribuição ao projeto agora mais consolidado. Ademais, ressaltamos que uma nova audiência pública exclusivamente de forma virtual (por videoconferência) não mais se justifica, vez que superadas as restrições impostas pelo COVID, sendo possível sua realização híbrida (tanto *on line*, como presencial).

Por fim, recomenda-se que toda a documentação relacionada à comprovação da realização desses mecanismos de participação da sociedade seja inserida ao processo administrativo da licitação, a fim de que se comprove a efetividade e o atendimento do desiderato dos institutos.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 04/05 e peça 52, fls. 190/192):

Preliminarmente, destaca que toda a documentação referente à comprovação da realização da Consulta Pública, ao registro de presenças e ao detalhamento das contribuições recebidas durante o período estipulado foi devidamente disponibilizada na Nota Técnica Consolidada. Acrescenta que todas as contribuições recebidas, bem como o registro em vídeo da Audiência Pública, encontram-se acessíveis no site da Secretaria Executiva de Desestatizações e Parcerias, ressaltando que a realização de forma virtual não apenas gera um registro do ocorrido, mas também amplia a democratização da participação popular, ao evitar que os interessados precisem se deslocar.

Em relação à alegação de que seria necessária uma nova Consulta Pública, observa que os aprimoramentos e ajustes feitos no projeto durante o intervalo não descaracterizaram o objeto inicialmente levado ao conhecimento do público, consignando (peça 47, fl. 05):

[...] De fato, não houve a exclusão de nenhum dos Parques originalmente contemplados no escopo do Contrato, nem os encargos a eles associados — que impactam diretamente a experiência dos usuários e dos demais cidadãos — foram substancialmente alterados.

Portanto, materialmente, não houve inovação no objeto do projeto que justificasse a realização de uma nova Consulta Pública.

É importante também destacar que é razoável que, entre o término da consulta pública e a publicação do edital de licitação, a modelagem do projeto seja ajustada e revisada, incluindo ajustes que possam refletir as contribuições e os aperfeiçoamentos surgidos durante a etapa de participação popular. Esse é, de fato, o propósito desta fase participativa: permitir que a Administração Pública receba sugestões e analise o projeto com base nelas.

Nessa fase, o projeto não deve ser visto como algo estático. Se a cada modificação fosse necessário repetir a consulta pública, o ciclo do projeto nunca

teria fim. Assim, as alterações que busquem aprimorar a modelagem, desde que não desfigurem o objeto apresentado inicialmente, são tanto legítimas quanto desejáveis.

Nesse contexto, o apontamento contido no Relatório Preliminar carece de fundamentação legal. Além disso, caso essa recomendação seja seguida, pode acarretar efeitos prejudiciais no futuro. Se for necessário realizar uma nova consulta pública a cada modificação, o processo poderá se tornar meramente formal, sem qualquer alteração significativa nos documentos editalícios, o que poderá levar à repetição indefinida do procedimento.

Análise da Coordenadoria:

Cumpra esclarecer que, diferente da leitura que a Origem procura imprimir ao consignado na análise preliminar, não há qualquer objeção à realização da audiência pública também de forma virtual, o que se coloca é que, não sendo mais incidentes as restrições sanitárias impostas pelo Covid, a audiência pública seja realizada de forma híbrida, presencial e virtualmente.

Como constou da análise preliminar, a consulta pública foi realizada entre os dias 01.06.2022 e 05.07.2022 e a audiência pública no dia 15.06.2022. Sendo assim, observou-se que além do lapso temporal entre a promoção desses mecanismos de controle social e a data de abertura do certame (inicialmente publicada no DOC de 12.09.2024 – pp. 06/07, agora republicada no DOC de 03.12.2024, p. 2), o projeto havia passado por reformulações que incluíam alterações da área da concessão, do prazo e da modelagem econômico-financeira. Impende acrescentar que novamente o prazo da concessão foi revisto (de 18 para 17 anos) e foram feitos ajustes no modelo econômico.

Ressaltou-se, ademais, a importância dos parques públicos na qualidade de vida da população e como elemento da preservação ambiental, o que a nosso ver reforça a necessidade de amplo debate e transparência com a sociedade no processo definidor da gestão e usos a serem implantados pelo poder público nesses espaços.

Ainda que se alegue equivalência material do presente edital com aquele levado à consulta pública em 2022, tais institutos de participação da sociedade e dos interessados no certame, permitem o aprimoramento do projeto, mediante as contribuições recebidas, que inclusive refletem as necessidades daquele momento, ou seja, contribuições de fato atualizadas e pertinentes à sua prévia contratação e implantação.

Nesse sentido, em observância ao princípio da transparência e buscando o pleno atendimento dos dispositivos legais relacionados, considera-se pertinente, neste caso concreto, a realização de nova consulta e audiência públicas, oportunizando acesso e contribuição atualizada ao projeto mais consolidado. Por todo o exposto, reitera-se a presente recomendação.

3.1.5. Falta de indicação da previsão da contratação no Plano de contratações anual, em infringência ao art. 12, VII da LF 14.133/2021.

O inciso VII do art. 12 da LF 14.133/2021 dispõe que o processo licitatório deverá observar a previsão pelos órgãos responsáveis pelo planejamento da demanda de contratação no plano de contratações anual (PCA), com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias. A disposição é reproduzida no art. 5º do DM 62.100/2022, que prevê ainda sua divulgação no sítio eletrônico oficial, conforme art. 6º.

Sobre essa exigência, às fls. 09/10 da peça 26 do eTCM 12.692/2023 foi consignado pela Origem:

Com a devida vênia, entende-se que o dispositivo do art. 12, VII, da Lei Federal n.º 14.133/2021, refletido no art. 5º do Decreto n.º 62.100/2022, aplica-se a contratações vinculadas a regimes de execução contratual previstos na própria Lei de Licitações, como é o caso de contratações integradas, empreitadas por preço unitário ou global etc. No presente caso, por se tratar de projeto de concessão de parques, aplicar-se-á a Lei Federal n.º 14.133/2021 subsidiariamente e no que for cabível, não sendo o caso da necessidade de previsão da contratação no Plano de Contratações Anual.

Ainda, a Concessão dos Parques da Guarapiranga é contratação que não implica em comprometimento orçamentário ou assunção de gastos recorrentes por parte do Município. Dessa forma, entende-se não aplicável a previsão do Projeto no Plano de Contratações Anual.

Como exposto às fls. 11/12 da peça 61 do eTCM 12.692/2023, considera-se que o plano de contratações anual não tem enfoque exclusivamente orçamentário, mas também de dar transparência ao planejamento estratégico e otimizar as contratações pretendidas pela Administração, atendendo aos princípios da publicidade e transparência, dando conhecimento à sociedade e aos interessados sobre a previsão da licitação.

Ademais, deve-se considerar que a concessão pretendida terá impactos nas receitas orçamentárias (recebimento de outorgas), e eventualmente poderá também onerar os cofres públicos, por exemplo, pagamento de indenizações por investimentos não amortizados, no caso de extinção, ou mesmo em eventual reequilíbrio econômico-financeiro.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 5 e peça 52, fls. 193/196):

Quanto a este ponto do Relatório, a Origem assim sumarizou os seus esclarecimentos (peça 52, fl. 193):

- Os instrumentos hábeis a considerar as receitas advindas da Concessão são aqueles previstos na Legislação Orçamentária municipal. Com efeito, a análise dos PCAs disponíveis no Portal Nacional de Compras Públicas evidencia que sequer há o campo de receitas previstas decorrentes daquelas contratações;
- O PCA não é previsto como instrumento de planejamento orçamentário para fins de projeção de receitas. Tampouco pode ser considerado um instrumento hábil para prever eventuais despesas decorrentes do pagamento de indenização por investimentos não-amortizados, como aduzido pela auditoria.

Aduz que a transparência estaria garantida por outros mecanismos legais, “como a obrigação de divulgação do Edital e de todos os atos a ele associados, na disponibilização integral dos documentos em site público, na comunicação institucional voltada à divulgação do Projeto e, também, na disponibilização de prazo amplo para divulgação e recebimento de pedidos de esclarecimentos”, e que “a contratação ora sob exame vem sendo objeto de debate e comunicação da Prefeitura com a sociedade civil há, pelo menos, 3 (três) anos.”.

Ainda, alega que o PCA não teria por finalidade registrar informações orçamentárias, havendo instrumentos próprios para este fim.

Por fim, defende a inaplicabilidade da Lei nº 14.133/21 ao caso, pois ela se daria subsidiariamente em relação à Lei nº 8.987/95 e “no que não conflitar com a natureza e objetivos do regime jurídico das concessões de serviços públicos”.

No mesmo sentido, a SGM conclui que “o (i) que o artigo 12, VII, da Lei nº 14.133/2021 não é aplicável ao caso em questão, e (ii) que o PCA é incompatível com os objetivos e preocupações levantados pela auditoria.” (peça 47, fl. 05).

Análise da Coordenadoria:

Em primeiro lugar, repisa-se a importância do PCA enquanto instrumento promovedor da transparência e efetividade das contratações públicas.

Ainda que, no caso, a transparência já esteja supostamente garantida por outros meios, a elaboração do PCA representa mais uma iniciativa nesse sentido, o que não exclui as demais. Isso porque o ordenamento jurídico previu não apenas uma, mas várias formas de se garantir a transparência nas contratações públicas, que coexistem, não sendo mutuamente excludentes ou dispensáveis entre si.

Do mesmo modo, é sabido que o PCA não é substitutivo das peças orçamentárias. Não se alegou em Relatório Preliminar que sua função seria prever receitas e fixar despesas. Na verdade, trata-se de um instrumento estratégico cuja função, entre outras, é fornecer subsídios para a elaboração das leis orçamentárias.

Logo, como a presente concessão terá impacto nas receitas e despesas públicas, reforçou-se a importância do PCA enquanto instrumento de planejamento, e não como substitutivo do orçamento público.

Por fim, ao contrário do defendido pela Origem, o art. 12, VII, da LF 14.133/21 pode ser aplicado às concessões, uma vez que o planejamento estratégico e a transparência são princípios que devem nortear todas as contratações públicas, e não somente aquelas realizadas sob a égide daquela lei.

Por essa razão, mantém-se o achado nos termos do Relatório Preliminar.

3.1.6. As licenças ambientais prévias das intervenções obrigatórias não foram obtidas pela SVMA, em inobservância ao art. 6º, XXIV, e) e 18, §1º, XII da Lei de Licitações.

O Apêndice I do CEC contém extenso rol de intervenções obrigatórias já definidas pelo poder concedente para serem executadas pela concessionária (peça 17). Ocorre, entretanto, que não foram fornecidas licenças ambientais prévias para essas intervenções, delegando-se à

concessionária o encargo de realizar todas as tratativas para obter as licenças pertinentes ao projeto (item 1.3 do Apêndice III do CEC – peça 17, fls. 02).

Entende-se que essa decisão onerará a futura contratada com responsabilidades que podem ser realizadas com mais aptidão pelo poder concedente antes da abertura da licitação, tendo em vista que as intervenções obrigatórias que implicam a necessidade de obtenção de licenças ambientais já foram definidas.

Ou seja, se já é possível avaliar os eventuais impactos sobre o meio ambiente, a parte contratual mais apta a fornecer e obter as licenças prévias para essas intervenções é, s.m.j., a própria SVMA. Prova disso é que os riscos relacionados a atrasos no licenciamento foram atribuídos ao poder concedente (subcláusula 35.7.d da Minuta de Contrato – peça 11, fl. 77).

Sendo assim, é oportuna a disponibilização das licenças ambientais prévias para as intervenções obrigatórias que assim as requererem antes da abertura da licitação, reduzindo os riscos de atrasos e de que a execução de intervenções que se mostrem ambientalmente inviáveis ou que demandem medidas mitigadoras demasiadamente onerosas, oferecendo um anteprojeto com parâmetros mínimos para avaliação do impacto ambiental dessas intervenções (art. 6º, XXIV, e) e 18, §1º, XII da Lei de Licitações).

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 06 e peça 52, fls. 196/207):

A SGM destaca em sua resposta que a aplicabilidade da LF 14.133/21 no caso em questão se daria de forma subsidiária, que a emissão das licenças ambientais pertinentes ao projeto ora examinado é de competência de CETESB, e que “para a realização da análise das intervenções necessárias à emissão das licenças ambientais competentes, é imprescindível, inicialmente, a elaboração dos projetos básicos que serão executados pela Concessionária. Ou seja, o detalhamento desses projetos — responsabilidade — é uma etapa essencial do processo de licenciamento”.

Por seu turno, a SPP sumariza sua resposta da seguinte maneira:

- A legislação prevê que o anteprojeto deverá apresentar parâmetros de impacto ambiental, mas não exige, especificamente, a obtenção de licença ambiental prévia, sendo exatamente este o escopo tanto da Nota Técnica Consolidada, que

apresenta diversas medidas mitigadoras de impactos ambientais, quanto dos diversos encargos e obrigações previstos no Contrato e em seus anexos;

- A Licença Prévia, como exigido pela Auditoria, constitui-se em documento formal, regulamentado pelo Estado de São Paulo no âmbito da Lei Estadual n.º 9.509/1997 e pelo Decreto n.º 47.400/2002, e trata-se de etapa de licenciamento que requer análise das intervenções que serão realizadas pela Companhia Ambiental do Estado de São Paulo – CETESB, o que é diferente de expor possíveis impactos ambientais (nos termos do art. 18) ou estipular parâmetros de impacto ambiental (nos termos do art. 6º);
- Inclusive, a própria Lei n.º 14.133/21 prevê, em seu art. 25, §5º, a possibilidade de se atribuir à contratada a responsabilidade pela obtenção das licenças exigíveis para execução do objeto licitado; e
- O nível de detalhamento dos encargos mitigadores e demais análises e parâmetros de impacto ambiental constantes no Edital e em seus anexos mostra-se adequado ao projeto, sendo permitida a atribuição desta responsabilidade à futura Concessionária.

Análise da Coordenadoria:

O achado em comento ressalta que as intervenções obrigatórias já estão previstas no CEC e que, com isso, é possível obter as licenças ambientais prévias que se mostrarem obrigatórias de molde a mitigar os riscos relacionados ao processo de licenciamento alocado ao próprio poder concedente.

Ainda que o fornecimento de todas as licenças prévias não seja mandatório para se licitar a concessão - embora recomendável pelas razões já expostas - é importante salientar que a Nota Técnica não chega a elencar os parâmetros de impacto ambiental relacionados às intervenções obrigatórias. De fato, a NT oferece apenas orientações de preservação e manejo da fauna e flora, mas não indica os possíveis impactos ambientais decorrentes da implantação das aludidas intervenções.

Por exemplo, a instalação de passarelas elevadas e decks sobre as áreas alagáveis em diversos parques do projeto pode dificultar a reprodução e a nidificação de aves e outros animais nativos, e nada foi mencionado na NT sobre isso; também não há menção aos impactos causados pela instalação do funicular no Parque Guarapiranga; nada se fala, ainda, sobre os impactos causados pela instalação das eco barreiras nos córregos que desaguam na represa, como a redução da velocidade de escoamento das águas desses riachos (remanso) e os riscos de proliferação de vetores de doenças e outras pestes nocivas ao ser humano.

Esses são meros exemplos de possíveis impactos que podem ser causados pelas intervenções obrigatórias, mas devem existir outros, e a não identificação desses impactos nos documentos da licitação prejudica a proposição de medidas mitigadoras apropriadas, elevando sobremaneira o risco alocado ao poder concedente.

Diante disso, reputam-se desatendidos os artigos 6º, XXIV, e) e 18, §1º, XII da Lei de Licitações, motivo pelo qual reitera-se o achado.

3.1.7. Ausência de junção da planilha de modelagem econômico-financeira no processo da licitação, em desacordo com o inciso IV do art. 18 da LF nº 14.133/21.

A planilha eletrônica desenvolvida para avaliação econômico-financeira do empreendimento, bem como da análise de vantajosidade da concessão (*Value for Money*), foi enviada para essa Corte e consta em formato “.xls” no campo Papel de Trabalho (“nuvem”) do eTCM 12.692/2023, conforme relatado à peça 76 daquele eTCM. No mesmo processo foi juntada uma impressão da planilha em formato “.pdf” à peça 72.

No entanto, conforme afirmado na informação de encaminhamento da documentação a essa Corte da chefia de gabinete da SGM (peça 66, fl. 01, item “e” do eTCM 12.692/2023), a planilha consta do documento SEI nº 107669144, que faz parte no processo SEI nº 6011.2024/0000560-9, um processo aberto para comunicações da SGM com o TCM-SP acerca dessa licitação.

Em análise do processo nº 6011.2021/0003165-5, processo principal da presente licitação, verificou-se a ausência de junção da citada planilha de modelagem, o que configura descumprimento do inciso IV do art. 18 da LF nº 14.133/2021.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 06/07 e peça 52, fl. 208):

A SPP e a SGM alegam que de acordo com a Lei de Concessões (Lei Federal nº 8.987/199) – não existe exigência legal para a divulgação de planilhas econômico-financeiras. Além disso, que as informações contidas no Anexo V – Plano de Negócios de Referência contém todas as informações econômico-financeiras essenciais para a validade do certame e para que os licitantes elaborem as suas propostas.

Ademais, declara que a planilha do modelo econômico constitui um documento estratégico de uso pela Administração Pública para análises internas e que de acordo com a legislação em vigor não existem exigências legais para a sua divulgação.

Análise da Coordenadoria:

Cumprir destacar que o Anexo VI – Plano de Negócios de Referência não contém todas as informações essenciais para uma análise completa do contexto econômico-financeiro pelo qual se enquadra a concessão. Por exemplo, não se encontram no referido anexo informações sobre a Taxa Interna de Retorno definida para trazer os fluxos projetados ao valor presente e nem informações mais detalhadas como as receitas por unidade geradora de caixa, apenas se apresentam as receitas em um nível agregado sem grandes detalhamentos.

Ademais, a disponibilização da planilha com o PNR facilita o entendimento do empreendimento por parte dos licitantes, tornando as suas propostas mais realistas, e auxilia a atuação do controle externo, uma vez que esclarece dúvidas sobre as variáveis escolhidas, modelos utilizados e premissas na modelagem econômico-financeira.

Em relação à suposta ausência de exigência legal para divulgação da planilha do modelo econômico, cumpre lembrar que a regra geral na Administração Pública é a publicidade dos atos em sua integralidade, devendo o sigilo atender aos requisitos de exceção e não o oposto.

Desse modo, reitera-se o achado.

3.1.8. Infringência ao art. 12, inc. I da LF 14.133/2021, uma vez que a Nota Técnica Consolidada de Modelagem do projeto não se encontra datada e assinada pelos responsáveis. Ademais, recomenda-se que o documento seja encartado ao SEI 6011.2021/0003165-5, conferindo maior clareza e objetividade ao referido processo.

Por ocasião da análise preliminar do projeto de desestatização, objeto do eTCM 12.692/2023, elaborou-se o relatório de peça 91 do referido eTCM (apensado ao presente), com base na documentação então encaminhada pela Origem relativa à instrução do processo licitatório em sua fase interna, tida como aperfeiçoada e apta à publicação do respectivo edital, como preconiza a IN nº 02/2022 deste Tribunal de Contas.

Consta da documentação encaminhada Nota Técnica Consolidada de Modelagem, que conforme sua apresentação (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 03), é o documento que registra as premissas e informações consolidadas referentes à modelagem da concessão, trazendo a contextualização do projeto, os objetivos de política pública a serem perseguidos, além da consolidação das informações de cunho técnico, operacional e econômico-financeiro contemplados na modelagem. Assim, por consolidar todas as informações técnicas relativas ao projeto, será também utilizada como subsídio da presente análise, embora não tenha sido encartada ao SEI 6011.2021/0003165-5, o que inclusive se recomenda, em substituição às diversas notas técnicas emitidas durante sua instrução (Docs SEI 066827432, 096844249, 102065796 e 104115451), visando conferir maior clareza e objetividade ao referido processo.

Contudo, verifica-se, assim como as demais notas técnicas relacionadas, que a Nota Técnica Consolidada não se encontra datada, nem assinada pelos responsáveis por sua elaboração.

Segundo o art. 12, inciso I, da LF 14.133/2021, na instrução do processo licitatório, os documentos serão produzidos por escrito, com data e local de sua realização e assinatura dos responsáveis, o que não se verifica na aludida Nota Técnica, documento essencial da fase preparatória da presente licitação, que inclusive apresenta as justificativas para a concessão.

Desta forma, verifica-se infringência ao art. 12, inciso I, da LF 14.133/2021.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 07 e peça 52, fls. 209/210):

A SGM indica os subscritores dos Encaminhamentos n.º 069453033, 096844539, 102065693 e 104092165 do Processo SEI nº 6011.2021/0003165-5 como os responsáveis pelas respectivas Notas Técnicas de estruturação e modelagem do presente projeto e que as referidas Notas Técnicas são datadas de acordo com os Encaminhamentos que as disponibilizam no processo SEI indicado.

Ademais, que os responsáveis e a data serão indicados da mesma maneira, através do Encaminhamento 114491989 (Processo SEI 6011.2021/0001971-0) em relação à nova Nota Técnica que subsidia a presente Manifestação (doc. SEI 114529148) e republicação dos

documentos editais após diálogo com esta Corte de Contas (doc. SEI 114528921, 114528959, 114529021, 114529102).

Expõe que eventuais complementações ao tema serão feitas no processo administrativo correspondente, para acompanhamento da Assessora Jurídica.

A Nota Técnica ainda consigna (peça 52, fl. 210):

É importante ressaltar que, embora a SPP seja responsável pela elaboração dos documentos no âmbito do contrato com a Secretaria de Governo, a responsabilidade relativa aos documentos editais publicados é de atribuição exclusiva da Administração Direta, a qual contrata os serviços da SPP.

Em face disso, observado o cumprimento dos apontamentos no momento oportuno, cabível sua superação.

Análise da Coordenadoria:

Como exposto na análise preliminar, consta da documentação encaminhada a este Tribunal por força da IN 02/2022, Nota Técnica Consolidada de Modelagem (peça 74 do e-TCM 12.692/2023, apensado ao presente), e segundo o próprio documento, a Nota Técnica registra as premissas e informações consolidadas referentes à modelagem da concessão, contendo inclusive as justificativas para a concessão. Contudo, a referida Nota Técnica Consolidada, além de não ter sido encartada ao SEI 6011.2021/0003165-5, não se encontrava datada, nem assinada pelos responsáveis por sua elaboração. A mesma falha acomete as demais notas técnicas emitidas na instrução do respectivo SEI, em razão disso foi apontada a infringência ao art. 12, inciso I, da LF 14.133/2021.

A manifestação prévia da Origem indica como responsáveis pelas Notas Técnicas os subscritores dos correspondentes encaminhamentos:

- Luíza Caetano de Farias (Gerente de Projetos) e Martim Tassinari Aguiar (Coordenador de Desestatização e Parcerias) subscritores dos encaminhamentos 069453033, 096844539, emitidos respectivamente em 05.10.2022 e 16.01.2024; que encaminham as Notas Técnicas 066827432 e 096844249;

- Marcela de Oliveira Santos (Diretora) e Jesus Pacheco Simões (Diretor), ambos da São Paulo Parcerias S/A, que subscrevem o encaminhamento 102065693, de 22.04.2024, que encaminha a Nota Técnica 102065796;
- Marcela de Oliveira Santos (Diretora), São Paulo Parcerias S/A, que subscreve o encaminhamento 104092165, de 27.05.2024, que encaminha a Nota Técnica 104115451;

Contudo, nenhuma das Notas Técnicas para as quais foram indicados os respectivos encaminhamentos pela SGM correspondem à de peça 74 do e-TCM 12.692/2023 (apensado ao presente) e à de peça 52, ora encaminhada como anexo à manifestação prévia em exame. Ademais, as referidas Notas Técnicas não foram encartadas ao SEI 6011.2021/0003165-5 da licitação, em prejuízo da instrução e dificultando a identificação dos subscritores dos respectivos encaminhamentos.

Há de se reconhecer que o procedimento adotado pela Origem não se mostra aderente ao que preconiza o art. 12, inciso I, da LF 14.133/2021, de que os documentos sejam produzidos por escrito, com data e local de sua realização e assinatura dos responsáveis. Além disso, a falta de data precisa, assinatura e identificação dos responsáveis pela elaboração no próprio documento, colocam em risco a rastreabilidade, a cronologia dos atos e documentos que instruem o processo administrativo relativo ao procedimento licitatório (SEI 6011.2021/0003165-5), e até mesmo os limites de responsabilidade de cada ato produzido, como aduz a própria SPP à peça 52.

Em suma, além da flagrante infringência ao dispositivo legal indicado, o procedimento se mostra contraproducente à finalidade da instrução processual, à clareza e objetividade requeridas, não havendo justificativas plausíveis para que o documento não cumpra com as formalidades requeridas (com data, local e assinatura dos responsáveis). Sendo assim, reitera-se o presente achado.

3.2. Achados relativos ao edital da concorrência

3.2.1. O prazo de 18 anos definido para o presente projeto de concessão não está devidamente justificado, por ter desconsiderado a equação econômico-financeira do

projeto e o prazo de amortização dos investimentos, tendo sido estabelecido com base em contratos de cessão dos terrenos.

Em relação ao prazo estabelecido para o contrato de concessão, 18 (dezoito) anos, conforme cláusula sexta do edital (peça 8, fl. 10), e cláusula sétima da minuta contratual (peça 15, fl. 15), a Nota Técnica Consolidada dispõe (peça 74, fl. 111 do TC 12.692/2023):

O prazo de vigência da Concessão é de 18 (dezoito) anos contados da Ordem de Início em virtude de alinhamentos entre a EMAE e a SVMA a fim de que o término da Concessão coincida com o do Contrato de Concessão nº 002/2004, firmado entre ANEEL e EMAE, cujo objeto contempla a concessão para a geração de energia elétrica na represa Guarapiranga, dentre outras represas.

Este prazo comporta a amortização dos investimentos a serem realizados pela Concessionária, levando-se em consideração as premissas de remuneração projetadas e a assunção da dívida, além das despesas com a execução dos encargos aplicáveis, conforme detalhado no item 3.3 desta Nota Técnica de Modelagem. Portanto, o prazo encontra-se em linha com o dispositivo do art. 18, inciso I, da Lei Federal nº 8.987/1995.

Como informado na INF-C5-46/2024 (peça 36, fl. 11 do TC 12.692/2023), a SGM enviou a esta Corte um contrato firmado entre a EMAE e a PMSP, em 15.01.2024 (peça 28, fl. 11 do TC 12.692/2023). O objeto desse contrato é a cessão de uso de áreas a título gratuito, isto é, a cessão das áreas dos sete parques objeto dessa concessão, de propriedade da EMAE, à prefeitura de São Paulo. Destaca-se a seguinte cláusula (peça 28, fl. 06 do TC 12.692/2023):

CLÁUSULA QUINTA – DA VIGÊNCIA

O prazo de vigência do presente CONTRATO é correspondente ao prazo de concessão da EMAE, a findar-se em 07 de janeiro de 2043, com início a partir da data da assinatura do CONTRATO.

Parágrafo Primeiro – A eficácia do presente instrumento se iniciará após a anuência prévia da ANEEL.

Parágrafo Segundo – O presente instrumento poderá ser prorrogado, mediante celebração de termo aditivo, desde que haja prorrogação do contrato de concessão de serviços públicos de geração de energia da EMAE.

Verifica-se que o encerramento do contrato da PMSP com a EMAE referente à cessão de uso dos parques está estabelecido em 07.01.2043, o que significa 18 (dezoito) anos a partir de 08.01.2025.

Assim, tem-se que para haver coincidência do prazo estabelecido para a presente concessão com o prazo do contrato da PMSP com a EMAE, o contrato de concessão dos Parques da Orla da Guarapiranga deveria ser assinado até essa data. Caso seja assinado posteriormente, se observará um descasamento entre esses dois parques.

Observa-se, portanto, uma questão a ser revista pela Origem, uma vez que se mostra improvável a assinatura do contrato de concessão na data citada para que haja tal coincidência de prazos. Exemplificativamente, o presente relatório está sendo finalizado em setembro de 2024, distante em cerca de quatro meses da citada data (o edital de licitação ainda não havia sido lançado quando da elaboração do presente relatório). Além disso, o acompanhamento das licitações de concessões e PPPs no município de São Paulo demonstra que, uma vez publicado o edital, essas licitações muito raramente completam seu ciclo em poucos meses (incluindo fase externa, sessões de julgamento das propostas, dos documentos de habilitação, e após a escolha da licitante vencedora, a apresentação de toda a documentação exigida anteriormente à assinatura do contrato).

Assim, é provável que o contrato seja assinado em data posterior a 08.01.2025, e o prazo contratual estabelecido, de 18 anos, seja posterior à data final do contrato da PMSP com a EMAE.

Contudo, ainda mais grave do que a questão do descompasso com o contrato de cessão dos terrenos é o fato do prazo ter sido estabelecido sem considerar a equação econômico-financeira e o prazo de amortização dos investimentos, ignorando a prática e técnica envolvidas na elaboração desse tipo de projeto.

Nesse sentido, cumpre registrar que o objeto e o prazo de um projeto de concessão devem ser determinados de forma lógica e concatenada entre si, devendo o prazo ser compatível com a amortização dos investimentos, receitas e custos do projeto.

Dessa forma, em relação ao prazo da concessão, o plano de negócios e a equação econômico-financeira são os critérios essenciais de sua definição. Nesse sentido, é valioso o comentário de Antônio Carlos Cintra do Amaral⁸:

O prazo da concessão de serviço público não pode ser livremente estipulado pelo poder concedente. Ele deve resultar de sólidos estudos de viabilidade econômico-financeira. Deve ser estabelecido em função da equação econômico-financeira do contrato, que é composta de custos, mais lucro, mais amortização de investimento, menos tarifas e receitas alternativas e acessórias.

O prazo da concessão não deve ser superior nem inferior ao necessário à amortização dos investimentos previstos, considerada a equação econômico-financeira do contrato em sua totalidade.

Do exposto na Nota Técnica Consolidada (peça 74, fl. 111 do TC 12.692/2023), o prazo estabelecido de 18 anos “[...] comporta a amortização dos investimentos a serem realizados pela Concessionária, levando-se em consideração as premissas de remuneração projetadas [...] além das despesas com a execução dos encargos aplicáveis.”

No entanto, conforme a cláusula 12.1.1 da minuta do contrato, e o item 7 do Anexo V do Edital, Plano de Negócios de Referência (peça 8, fls. 129 e 381/387), o prazo estabelecido para os investimentos obrigatórios (Capex), no valor de R\$ 40,9 milhões, é de 48 (quarenta e oito) meses, ou seja, 04 (quatro) anos.

Além disso, a correlação direta do prazo da concessão com a equação econômico-financeira do contrato impõe que o Plano de Negócios de Referência se mostre adequado. Em outras palavras, que as estimativas de custos, investimentos e receitas, dentre outros elementos, estejam justificadas e o mais realista possível, dado que o sucesso da parceria depende em grande medida de estudos prévios bem realizados, evitando-se sobremaneira a necessidade de renegociações.

No presente caso, na análise da modelagem econômica do projeto foram identificadas inconsistências ou mesmo valores não justificados nos investimentos, custos e despesas, dentre

⁸ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Concessão de Serviços Públicos: Novas Tendências. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

outros aspectos que repercutem no valor da outorga fixa mínima (vide itens 3.7.7 e 3.9 desse relatório).

Nesses termos, resta prejudicada a avaliação do prazo fixado para a presente concessão. Ademais, como já consignado em outros trabalhos dessa Coordenadoria, a fim de se mensurar a adequação do prazo da concessão aos investimentos, despesas e receitas previstas no fluxo de caixa, mostra-se pertinente a realização de simulações com diferentes prazos, a fim de se comparar os valores de contraprestação mensal máxima para cada cenário.

Por exemplo, no caso da Concorrência nº 010/2022/SGM-SEDP, cujo objeto era Parceria Público-Privada (PPP) na modalidade de concessão administrativa para a requalificação e conservação de unidades educacionais da DRE São Mateus, TC nº 016239/2022, após discussão desse ponto com esta Coordenadoria a Origem apresentou um “estudo de sensibilidade” para determinação de melhor prazo, (documento SEI nº 091193739 do processo nº 6016.2022/0122680-7, enviado a essa Corte através do eTCM nº 12806/2023). Não consta dos autos ou da documentação enviada pela SGM uma análise de sensibilidade tal como essa enviada no caso da Concorrência nº 010/2022/SGM-SEDP.

Houve, ainda, ausência de menção à adequação do prazo contratual no parecer jurídico, conforme Achado 3.1.4 deste relatório.

Pelo exposto, considerando o prazo do contrato da PMSP entre a EMAE, referente à cessão das áreas dos sete parques objeto dessa concessão, a ausência de justificativa de diversos elementos do PNR (itens 3.7.7 e 3.9 desse relatório) e a ausência de simulações para comparar diferentes prazos e valores de outorga fixa mínima, conclui-se que o prazo estabelecido de 18 (dezoito) anos para o presente contrato de concessão não está justificado.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 07/08, peça 52, fl. 210):

A SPP e a SGM informam que levaram em consideração uma série de apontamentos feitos pela Auditoria, alterando o prazo da concessão para 17 anos. Esta alteração mitigaria o risco de potenciais atrasos no processo licitatório e posterior assinatura do contrato, resguardada a

capacidade de amortização dos investimentos realizados e garantida a segurança jurídica do projeto.

Aduz ainda que para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do projeto sob novo prazo foram implementadas alterações no modelo econômico, incorporando uma série de ajustes decorrentes dos apontamentos feitos no Relatório Preliminar, que contempla (i) revisão da precificação de intervenções obrigatórias; e (ii) ajuste nas alíquotas de compartilhamento de receitas.

Ademais, a Origem declara que o Plano de Negócios de Referência não possui caráter vinculante em relação à Concessionária. Dessa forma, o que se verifica em projetos de Concessão é que usualmente o volume de investimentos realizados pelas Concessionárias é maior do que o estimado pelo Poder Concedente, diante da alocação de riscos feita em projetos desta natureza. O que se busca, portanto, é definir regras para ancorar as expectativas entre as partes quanto à alocação de riscos aplicável.

Além disso, uma vez que o projeto não prevê o comprometimento orçamentário, como nos casos das PPPs, o argumento da auditoria relacionado à comparação de valores de contraprestação máxima para distintos prazos, a fim de se obter um prazo ótimo para a operação não seria necessária. Ainda assim ela declara que é crucial esclarecer que a definição do prazo de uma concessão não pode se limitar à análise de amortização de investimentos. Fatores como a necessidade tecnológica, a evolução das demandas sociais e condições limitantes ao prazo (como, no presente caso) devem ser considerados para o estabelecimento do prazo.

Análise da Coordenadoria:

Analisando a decisão da Origem em alterar o prazo da operação de 18 anos para 17 anos, percebe-se que essa alteração foi fruto de uma limitação contratual e não de uma decisão pautada no modelo econômico-financeiro, ainda que vise reduzir os riscos potenciais de atrasos no processo licitatório e posterior assinatura do contrato.

Quanto às alterações feitas, no Anexo V do edital – Plano de Negócios de Referência (peça 14, fls. 12/18), com o intuito de adaptar a modelagem ao novo prazo, não foi possível identificar quais mudanças foram realizadas com esse objetivo.

Além disso, remanescem não justificados elementos do PNR, conforme análises dos achados 3.6.1, 3.6.2, 3.6.5 e 3.6.6, variáveis da equação econômico-financeira do contrato que refletem e definem o modelo econômico da contratação, inclusive quanto ao prazo.

Também foi observado na análise preliminar a pertinência de serem apresentadas simulações de outros prazos, visando verificar a adequação do prazo da PPP aos investimentos, despesas e receitas previstas no fluxo de caixa, bem como comparar os valores de contraprestação mensal máxima para cada cenário, o que não foi feito.

Mesmo que o modelo não preveja, a princípio, desembolso de recursos orçamentários, a simulação de diferentes prazos permitiria uma avaliação mais completa em relação à adequação do prazo, considerando outras variáveis, como a limitação decorrente do contrato entre a PMSP e a EMAE, e até mesmo a eventual necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro pela modalidade de prorrogação de prazo (item 3.8.1 deste relatório).

Em suma, notadamente em razão de permanecerem inconsistências no PNR, cuja correção desses elementos, caso não representem a realidade, irá repercutir no prazo contratual, sendo eventualmente possível sua redução, reitera-se o presente achado.

3.2.2. A habilitação econômico-financeira das licitantes deve ser comprovada de forma objetiva, por meio de coeficientes e índices econômicos previstos no edital, conforme preceitua o art. 69 da LF 14.133/2021.

O subitem 16.3 do Edital (peça 08, fl. 35) define a documentação a ser apresentada para fins de qualificação econômico-financeira das licitantes, e limita-se a exigir a certidão negativa de pedido de falência para qualquer tipo de sociedade empresária e para administradora e/ou gestora de fundos (subitem 16.3.1-a); e para as demais licitantes, certidão expedida pelo Distribuidor Judicial das Varas Cíveis em geral (Execução Patrimonial) da Comarca onde estiver sediado (subitem 16.3.1-b), observadas as demais disposições do item.

Na Nota Técnica Consolidada, quanto às justificativas das condições para qualificação econômico-financeira, verificaram-se somente as seguintes considerações demasiadamente genéricas (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fls. 107/108):

Isto posto, é sabido que as exigências fixadas pela Administração devem se pautar pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade — o que demanda uma avaliação específica das características do objeto licitado, contrapostas ao perfil do mercado existente, apto a executar tal projeto. Cumpre observar, igualmente, a previsão constitucional (art. 37, XXI, CF/88) de que as exigências de qualificação técnica e econômica exigidas devem se limitar às indispensáveis garantias do cumprimento das obrigações contratuais.

Tendo em vista que a contratação diz respeito à concessão para serviços de gestão, operação e manutenção dos Parques Municipais da Orla da Represa Guarapiranga — Parque Guarapiranga, Parque Barragem do Guarapiranga, Parque Praia São Paulo — Núcleo Atlântica, Parque Praia São Paulo – Núcleo Parque Praia do Sol, Parque Linear Castelo, Parque Linear Nove de Julho e Parque Linear São José, **foram fixados critérios compatíveis com tais especificidades, objetivando afastar o risco de se sagrarem vencedoras da licitação empresas desprovidas da habilitação adequada, e sem, todavia, criar barreiras intransponíveis para os licitantes aptos a executarem com sucesso a futura concessão**, conforme detalhado a seguir. (Grifo nosso)

Constam do edital (item 24, peça 08, fls. 53/58) condições precedentes à assinatura do contrato (como de constituição de sociedade de propósito específico; subscrição e integralização de 50% do capital social mínimo exigido; depósito da 1ª parcela da outorga fixa e comprovação de prestação da garantia de execução do contrato, dentre outras).

Há também a previsão de que as licitantes apresentem garantia de proposta, conforme item 15 do edital (peça 08, fls. 25/31), integrando o envelope 2, a ser verificada antes da abertura do envelope 3 – documentos de habilitação, conforme prevê o art. 58 da LF 14.133/2021, como requisito de pré-habilitação. Apesar da discussão doutrinária sobre a inconstitucionalidade do instituto, uma vez exigida no edital, mesmo sob a égide da LF 8.666/1993, essa auditoria já sinalizava no sentido de que a verificação da garantia de proposta antecederesse a análise dos documentos de habilitação, a fim de evitar que empresas que não prestassem a garantia de forma regular participassem da fase classificatória, tumultuando ou até mesmo frustrando o procedimento (vide processos e-TCM 14.146/2021 e e-TCM 14.581/2023).

Contudo, tais exigências não se relacionam, nem se confundem com a qualificação econômico-financeira das licitantes para fins de avaliação de sua situação econômico-financeira.

Tal como já admitia a revogada LF 8.666/1993, a LF 14.133/2021, em seu art. 69, coloca, como prerrogativa da Administração, a previsão no edital de exigências relacionadas à habilitação econômico-financeira das licitantes, com o objetivo de que seja demonstrada a aptidão

econômica para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, a ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices contábeis previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório. Para tanto, observada a instrumentalidade, é permitida a previsão de apresentação pela licitante da documentação relacionada no referido artigo.

Porém, no presente caso, não obstante a complexidade e valores necessários à execução das obrigações dispostas na minuta do contrato, pelo prazo de 18 anos, o edital deixa de exigir a apresentação da documentação correlata (Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis), bem como de definir índices contábeis a serem adotados na avaliação da situação econômica das licitantes.

Cumpramos ressaltar que a qualificação econômico-financeira visa assegurar a solidez financeira e disponibilidade de recursos das empresas para a satisfatória execução do objeto, que no presente caso, exigirá investimentos do concessionário especialmente nos primeiros anos da concessão, dado o prazo de 48 meses para a realização do programa de intervenção (vide cláusula 12.1.1 da minuta do contrato, peça 11, fl. 22).

Nesse sentido, no presente caso, considera-se pertinente a adoção pelo edital de índices contábeis que se mostrem adequados ao ramo de atividade do objeto licitado, como ferramenta hábil para a avaliação econômico-financeira das licitantes, resguardando o interesse público na seleção da futura contratada e comprovando objetivamente a habilitação econômico-financeira das licitantes, conforme preceitua o art. 69 da LF 14.133/2021. Cabe, ainda, motivação circunstanciada na instrução do respectivo SEI das condições a serem definidas em função das peculiaridades desta licitação.

Por fim, consigna-se que a apresentação de certidões de falência e de objeto e pé, além de serem exigência mínima a ser observada, não comprovam propriamente uma boa situação econômica, vez que somente refutam a caracterização da situação de insolvência das empresas ou do empresário individual.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 08/09 e peça 52, fls. 214/218):

A SGM esclarece, inicialmente, que a questão já foi abordada nos processos e-TCM nºs 13.707/2019 e 9.275/2021, em que formulada uma recomendação. Aduz que à peça 90 do eTCM 9.275/2021, o Despacho do Conselheiro Relator não fez menção à aceitação dessa recomendação.

Prossegue argumentando que a LF 14.133/2021, assim como a LF 8.666/1993, não impõe a obrigatoriedade de apresentação de demonstrações financeiras, e registra (peça 47, fl. 08):

[...] O que a legislação prevê é que cabe à Administração escolher, dentre as opções listadas no artigo 69 da Lei nº 14.133/2021, os documentos necessários para atestar a regularidade econômico-financeira dos licitantes.

Ademais, cumpre destacar o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo (AJCE) nos processos e-TCM nº 10.019/2018 e e-TCM nº 1.033/2019, que analisaram, respectivamente, a concessão do serviço de estacionamento rotativo e a Concorrência Internacional nº 001/SMT/2019. Nessas ocasiões, foi reiterado que não é necessário exigir toda a documentação prevista no artigo 31 da Lei nº 8.666/1993. Portanto, o edital tem a discricionariedade de definir quais documentos serão solicitados para comprovar a qualificação econômico-financeira dos licitantes, desde que isso esteja devidamente justificado no instrumento convocatório. Assim, à luz do artigo 69 da Lei nº 14.133/2021, que se assemelha ao artigo 31 da Lei nº 8.666/1993, também se conclui que os editais regidos pela nova Lei de Licitações têm a mesma liberdade para estipular os critérios de qualificação.

Neste contexto, a exigência de certidão negativa de pedido de falência ou liquidação judicial tem como objetivo garantir que o Poder Concedente esteja ciente de eventuais processos judiciais que possam comprometer a capacidade financeira da licitante e, eventualmente, afetar a continuidade da Concessão. A exclusão dessa exigência do edital representaria uma postura arriscada por parte da PMSP, pois aumentaria o risco de prejuízos futuros ao erário público.

Além disso, é relevante observar que o edital já exige a apresentação de garantia da proposta, o que implica que um valor seja retido durante todo o processo licitatório. Essa garantia pode ser executada, por exemplo, caso o adjudicatário se recuse, sem justificativa, a assinar o contrato, ou caso haja descumprimento de outras condições necessárias para a formalização do contrato, como o atraso no processo ou a apresentação de informações falsas.

Portanto, por um lado, a exigência das certidões judiciais, prevista no edital, visa excluir qualquer risco de insolvência por parte dos licitantes, enquanto, por outro lado, a garantia da proposta demonstra a solidez econômica da empresa. Juntas, essas exigências se mostram adequadas e suficientes para verificar a situação financeira dos licitantes, tornando desnecessária a solicitação de índices contábeis adicionais para fins de qualificação econômico-financeira.

Ao final, destaca que a estruturação do projeto buscou mitigar riscos relacionados à possível contaminação da concessionária por passivos ou problemas oriundos das licitantes, citando

como exemplo a previsão de constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), que permitirá a segregação dos recursos destinados à execução do objeto da concessão, ressaltando outras medidas dispostas no edital: (i) a exigência de integralização de metade do capital social mínimo na SPE e (ii) a prestação de garantia de execução do contrato; ambas como condições precedentes à assinatura do contrato.

As considerações da Nota Técnica são no mesmo sentido, havendo em acréscimo, menção à fl. 216 da peça 52 à decisão da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 402.711/SP) e do Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 1844/2005 – Plenário), ambas no âmbito da LF 8.666/1993.

Análise da Coordenadoria:

Preliminarmente, embora em outras análises no âmbito deste Tribunal de Contas, registre-se sob a égide da LF 8.666/1993, o ponto tenha restado superado, não há entendimento firmado sobre o tema, ou seja, não se trata de matéria sumulada, ainda mais agora segundo a nova lei de regência (LF 14.133/2021).

Como já consignado no relatório preliminar, as demais exigências do edital mencionadas pela Origem, seja em relação à constituição da SPE, sejam as condições precedentes à assinatura do contrato, de garantia de proposta e de garantia de execução, não se confundem com a qualificação econômico-financeira das licitantes para fins de avaliação de sua situação econômico-financeira.

Nesse sentido, no presente caso, considera-se altamente recomendável que o edital exija a apresentação da documentação correlata (Balanço Patrimonial e Demonstrações Contábeis), bem como defina índices contábeis a serem adotados na avaliação da situação econômica das licitantes, dada a complexidade, prazo e valores envolvidos.

Ademais, observa-se que a nova lei geral de licitações se mostra mais afirmativa quanto ao ponto, prevendo em seu art. 69 a necessidade de que a aptidão econômica do licitante seja comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital. Trata, inclusive, a garantia de proposta de forma totalmente segregada da qualificação econômico-

financeira, a ser exigido como requisito de pré-habilitação, no momento da apresentação da proposta (art. 58 da LF 14.133/2021).

Em suma, a forma como a nova lei confere regramento aos pontos aqui discutidos convergem com a fundamentação exposta em nossas análises.

Desta forma, reitera-se o presente achado.

3.2.3. O critério de qualificação técnica proposto infringe os requisitos do art. 18, IX da Lei de Licitações

O item 16.5 da minuta do edital trata da documentação relacionada à qualificação técnica das licitantes (peça 08, fl. 38):

16.5.1. Para efeito da qualificação técnica, os seguintes documentos devem ser apresentados pelo LICITANTE individual ou, no caso de CONSÓRCIO, por pelo menos um dos seus integrantes:

a) comprovação de aptidão para o desempenho da atividade OBJETO da presente LICITAÇÃO, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnico-operacional, emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, o(s) qual(is) comprove(m) a experiência do LICITANTE na administração/gestão de empreendimento de uso público ou privado, destinado às atividades de turismo, comércio, cultura ou lazer, que tenha recebido no mínimo 92.000 (noventa e dois mil) usuários, no período de 1 (um) ano, pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses ininterruptos.

16.5.2. Para efeito da comprovação a que se refere o subitem 16.5.1, alínea “a)” (qualificação técnico-operacional), será admitida a somatória de atestados, desde que, ao menos um dos empreendimentos referidos nos atestados tenha recebido, no mínimo, 46.000 (quarenta e seis mil) usuários no período de um ano, pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses ininterruptos.

De acordo com a Nota Técnica (peça 74, fl. 108 do TC 12692/2023):

No caso, a habilitação técnica prevista no instrumento convocatório proposto considerou como critério o escopo contratual. Assim, exigiu-se a apresentação de atestado(s) de capacidade técnico-operacional, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado comprovando a experiência do Licitante na administração/gestão de empreendimento de uso público ou privado, destinado às atividades de turismo, comércio, cultura ou lazer, que tenha recebido no mínimo 92.000 (noventa e dois mil) usuários, no período de 1(um) ano, pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses ininterruptos.

Vê-se que a Nota Técnica apenas reproduz a disposição editalícia em questão, e não apresenta justificativa técnica para a eleição do critério de qualificação técnica desse projeto.

A despeito dos numerosos encargos arrolados no CEC, não houve indicação na Nota Técnica da relevância de cada parcela do objeto contratual para a eleição dos requisitos de qualificação técnica mais apropriados, como dispõe o art. 18, IX da Nova Lei de Licitações⁹.

De fato, como consta no CEC, a futura concessionária será encarregada não apenas de gerir parques, mas também da implantação de um novo parque (Parque Praia São Paulo – Núcleo Atlântica), além de promover reformas e adequações em estruturas já existentes, realizar novas intervenções e instituir atividades de educação ambiental. Tudo em uma área de concessão ambientalmente sensível, registre-se.

Sob o viés da materialidade, cumpre pôr relevo às obrigações da concessionária em instalar um funicular, construir píeres para embarcações, decks e torres de contemplação, passarelas para pedestres, eco barreiras em alguns riachos, dentre outras obras e serviços de engenharia que oneram expressivamente o CAPEX, estimado no PNR em R\$ 40,9 milhões (peça 14, fl. 07), o que corresponde a 9% dos dispêndios totais previstos para a futura concessionária durante a vigência do ajuste.

Em outros editais de licitação para concessões do Município, observou-se exigência de acervo técnico relacionado à edificação/construção, mesmo quando a parcela desses investimentos era relativamente inferior à de operação e prestação dos serviços.

O Edital de PPP das escolas de São Mateus (EC nº 010/2022/SGM-SEDP), por exemplo, continha exigências de atestados técnicos que comprovassem experiência em edificação/construção e em gestão predial/zeladoria, mesmo com o CAPEX representando

⁹ Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o [inciso VII do caput do art. 12 desta Lei](#), sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: [...]

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio (grifos nossos);

apenas 9% do total de custos previstos no PNR daquele projeto. Outro caso é o do Edital de PPP dos CEUs – Lote 2 (EC nº 009/2023/SGM-SEDP), em que também foram exigidos atestados de edificação/construção e gestão predial/zeladoria¹⁰.

Já no que toca à relevância técnica, além dos encargos relacionados à construção e operação de equipamentos e edificações, a concessionária estará obrigada a promover a recuperação ambiental de áreas nos parques da concessão, e sua atuação deve detida observância às limitações impostas pela legislação específica que incide na região da represa e pelos condicionantes definidos por EMAE (peça 13). Tal encargo requer, inclusive, a contratação de profissionais com formações técnicas específicas, como biólogos, veterinários, engenheiros ambientais etc. (item 13.3 do CEC, peça 16, fl. 29).

Quanto a essa obrigação tecnicamente relevante¹¹, a minuta de edital é silente em exigir qualquer expertise das licitantes, e não há previsão de comprovação de acervo técnico específico para os casos em que se espera medidas de gestão ambiental da contratada.

Em adição, o Capítulo VI do CEC (peça 15) enumera atividades vinculadas à operação e gestão dos parques, como limpeza, segurança e vigilância, manutenção etc. Em outros editais de licitação de projetos de desestatização, a Origem optou por exigir atestados de gestão predial/zeladoria com clara menção a serviços relevantes necessários à execução daqueles contratos, como o caso dos editais EC 010/2022/SGM-SEDP (Escolas da DRE de São Mateus) e EC 009/2023/SGM-SEDP (CEUs – Lote 2), já citados.

De notar, mais uma vez, um posicionamento contraditório ao histórico de exigências feitas pela Origem quanto à matéria, inclusive já apreciada pelo Tribunal em outras ocasiões¹².

Como se não bastasse, ao estabelecer como requisito de qualificação técnica a apresentação de atestados de “administração/gestão de empreendimento de uso público ou privado, destinado

¹⁰ Ambos foram objeto de Acompanhamento de Edital nos TCs 16239/2022 (Escolas) e 6360/2023 (CEUs 2)

¹¹ É útil mencionar que o SMD, disciplinado no Anexo IV do Contrato, atribui pesos distintos a certos indicadores que aferem a performance da concessionária na execução de encargos contratuais, notadamente o peso de 15%, o mais alto de todos, é dado ao indicador que mede o desempenho em manejo de áreas verdes, revelando a importância técnica-operacional das atividades de cunho ambiental.

¹² Acompanhamentos de Edital: TCs 16239/2022 (Escolas) e 6360/2023 (CEUs 2)

às atividades de turismo, cultura, esporte ou lazer, que tenha recebido no mínimo 92.000 (noventa e dois mil) usuários”, a Origem restringe sobremaneira a participação de licitantes que, isoladamente, possuem expertise na execução de parcelas material e tecnicamente relevantes desse projeto (por exemplo: construção, gestão predial, serviços de limpeza, segurança, vigilância, jardinagem, manejo arbóreo, recuperação ambiental, etc.), mas que não poderão se reunir em consórcio para comprovarem expertise na administração e gestão de equipamentos destinados a turismo, cultura, esporte ou lazer, muito embora elas, juntas, detenham capacidade de executar os encargos mais relevantes do objeto.

Com efeito, construtoras de edificações possuirão tão somente atestados relacionados à construção; empresas especializadas em manejo arbóreo possuirão atestados de manejo arbóreo; assim como as de segurança e vigilância, ou de limpeza e manutenção terão atestados específicos de sua área de atuação.

Reunidas em consórcio, elas conseguiriam comprovar expertise na execução das parcelas mais importantes do contrato¹³, mas da forma como o edital estabeleceu o critério de qualificação técnica, apenas empresas que mantenham grandes contratos de administração e gestão de empreendimentos com as finalidades especificadas poderão participar do certame, sem necessariamente possuírem a expertise para executar o objeto nos termos estabelecidos pelo projeto em exame.

Pois bem. Diante disso tudo, é importante mencionar o ocorrido no âmbito do Edital de Concorrência EC/001/2024/SGM-SEDP para concessão do Parque Campo de Marte, objeto de acompanhamento nos autos do TC 9651/2024, cujo critério de qualificação técnica utilizado foi similar ao do projeto em apreço¹⁴.

¹³ LF nº 14.133/21: Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: [...]

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação. (grifos nossos)

¹⁴ 16.5.1. Para efeito da qualificação técnica, os seguintes documentos devem ser apresentados pela LICITANTE individual ou, no caso de CONSÓRCIO, por pelo menos um dos seus integrantes:

a) comprovação de aptidão para o desempenho da atividade OBJETO da presente LICITAÇÃO, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnico-operacional, emitido(s) por pessoa jurídica de direito público ou privado, o(s) qual(is) comprove(m) a experiência da LICITANTE na administração/gestão de empreendimento de uso público ou privado, destinado às atividades de turismo, cultura, esporte ou lazer, que tenha recebido no mínimo 120.000 (cento e vinte mil) usuários, no período de 01 (um) ano, pelo prazo mínimo de 12 (doze) meses ininterruptos.

Naquela oportunidade, restou consignada a inadequação do critério escolhido, em face das exigências de construção de equipamentos e de gestão ambiental da área, que incluem manejo e recuperação da fauna e flora locais. Da mesma forma, alertou-se que a exigência representava restritividade injustificada (peça 114, fls. 83/84 do TC 9651/2024).

Vale ressaltar que houve o comparecimento de apenas um interessado à sessão de abertura daquela concorrência, ocorrida em 23.08.24 (doc. SEI 109238799), sendo homologado vencedor do certame o Consórcio Cântaro. Para tanto, a empresa líder do referido consórcio - PROGEN S/A - apresentou um atestado no quantitativo de 127.827 usuários atendidos em eventos realizados por meio da locação do Estádio do Pacaembu, incluindo três partidas de futebol com grande público, quantidade pouco acima do mínimo de 120.000 usuários exigidos pelo edital.

Ressalte-se que a referida empresa PROGEN S/A atualmente integra a Concessionária Allegra Pacaembu, responsável pela concessão do Estádio do Pacaembu (Contrato de Concessão nº 01/SEME/2019) (doc. SEI 109249284, fls. 63/68), cujo contrato tem sido alvo de recentes críticas e alerta emitido pelo TCM, sobretudo pelos atrasos ocorridos na execução de obras.

A conclusão que se pode extrair, portanto, da exigência de qualificação técnica consignada na minuta de edital é de que:

- (i) Não elenca as parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo necessários à definição dos critérios de qualificação técnica (art. 18, IX da LF nº 14.133/21);
- (ii) Não avalia propriamente a expertise das licitantes em executar as parcelas de maior relevância do objeto, como construção, gestão ambiental, projeto político-pedagógico de cunho ambiental etc., pois não discrimina tais parcelas ao aglutinar, numa expressão genérica, apenas os encargos de “administração e gestão de equipamentos” (art. 67, §1º da LF nº 14.133/21);
- (iii) Não prevê exigências relacionadas às subcontratadas de modo a salvaguardar o mínimo de experiência de possíveis terceirizadas na realização das obras, sobretudo aquelas que envolvam estruturas de mecânicas ou que sejam construídas acima do espelho d’água, além de outros encargos previstos no CEC, como exige o art. 122, §1º da LF nº 14.133/21;

(iv) Inibe a participação de licitantes que, reunidas em consórcio, poderiam atestar capacidade de realização dos encargos de *facilities* e gestão/operação de equipamentos públicos em geral, e encoraja a participação de licitantes aventureiros que atendam ao requisito estabelecido, ferindo os princípios da eficiência, eficácia, entre outros previstos no art. 5º da LF nº 14.133/21;

(v) Demonstra posicionamento atípico da Origem quando comparado com o de outros editais formulados, e provoca restritividade de participação de interessados e possível direcionamento do certame (art. 9º, I, a da LF nº 14.133/21), como observado na Concorrência EC/001/2024/SGM-SEDP.

Pelo apresentado, considera-se que o requisito de qualificação técnica não respeita o art. 18, IX e o art. 67, §1º da LF nº 14.133/21.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 09 e peça 52, fls. 218/221):

A SGM ressalta que o critério de qualificação técnica procura avaliar a experiência consolidada em gestão e operação de empreendimentos com características similares, que isso permite uma articulação integrada e eficiente, assegurando uma “sinergia harmônica” entre os serviços previstos.

Prossegue dizendo que considera prioritário garantir a boa gestão do fluxo de visitantes e a complexidade operacional do empreendimento. Destaca que, dado o “mercado incipiente de parques no país”, é do “interesse público que o parceiro privado selecionado para a execução do projeto tenha a capacidade de estruturar um project finance, com a devida precificação dos riscos e das atividades envolvidas na execução contratual”.

Continua sua exposição indicando que a parcela do CAPEX não seria materialmente tão representativa e que o critério de qualificação eleito “não restringe excessivamente a participação no certame” e finaliza recordando que o Edital EC/001/2024/SGM-SEDP, relativo à concessão do Campo de Marte, previa requisitos técnicos semelhantes.

Já a SPP resume sua resposta nos seguintes termos:

- A adoção da administração/gestão como critério de qualificação técnica trata-se de escolha técnica adequada, que atesta suficientemente a qualificação das licitantes para a gestão integrada e eficiente das atividades do contrato.
- A exigência de qualificação técnica não restringe excessivamente a participação, assegurando que os licitantes possuam experiência adequada em empreendimentos de grande fluxo de pessoas, em conformidade com o art. 18, IX da Lei Federal nº 14.133/2021.
- A proporção do CAPEX foi equivocadamente indicada no relatório, e os valores corrigidos confirmam a menor relevância do escopo de implantação da infraestrutura frente às atividades de gestão e operação.

Análise da Coordenadoria:

A Origem alega que o critério eleito não prejudicaria a competitividade e não colocaria em risco a plena execução do objeto contratual, tendo em vista que, em seu modo de ver, “verifica-se uma menor relevância do escopo de implantação da infraestrutura frente à magnitude das atividades de gestão, operação e manutenção do Parque ao longo de toda a execução do contrato, o que justifica o destaque dado em Edital para a exigência de comprovação de capacidade técnica voltada a gestão holística dessas atividades, bem como a permissão para subcontratação dos serviços previstos” (peça 52, fl. 220).

Ocorre que as atividades de operação, manutenção e gestão dos parques se alicerça, justamente, na implantação da infraestrutura que os tornará aptos a operar como previsto no CEC. Nesse sentido, as obras possuem relevância nuclear ao projeto, ainda que não o tenham em termos de materialidade.

Além disso, critério eleito tampouco se presta a avaliar a expertise das licitantes em executar as parcelas de maior relevância propriamente ditas, como a operação e a manutenção, pois enfoca apenas nas atividades de gestão e administração de empreendimentos sem nem indicar a parcela de representatividade econômica dessas atividades.

Também não foram apresentadas justificativas para a falta de competitividade ocorrida em licitação que adotou o mesmo tipo de critério de qualificação técnica (Edital de Concessão do Campo de Marte) e que resultou na contratação em empresa envolvida na controversa concessão do Estádio do Pacaembu (Contrato de Concessão nº 01/SEME/2019), cujo contrato, como já mencionado, apresentou atrasos.

Por fim, não houve indicação das exigências de qualificação técnica relacionadas às subcontratadas de modo a salvaguardar o mínimo de experiência de possíveis terceirizadas na realização das obras e outros serviços pertinentes à concessão.

Pelo exposto, reitera-se o achado, vez que o requisito de qualificação técnica não respeita o art. 18, IX e o art. 67, §1º da LF nº 14.133/21, não avalia a expertise das licitantes em executar os encargos mais relevantes do objeto contratual e tende a restringir a participação de interessados.

3.2.4. O edital não define parâmetros para a avaliação de exequibilidade das propostas comerciais, em infringência aos incisos III e IV do art. 59 da LF 14.133/2021. Devendo ainda ser corrigida a redação do subitem 18.5-g do edital.

Segundo o subitem 4.1 do edital (peça 08, fl. 09), o critério de julgamento da licitação será a maior oferta para o valor da outorga fixa a ser paga pela concessionária para o poder concedente (art. 15, II, da LF 8.987/1995). O valor mínimo da outorga fixa foi definido pelo edital em R\$ 405.963,56 (quatrocentos e cinco mil, novecentos e sessenta e três reais e cinquenta e seis centavos).

A proposta comercial que apresentar valor acima do definido no subitem 4.2 do edital será desclassificada, conforme dispõe o subitem 18.5-g do edital (peça 08, fls. 43/44). Essa disposição deve ser corrigida para constar que será desclassificada a proposta comercial que apresente valor inferior ao indicado no subitem 4.2 do edital.

Por outro lado, não se verificam disposições específicas para a análise da exequibilidade da proposta comercial melhor classificada, à exceção do subitem 14.11.2 do edital (peça 08, fl. 25):

14.11.2. Para fins de avaliação da exequibilidade da PROPOSTA COMERCIAL dos LICITANTES, à COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO fica facultada a solicitação do plano de negócios ou documentos a ele correlatos do LICITANTE classificado em primeiro lugar.

Ocorre que, no Acompanhamento de Licitação da Concorrência Internacional EC nº 009/2023/SGM-SEDP de Parceria Público-Privada (PPP), eTCM 2575/2024, na modalidade de concessão administrativa para a implantação, manutenção e conservação de Centros Educacionais Unificados (CEUs) – Segundo Lote, houve a interposição de recurso em face das propostas melhores classificadas. No entanto, a Comissão Especial de Licitação refutou a aplicação da prerrogativa, tal como prevista também neste edital (subitem 14.11.2), de avaliar a exequibilidade mediante a solicitação do plano de negócios ou documentos a ele correlatos, negando provimento ao recurso, sob a alegação de que as propostas comerciais questionadas quanto à exequibilidade não se mostravam manifestamente inexequíveis, nos termos do art. 48, §1º, “b” da LF 8.666/1993 e do art. 59, §4º da LF 14.133/2021.

Cumprе ressaltar que os parâmetros de inexequibilidade definidos na Lei Geral de Licitações e Contratações Administrativas (LF 14.133/2021) às concessões e parcerias-público privadas não se mostram adequados, dada a natureza e peculiaridades desses modelos de contratação, que demandam modelagens econômico-financeiras mais complexas.

Ademais, como ressaltado na análise a que se fez referência, pelos próprios termos do edital, o que se esperava da comissão era justamente que a avaliação da exequibilidade se desse segundo o disposto no edital, mediante a solicitação do Plano de Negócios ou documentos a ele correlatos do licitante classificado em primeiro lugar, única previsão sobre a matéria.

Além disso, as propostas que apresentarem preços inexequíveis ou que não tiverem a sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração, devem ser logicamente desclassificadas, há inclusive disposição legal nesse sentido, incisos III e IV do art. 59 da LF 14.133/2021.

Desta forma, diante dessa experiência concreta e da incompletude do edital no regramento quanto à avaliação da exequibilidade da proposta comercial melhor classificada, quando questionada ou mesmo parem dúvidas e esse respeito, reputa-se necessário que o edital defina os parâmetros a serem adotados na avaliação da exequibilidade da proposta a ser selecionada, atendendo aos comandos dos incisos III e IV do art. 59 da LF 14.133/2021.

Tal providência se mostra necessária, para que seja resguardado o interesse público, no caso, o de mitigar os riscos de selecionar proposta inexequível para execução de contrato de concessão, avaliando-se a exequibilidade da proposta melhor classificada quando pertinente, segundo os parâmetros mais adequados a serem previstos no edital e fazendo uso da prerrogativa de solicitar o plano de negócios da licitante para tal avaliação.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 09/10 e peça 52, fls. 221/223):

A Secretaria de Governo alega que as disposições da LF 14.133/2021 que tratam da avaliação de exequibilidade das propostas não se mostra adequada; e que “a imposição de critérios e parâmetros rígidos para essa aferição pode se mostrar contraproducente neste caso específico”, pois “as propostas comerciais apresentadas pelas licitantes não se baseiam apenas nos custos a serem suportados por elas, mas sim em um plano de negócios que envolve maior complexidade e abrangência”.

Continua sua exposição dizendo que, em licitações passadas, o TCM “já validou o mecanismo que confere à Comissão de Licitação a faculdade de solicitar o Plano de Negócios para a avaliação da exequibilidade das propostas”, e que entende ser mais apropriado que a “análise da exequibilidade das propostas comerciais, conforme o disposto no § 3º do artigo 15 da LF 8.987/95, seja realizada levando em consideração as particularidades de cada caso concreto”.

Acrescenta que “como o método de apuração dos valores referenciais, que não se baseiam em simples pesquisas de mercado, dificultam uma análise objetiva e confiável sobre a exequibilidade da proposta, mesmo com a utilização de um plano de negócios referencial. Isso porque não seria possível ao edital, ainda que com base no plano de negócios referencial, estabelecer um critério seguro de aceitabilidade das propostas, conforme preconiza o artigo 59 da LF 14.133/2021”.

Finaliza informando que realizou correção do subitem 18.5.g do edital, cuja nova redação passou a ser:

18.5. Será desclassificado o LICITANTE: g) cuja PROPOSTA COMERCIAL apresente valor inferior ao indicado no item 4.2.

A SPP, de seu lado, se manifestou sobre o tema da seguinte maneira:

- Essa exigência não se aplica, pois o artigo é voltado para obras e serviços de engenharia com orçamento prévio. As propostas comerciais aqui são baseadas em planos de negócios complexos.
- Anteriormente, o Tribunal validou a faculdade da Comissão de Licitação solicitar o Plano de Negócios para avaliação de exequibilidade, como nas Concorrências EC/007/2022, EC/002/2021, 001/SVMA/2018 e 020/SGM/2020.
- Contratos de concessão são complexos e de longa duração. Avaliar o Plano de Negócios na licitação pode ser subjetivo e comprometer a impessoalidade, além de gerar futuros pedidos de reequilíbrio pela concessionária.
- A Assessoria Jurídica de SGM, no Parecer nº 102247338, argumenta que o critério de julgamento será a maior oferta de outorga inicial, sem exigir Plano de Negócios para aferir a exequibilidade.
- Fatores como a complexidade do negócio e a especificação das obrigações baseadas no desempenho não permitem uma análise objetiva da exequibilidade com base no Plano de Negócios.
- Conforme indicado por esta Auditoria, o subitem 18.5 (g) do Edital foi corrigido para constar que será desclassificada a proposta comercial que apresenta valor inferior ao indicado no subitem 4.2.

Análise da Coordenadoria:

A análise da exequibilidade das propostas é pressuposto para que a Administração consiga desclassificar propostas comerciais que se mostrarem inexecutáveis, medida prevista no art. 5º, § 3º da LF 8.987/1995.

Reconhece-se a complexidade de se definir procedimentos e parâmetros objetivos para avaliação da proposta vencedora que tenha indícios de inexecutabilidade; porém, sem tais parâmetros, a Administração estará tolhida de adotar providências que salvaguem o interesse público e evitem a celebração de um contrato destinado ao fracasso.

Os procedimentos e os critérios mais adequados para essa análise podem, realmente, variar, conforme o caso, mas entende-se essencial que o edital preveja meios objetivos de se realizar o exame das propostas que suscitem dúvidas sobre sua viabilidade econômica, sejam as surgidas no âmbito da própria CEL, sejam aquelas provenientes de recursos formulados por licitantes ou outros interessados.

É válido salientar que esta Auditoria tem reiterado apontamentos que tratam desse tema, pois, como já mencionado, ocorreu episódio recente em que a Origem deixou de exercer sua prerrogativa de solicitar o plano de negócio que teve sua exequibilidade questionada (Concorrência EC/009/2023/SGM-SEDP (PPP dos CEUs Lote 2) – cujo processo de licitação foi analisado nos autos do eTCM 2575/2024). A exequibilidade da proposta vencedora também foi questionada na Concorrência EC nº 010/2022/SGM-SEDP (PPP Unidades Educacionais da DRE S. Mateus – SEI 6016.2022/0051436-1) e a ausência de critérios para sua avaliação tem provocado sucessivas prorrogações de prazo para a finalização do procedimento, cuja sessão de abertura ocorreu em 20.09.2024.

Considera-se que para o exercício dessa faculdade conferida pelo edital (item 14.11.2), em atendimento aos princípios da instrumentalidade e objetividade, mostra-se necessária a indicação dos parâmetros em que se dará a análise do Plano de Negócios da Licitante, para fins da avaliação da exequibilidade da proposta.

É possível que os parâmetros indicados pela LF 14.133/2021 não sejam, de fato, os mais apropriados para o exame de exequibilidade de planos de negócios de concessões, mas são referenciais que resultaram de consenso legislativo. Nesse sentido, não se vê prejuízo em aplicar tais parâmetros, ainda que parcialmente, e na ausência de outros mais adequados e específicos ao caso concreto, em análises de exequibilidade que se façam necessárias.

Já o argumento referente aos riscos de pleitos para recomposição do equilíbrio econômico financeiro lastrados em exame de exequibilidade ocorrido na fase de licitação não merece prosperar, pois é lícito e justo que o poder concedente conheça e avalie as propostas recebidas, bem como se acautele, sempre que a prudência exigir, de celebrar contratos com licitantes que apresentem propostas comerciais cujos fundamentos econômicos se mostrem temerários.

Abrir mão dessa prerrogativa por receio de que ocorram pedidos de reequilíbrio no futuro expõe o poder concedente à condição de injustificável vulnerabilidade, sobretudo diante do fato de que o edital em comento não dispõe de requisitos de habilitação adequados à seleção de licitantes aptos à execução dos numerosos encargos da concessão, como apontado nos itens anteriores deste relatório. Além disso, a minuta do contrato contempla disposições específicas aplicáveis

ao procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, passíveis de complementação no sentido de não vinculação ao plano de negócios da contratada, caso se entenda necessário.

Quanto à correção anunciada do subitem 18.5 (g) do edital, verifica-se à fl. 44 da peça 57 (versão do edital republicado em 03.12.2024) a retificação do texto, restando superado esse aspecto do presente achado.

Pelas razões expostas, reitera-se o achado.

3.2.5. Não foram juntadas ao processo SEI as comprovações de publicação do extrato de edital, tanto no Diário Oficial da Cidade quanto em jornal diário de grande circulação, em ofensa aos artigos 54 da LF 14.133/2021 e 17, I da LM 13.278/2002.

Como sabido, a LF 14.133/2021 positivou a obrigação da dupla publicação do extrato de edital de licitação, tanto no Diário Oficial, quanto em jornal diário de grande circulação (art. 54, § 1º). O mesmo comando vem também reproduzido na legislação municipal (art. 17, I da LM 13.278/2002).

No presente caso, a Origem não trouxe ao processo as comprovações de publicação, em infringência aos dispositivos legais supramencionados.

Apesar de se ter verificado que a publicação no Diário Oficial da Cidade efetivamente ocorreu, é recomendável que se junte ao processo a página do Diário que a comprove, em razão da boa prática administrativa e do princípio da transparência,

Quanto à publicação em jornal diário de grande circulação, não é possível afirmar que de fato ocorreu, uma vez que ausente sua comprovação nos autos do processo, incorrendo a Origem em infringência quanto a este dever.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 10 e peça 52, fls. 223/224):

A Origem esclarece que foi juntado no Processo SEI n.º 6011.2021/0003165-5 o comprovante de publicação do Edital em jornal de grande circulação (Documento SEI n.º 113161167).

Análise da Coordenadoria:

Compulsando-se os autos do processo eletrônico, constatou-se que, de fato, foi juntado o comprovante de publicação do Edital em jornal de grande circulação.

Por esta razão, entende-se superado o achado constante do Relatório Preliminar.

3.3. Achados relativos à Minuta do Contrato e seus anexos

3.3.1. Contraria a segurança jurídica o emprego de expressões imprecisas na minuta do contrato e outros anexos, como: “prazo razoável”, “prazo acordado”, “em tempo razoável”, devendo ser definidos prazos específicos para o cumprimento das disposições relacionadas.

Verificou-se na minuta do contrato disposições em que o prazo para correções e complementações pela concessionária não está definido, tendo sido utilizadas expressões injustificadamente imprecisas quanto ao prazo exigido para cumprimento das obrigações ali dispostas, como exemplo, os termos “*prazo razoável*”, “*prazo acordado*” e “*em tempo razoável*”, empregadas nas subcláusulas 13.5, 13.6, 31.5 e 31.7 (peça 11, fls. 24/25 e 63/64).

Os exemplos citados são da minuta contratual, mas tais expressões devem ser revistas de forma ampla na documentação editalícia, dado que constam também de outros anexos, como o Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos da Concessionária (subitem 38.1-d, peça 16, fl. 59).

Tal indefinição não se coaduna com o princípio da segurança jurídica, tampouco cumpre a finalidade de assegurar a regular execução do contrato, dificultando o exercício pelo poder público de acompanhamento e fiscalização da concessão, a até mesmo de sancionamento, quando pertinente. Nesse sentido, entende-se pertinente a revisão das disposições que adotem expressões imprecisas, para que sejam claramente definidos os prazos exigíveis.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 10/11 e peça 52, fls. 224/226):

A Origem alega que as mencionadas expressões imprecisas foram usadas em poucas ocasiões, nas quais seriam “de extrema dificuldade definir previamente um intervalo de tempo específico, devido às especificidades de cada caso.”.

Defende ainda que “a escolha pela redação adotada tem por natureza prover o Poder Concedente com a possibilidade de estipular prazo adequado a depender da complexidade e da

natureza dos esclarecimentos suscitados” e que seria “temerário propor, em sentido contrário, que toda e qualquer solicitação feita pelo Poder Concedente tenha que ser respondida no mesmo prazo, independentemente de sua natureza.”.

Análise da Coordenadoria:

O emprego de expressões imprecisas para definição de prazos editalícios e contratuais deve ser evitado pela Administração, para que se resguarde a segurança jurídica da contratação. No caso vertente, o uso destas expressões não se justifica.

Não se nega que os prazos devem ser proporcionais à complexidade de sua natureza, mas não se pode desprezar a importância de se definir alguns limites para cumprimento desses prazos, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

No caso da subcláusula 13.5¹⁵ (que trata da emissão do Termo Provisório de Aceitação das Obras), por exemplo e conforme pontuado pela Origem, foi consignado um prazo mínimo para adoção de providências pela Concessionária, mas não se colocou um limite temporal para tanto, podendo o prazo para esta pendência, a princípio, se prolongar indefinidamente, a depender do que o Poder Concedente considerar acerca do “volume e complexidade das providências necessárias”.

Do mesmo modo, quanto ao subitem 38.1., “d”¹⁶, da Minuta Contratual, deveria ter sido fixado um limite superior para o prazo de resposta à solicitação do Poder Concedente, não se excluindo a possibilidade de se estipular um prazo específico no caso concreto, desde que respeitado aquele prazo máximo que deveria ter sido definido.

Logo, ao contrário do que alega a Origem, não se trata de “que toda e qualquer solicitação feita pelo Poder Concedente tenha que ser respondida no mesmo prazo, independentemente de sua

¹⁵ 13.5. Na hipótese da subcláusula anterior, a CONCESSIONÁRIA deverá realizar as correções e complementações necessárias, sendo-lhe franqueado prazo razoável a ser acordado com o PODER CONCEDENTE, nunca inferior a 3 (três) meses, considerando o volume e complexidade das providências necessárias. (peça 58, fl. 24)

¹⁶ 38.1. Sem prejuízo das demais previsões deste CONTRATO, e das prerrogativas legalmente conferidas ao PODER CONCEDENTE relativamente à imposição de novas obrigações ou de alterações sobre o OBJETO, a cada 5 (cinco) anos, contados da DATA DA ORDEM DE INÍCIO, as PARTES promoverão a revisão dos parâmetros, condições e resultados gerais da CONCESSÃO, com o objetivo de, sendo o caso: [...]

d) rever os critérios e formas de avaliação da CONCESSIONÁRIA previstos no ANEXO IV – SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO. (peça 58, fl. 73)

natureza”, mas sim de que sejam definidos alguns limites e parâmetros para que estes prazos não se estendam injustificadamente, comprometendo assim a celeridade do procedimento e a segurança jurídica da contratação.

Por essa razão, mantém-se o achado nos termos do Relatório Preliminar.

3.3.2. Reputa-se pertinente a definição de um prazo para a emissão da Ordem de Início, termo inicial que orienta a definição de todos os demais prazos e marcos do cronograma de execução do projeto, em atendimento ao princípio da segurança jurídica.

Cumprе ressaltar que a Ordem de Início é o principal marco temporal de toda a execução do contrato. É ela que estabelece o início e o prazo de término do período de transição, composto pelos estágios 1 e 2 (subcláusula 6.1 da minuta do contrato, peça 11, fl. 10), o termo inicial do prazo contratual de 18 anos (subcláusula 7.1 da minuta do contrato, peça 11, fl. 15), do prazo de 24 meses para integralização do valor total do capital social mínimo pela SPE (subcláusula 9.2.2 da minuta do contrato, peça 11, fl. 17) e do prazo de 48 meses para conclusão do programa de intervenção (subcláusula 12.1.1 da minuta do contrato, peça 11, fl. 22), dentre tantos outros prazos do projeto.

Assim, igualmente relacionado ao princípio da segurança jurídica, reputa-se necessária a previsão na minuta do contrato de prazo para a emissão da Ordem de Início a partir da assinatura do contrato, uma vez que não há qualquer previsão nesse sentido e, como ilustrado, todo o cronograma de execução do projeto é definido a partir dessa data.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 11 e peça 52, fl. 226):

O apontamento foi acatado pela Origem, tendo sido dada nova redação à Cláusula 6.1. da Minuta de contrato (peça 58, fl. 10), a qual passou a prever que “O PODER CONCEDENTE emitirá a ORDEM DE INÍCIO em até 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual prazo, contados a partir da DATA DE ASSINATURA DO CONTRATO.”

Análise da Coordenadoria:

Diante da alteração promovida, considera-se superado o achado constante do Relatório Preliminar.

3.3.3. Necessidade de complementação das disposições contratuais específicas, voltadas ao atendimento do princípio da modicidade tarifária nas atividades comerciais associadas a serem desenvolvidas ou exploradas pela concessionária, a fim de resguardar o caráter público do espaço e evitar que a concessão dos parques públicos recaia em desvirtuamento de sua função social, passando a ser orientada à arrecadação de recursos (§1º do art. 6, da LF 8.987/1995).

A modicidade tarifária é um princípio consagrado no §1º do art. 6º da LF 8.987/1995, que estabelece que para um serviço público ser considerado adequado, a tarifa a ser cobrada dos usuários deve ser módica, garantindo o acesso a todos os utilizadores. O objetivo é garantir que os serviços sejam oferecidos a preços justos para a população, com amplo acesso.

No caso específico dos parques públicos municipais, há vedação legal expressa para a instituição de cobrança de tarifas, taxas ou ingressos para a entrada e o acesso às áreas livres dos parques, nos termos da LM 16.703/2017, em seu art. 9º, §3º, inciso I.

Não obstante, considera-se que tal princípio se estende não só às atividades de interesse coletivo, mas também às atividades associadas, assim denominadas no presente projeto, que serão autorizadas para exploração econômica da concessionária, como fontes de receitas.

Desta forma, visando o atendimento do princípio da modicidade tarifária, considera-se necessário que a minuta do contrato e demais anexos contemple disposições assecuratórias desse direito dos usuários nas concessões de serviços públicos, visando preservar o caráter público dos parques, e evitando-se que o projeto recaia em desvirtuamento de sua função social, ou seja, passem a ser orientados à arrecadação de recursos. Nesse contexto, cumpre destacar reportagem publicada pela imprensa¹⁷, em que a Associação de Bairro alega que no Parque Villa-Lobos têm sido privilegiados eventos com cobrança, sem melhorias significativas no parque.

Como exemplo nesse sentido, verificou-se o subitem 36.7-e do CEC (peça 16, fl. 58), em que é definida como diretriz a ser observada pela concessionária:

e) oferecer em cada um dos PARQUES, em pelo menos um ponto de alimentação, uma opção de alimentação popular, composta referencialmente, no mínimo, pelo cardápio do “Lanche para o centro cirúrgico” do “Volume 9 - Prestação de Serviços

¹⁷ <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/09/16/piqueniques-privados-de-ate-r-26-mil-no-parque-villa-lobos-geram-reclamacoes-de-frequentes-ghtml>

de Nutrição e Alimentação a Servidores e Empregado” do CADTERC – com valor de face ao USUÁRIO de, no máximo, 0,5% do salário-mínimo estadual vigente;

Assim, entende-se que disposições com essa finalidade devem orientar as demais atividades a serem exploradas pela concessionária, permitindo a ampla fruição do espaço público pelos diferentes usuários.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 11/12 e peça 52, fls. 226/229):

A Origem resumiu seus esclarecimentos nos seguintes termos:

- De início, ressalta-se que há cobrança de tarifa dos usuários para o usufruto dos parques no âmbito do Projeto em questão, razão pela qual não há de se falar em modicidade tarifária. Inclusive, há vedação expressa nos documentos editalícios de cobrança de ingresso para acesso às áreas abertas dos parques.
- A remuneração da concessionária decorre da exploração de fontes de receitas na área da concessão, como a exploração de pontos de alimentação, quiosques, estacionamento, publicidade, etc.
- Ainda que a Concessionária possa cobrar para a prestação de serviços específicos como alimentação, estacionamento, aluguel de quadras, etc, de modo a assegurar a fruição pública dos parques e sua respectiva função social, há disposições contratuais específicas que balizam a exploração tais receitas, como por exemplo (i) a exigência de que ao menos um ponto de alimentação em cada parque ofereça uma opção de alimentação popular no valor de, no máximo, 0,5% do salário mínimo estadual vigente; (ii) a limitação de 7 dias por mês, por parque, para a realização de Eventos.

Análise da Coordenadoria:

O presente apontamento visa ponderar que, ainda que não haja cobrança de tarifa para acesso às áreas abertas dos parques, em conformidade ao art. 9º, § 3º, inciso I, da Lei Municipal nº 16.703/2017, deve-se ater para a necessidade de aplicação do princípio da modicidade também para as atividades associadas.

Como se sabe, o princípio da modicidade foi concebido e positivado na LF 8.987/95, com vistas à tarifa, ou seja, o preço cobrado pela fruição do serviço público. No entanto, deve-se considerar também o desiderato do dispositivo legal, qual seja, garantir a universalização do acesso ao bem público e o cumprimento de sua função social.

Desse modo, as disposições contratuais devem assegurar o direito de fruição do espaço público pelos usuários. Ainda que, de fato, o acesso ao parque seja gratuito, se a exploração das

atividades associadas se der a preços exorbitantes, sem a observância de qualquer parâmetro ou limite, o que ocorrerá, na prática, é a elitização desse espaço público, em detrimento de sua democratização e universalização, que são a *mens legis* do princípio da modicidade tarifária.

Portanto, não se nega que a exploração de atividades associadas pela Concessionária seja importante inclusive para se manter a modicidade da tarifa. No entanto, o preço cobrado pela fruição dessas atividades também deve observar parâmetros de razoabilidade, sob o risco de, na prática, se desvirtuar a função social do espaço público concedido.

Por essas razões, mantém-se o achado nos termos do Relatório Preliminar.

3.3.4. Recomenda-se que a minuta do contrato disponha acerca da necessidade de instauração de procedimento para acompanhamento pelo Poder Concedente da capacidade econômico-financeira da concessionária, em caso de ser constatada circunstância que possa comprometer a execução do objeto, com base no relatório auditado da situação contábil da SPE e outras variáveis.

Em linha com o entendimento de que a Origem deve adotar índices contábeis para fins de avaliação da habilitação econômico-financeira das licitantes, recomenda-se que a minuta do contrato disponha acerca da necessidade de instauração de procedimento para acompanhamento pelo Poder Concedente da capacidade econômico-financeira da concessionária, em caso de ser constatada circunstância que possa comprometer a execução do objeto, com base no relatório auditado de sua situação contábil e observadas outras variáveis pertinentes (como p.e. o cronograma de execução físico-financeiro do projeto), em complementação à obrigação disposta na subcláusula 30.2 da minuta contratual (peça 11, fl. 63).

Exemplificativamente, em acompanhamento de execução contratual da concessão do Mercado Municipal Paulistano e do Mercado Kinjo Yamato no Município de São Paulo (Contrato 001/CC/ABAST/2021 – eTCM 2036/2023), a auditoria constatou com base nas demonstrações contábeis da concessionária, condição econômico-financeira incompatível com as obrigações e investimentos compromissados no ajuste, ensejando as recomendações 5.2.6 e 7.2.6, respectivamente, dos relatórios de peças 54 e 151 do referido eTCM. A matéria foi inclusive objeto de alerta deste E. Tribunal de Contas, conforme despacho do Conselheiro Relator, submetido à referendo do Plenário na 3.297ª S.O. (peças 110 e 111 daquele eTCM).

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 12 e peça 52, fls. 229/231):

A SGM expõe, em linha com as considerações da Nota Técnica, que o projeto já contempla disposições contratuais robustas, para assegurar a segurança e a plena execução do contrato, mesmo diante de eventuais dificuldades financeiras que a futura concessionária possa enfrentar. Cita a obrigação da concessionária de apresentar demonstrativos financeiros semestrais, bem como um relatório contábil anual auditado (cláusula 30ª da minuta do contrato), e que tais exigências permitem um acompanhamento contínuo da situação financeira da concessionária e possibilitam a identificação precoce de possíveis riscos.

Adicionalmente, ressalta a obrigação de subscrição de capital social mínimo (cláusula 9ª) e que este capital social mínimo exigido reflete a capacidade da concessionária para arcar com os investimentos iniciais e as despesas operacionais do projeto, consignando (peça 47, fl. 12):

[...] Ao exigir que a empresa tenha recursos próprios suficientes, o Poder Concedente busca mitigar riscos de inadimplência e garantir a continuidade dos serviços prestados. A elevação do capital social durante o Programa de Intervenção se justifica pela maior necessidade de recursos para os investimentos iniciais e pelo aumento dos riscos durante essa fase.

Cumprе ressaltar, ainda, que o edital de licitação determinou a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico (SPE) para a execução do contrato (item 24.1 do Edital). A SPE, com patrimônio separado dos seus sócios, oferece uma camada adicional de proteção, isolando os riscos da operação e garantindo a execução do contrato de forma independente. Além disso, a criação da SPE facilita o acompanhamento e o controle das atividades da Concessionária, uma vez que a empresa, sendo uma pessoa jurídica distinta, possui obrigações contábeis e fiscais separadas das demais operações de seus sócios.

O contrato também exige a apresentação de uma Garantia de Execução do Contrato (cláusula 41ª), que atua como um mecanismo de segurança para o Poder Concedente. Caso a Concessionária não cumpra suas obrigações, o Poder Concedente poderá acionar a garantia para reparar danos ou contratar outra empresa para concluir os serviços. Tal garantia resguarda o interesse público, assegurando a continuidade da prestação dos serviços e prevenindo prejuízos financeiros à administração pública em caso de incapacidade financeira da Concessionária.

Além dos dispositivos mencionados, o contrato prevê ainda a possibilidade de intervenção do Poder Concedente na gestão do contrato ou a declaração de caducidade, caso a Concessionária demonstre incapacidade de cumprir suas obrigações, conforme estabelecido nas cláusulas 50ª e 54ª do Contrato.

Portanto, fica evidenciado que o projeto já está estruturado com mecanismos adequados para o acompanhamento da capacidade econômico-financeira da Concessionária e para garantir a execução integral do contrato. A combinação de exigências como a apresentação periódica de demonstrativos financeiros, a garantia contratual, a possibilidade de intervenção e a exigência de constituição de uma SPE reflete o compromisso do Poder Concedente em assegurar a efetividade do contrato e proteger o interesse público frente a eventuais dificuldades financeiras da Concessionária.

Análise da Coordenadoria:

A recomendação proposta no presente achado teve por base situação fática identificada no acompanhamento de execução contratual da concessão mencionada na análise preliminar, objeto do e-TCM 2036/2023. Além disso, previsão nesse sentido aperfeiçoaria a aplicação da obrigação já disposta na subcláusula 30.2 da minuta contratual, acerca da exigência de que a concessionária apresente demonstrativos financeiros acompanhados de relatório contábil anual auditado, para no caso de identificado algum risco quanto à capacidade econômico-financeira da concessionária, seja instaurado procedimento para avaliação e acompanhamento dessa condição frente às obrigações futuras da concessão. Ou seja, não haveria grande inovação quanto ao já disciplinado, somente a previsão expressa desse acompanhamento de forma objetiva, permitindo uma atuação concomitante da Administração, sem qualquer prejuízo às demais disposições relacionadas pela Origem.

Pelo exposto, reitera-se a presente recomendação.

3.3.5. A possibilidade de integralização do capital social mínimo exclusivamente com bens, prevista na subcláusula 9.2 da Minuta do Contrato, expõe a risco a disponibilidade de recursos para a execução do objeto.

A minuta contratual admite a possibilidade de integralização do capital social mínimo (R\$ 5.742.900,40) exclusivamente com bens (subcláusula 9.2.4¹⁸, peça 11, fl. 17).

¹⁸ **9.2.4.** No caso de integralização do capital social em bens, o processo avaliativo deverá observar a legislação aplicável, em especial as regras contidas na Lei Federal nº 6.404/1976 e na Lei Federal nº 10.406/2002.

Questiona-se tal permissivo, considerando que não são dispostas quaisquer restrições quanto à essa possibilidade, e caso concretizada, a nosso ver, pode comprometer a finalidade de assegurar a disponibilidade e a alocação de recursos próprios por parte da concessionária para a execução do objeto, ainda que parcialmente, conforme justificativas expostas na Nota Técnica Consolidada (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 121):

Com objetivo de reforçar a seriedade e um mínimo de robustez econômica por parte dos proponentes, em vista do grande vulto e da importância do Projeto, o Edital também estabeleceu que, em até 5 dias úteis antes da assinatura do Contrato, deverá o adjudicatário comprovar a subscrição e integralização de metade do capital mínimo previsto para a SPE, sendo o valor integral R\$ 5.742.900,40 (cinco milhões, setecentos e quarenta e dois mil, novecentos reais e quarenta centavos). O valor correspondente aos outros 50% do capital social mínimo deverão ser integralizados até o término de 24 (vinte e quatro) meses contados a partir da Data de Ordem de Início, que corresponde ao ato emitido pelo Poder Concedente que autoriza e dá início à execução e vigência contratual. Previu-se a possibilidade de que a Concessionária, após a conclusão do Programa de Intervenção, reduza seu capital social subscrito e integralizado, devendo, no entanto, respeitar e manter, no mínimo, o percentual de 50% (cinquenta por cento) do capital social mínimo da SPE.

Tal valor busca exigir um parâmetro mínimo de robustez econômica por parte da SPE, de modo que esta disponha de recursos próprios ao início da concessão, ainda que não representem a totalidade dos recursos necessários à execução do contrato. É notório que a Concessionária pode acessar o mercado de crédito para obtenção do capital demandado para a plena execução contratual, entretanto, até mesmo por exigências dos seus financiadores, é forçoso que os acionistas aloquem recursos próprios à SPE. Tal montante representa 15% (quinze por cento) do investimento estimado para o Projeto, em linha com outros editais da Municipalidade — a exemplo da PPP dos Terminais de Ônibus da Cidade de São Paulo e da PPP para a Implantação, Administração, Manutenção e Conservação de Centros Educacionais Unificados (CEUS) na Cidade de São Paulo.

Ressalte-se que não se questiona a legalidade de integralização do capital social com bens, mas a pertinência no caso concreto, de que essa integralização possa se dar exclusivamente com bens, dada a necessidade intrínseca dos projetos de concessão de assegurar a existência de recursos próprios da concessionária para a execução do objeto.

Assim, visando assegurar a disponibilidade de recursos próprios da concessionária para a execução do objeto (dados os investimentos iniciais), entende-se pertinente a revisão das disposições atinentes à forma de integralização do capital social mínimo, para que eventual

integralização com bens não atinja todo o montante definido no subitem 9.2 da minuta do contrato.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 12/13 e peça 52, fls. 231/233):

A SGM, inicialmente, ressalta que o tema foi amplamente discutido e resolvido no âmbito desta Corte de Contas, mencionando a análise da Concorrência n.º EC 002/2021/SGM-SEDP. Ademais, expõe que o assunto encontra-se regulamentado pela Lei 6.404/1976, em seu art. 7º, aduzindo (peça 47, fl. 13):

[...] Portanto, o dispositivo questionado no Relatório Preliminar de Acompanhamento, previsto na subcláusula 9.2 da minuta do Contrato, corresponde a uma mera transcrição de norma legal.

Por fim, é importante reiterar que o Edital prevê, como mecanismo para assegurar a capacidade da Concessionária em cumprir suas obrigações contratuais, a apresentação de uma garantia de execução do contrato no valor de 0,5% (meio por cento) do valor total do contrato.

As considerações da Nota Técnica de peça 52 são no mesmo sentido.

Análise da Coordenadoria:

Inicialmente, como ressaltado na análise preliminar, o apontamento não questiona a legalidade da possibilidade de integralização do capital social com bens segundo a Lei das Sociedades Anônimas, mas a pertinência nesta concessão que essa integralização possa se dar exclusivamente com bens, considerando os fins a que se destina essa previsão, de assegurar a existência de recursos próprios da concessionária para a execução do objeto.

Cumprido observar que o ponto referenciado pela Origem como debatido e resolvido no âmbito desta Corte de Contas à fl. 232 da peça 52 (Concorrência n.º EC 002/2021/SGM-SEDP – e-TCM 9275/2021) não corresponde ao tratado neste apontamento, a conclusão 4.10 de peça 66 daquele e-TCM, abordava a possibilidade de alteração do objeto social da SPE.

Feito esse esclarecimento e repisando as considerações já expostas quanto aos riscos da previsão em exame, reitera-se o entendimento de que se mostra pertinente a revisão das disposições atinentes à forma de integralização do capital social mínimo, para que eventual

integralização com bens não atinja todo o montante definido no subitem 9.2 da minuta do contrato.

Pelo exposto, reitera-se o presente achado.

3.3.6. Não estão claras as razões e hipóteses do excepcional cabimento da redução do capital social mínimo de forma antecipada, como prevê a subcláusula 9.4 (antes de concluído o programa de intervenção e do limite mínimo do capital social admitido).

Em termos práticos, a previsão da subcláusula 9.4¹⁹ da minuta do contrato (peça 11, fl. 18) admite a redução do capital social subscrito e integralizado antes da conclusão do programa de intervenção, excepcionalizando a disposição contida na subcláusula 9.2.3 que prevê possibilidade de redução do capital social após o programa de intervenção.

No entanto, a própria NT expõe que a obrigação de subscrever e integralizar um determinado valor de capital social tem como objetivo garantir que a SPE disponha de recursos próprios desde o início da execução contratual para a realização das intervenções (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 121). Nesse sentido, questiona-se se essa possibilidade de redução antecipada pode fragilizar a capacidade financeira da Concessionária antes da entrega dos investimentos.

Nota-se que o dispositivo não relaciona as hipóteses que ensejariam a excepcionalidade, recaindo em indefinição injustificada da possibilidade de redução do capital social.

Não obstante, visando ainda mitigar os riscos para o poder concedente com a redução do capital social mínimo de forma antecipada e excepcional, sugere-se que a disposição seja acrescida da previsão de que sua aplicação ocorrerá mediante prévia avaliação motivada da Administração de que a redução do capital social não irá comprometer a situação financeira e patrimonial da concessionária diante de suas obrigações contratuais futuras.

Ademais, pela redação da subcláusula 9.2.3, depreende-se que o patamar mínimo de capital social admitido pela minuta do contrato seria de 50% do montante previsto na subcláusula 9.2

¹⁹ **9.4.** Excepcionalmente, durante o prazo de execução do PROGRAMA DE INTERVENÇÃO, a CONCESSIONÁRIA poderá solicitar, fundamentadamente, ao PODER CONCEDENTE para que autorize a redução do seu capital social subscrito e integralizado até o percentual mínimo de 50% do montante previsto na subcláusula 9.2.3

(R\$ 5.742.900,40), ou seja, R\$ 2.871.450,20. Sendo assim, há dúvida quanto à redação da subcláusula 9.4 “50% do montante previsto na subcláusula 9.2.3”, em que a redução admitida seria inferior ao limite definido na subcláusula 9.2.3., o que também deve ser esclarecido.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 13 e peça 52, fls. 233/234):

A SGM, quanto ao ponto, informa (peça 47, fl. 13):

Com vistas a superar o referido apontamento informamos que foi alterada a cláusula 9.4 e incorporada a subcláusula 9.4.1 na minuta de Contrato conforme Edital em anexo.

Trata-se de dispositivo idêntico ao previsto na minuta de Contrato que integra o Edital da Concorrência EC/009/2023/SGM-SEDP, referente ao 2º Lote de CEUs – cuja modelagem já foi devidamente referendada por esta Corte de Contas.

As considerações da Nota Técnica de peça 52 são no mesmo sentido, apresentando a nova redação proposta para a disposição em questão (peça 52, fl. 234):

9.4. A CONCESSIONÁRIA não poderá, durante todo o prazo da CONCESSÃO, reduzir o seu capital social abaixo do valor mínimo estabelecido na subcláusula 9.2 deste CONTRATO, sem prévia e expressa autorização do PODER CONCEDENTE.

9.4.1. A autorização da subcláusula anterior ocorrerá mediante avaliação do PODER CONCEDENTE, que se prestará a examinar se a redução do capital social irá ou não comprometer a situação financeira e patrimonial da CONCESSIONÁRIA diante de suas obrigações contratuais futuras.

Análise da Coordenadoria:

Embora não tenham sido expostas as hipóteses de cabimento da redução do capital social mínimo de forma antecipada e excepcional, foi acatada a sugestão consignada na análise preliminar voltada à mitigar os riscos para o poder concedente. Em suma, a Origem informa a inclusão do subitem 9.4.1 na minuta do contrato encaminhada anexa à sua manifestação prévia, conforme fl. 127 da peça 48 e também à fl. 18 da peça 58 (minuta do contrato da versão do edital republicado no DOC de 03.12.2024, p. 2).

Sendo assim, considera-se superado o presente apontamento.

3.3.7. Inconsistências em itens relativos às penalidades que devem ser aprimorados ou esclarecidos pela SGM, conforme exposto na análise.

As penalidades relativas à execução contratual estão disciplinadas no Anexo VI do Contrato (peça 23).

A sistemática adotada é similar à de outros editais elaborados pela SPP e classifica as infrações em natureza leve, média, grave e gravíssima, estabelecendo penalidades aplicáveis a cada uma, nos seguintes termos (peça 23, fls. 03/04):

2.3. A infração será considerada leve quando decorrer de conduta praticada pela CONCESSIONÁRIA cujo potencial de dano não impacte diretamente o OBJETO.

2.4. O cometimento de infração de natureza leve ensejará a aplicação das seguintes penalidades:

a) advertência por escrito, que será formulada, quando for o caso, junto à determinação da adoção de medidas necessárias de correção; ou

b) multa, em caso de reincidência em uma mesma conduta que caracterize infração leve, dentro do período de 04 (quatro) meses consecutivos, no valor de 0,05% (cinco centésimos por cento) do VALOR DO CONTRATO.

2.5. A infração será considerada média quando decorrer de conduta praticada pela CONCESSIONÁRIA, cujo potencial de dano impacte diretamente o OBJETO.

2.6. O cometimento de infração de natureza média ensejará a aplicação de multa no valor de 0,1% (um décimo por cento) do VALOR DO CONTRATO, que também será cominada, quando for o caso, junto à determinação da adoção de medidas necessárias de correção.

2.7. A infração será considerada grave quando decorrer de conduta praticada pela CONCESSIONÁRIA da qual se constate prejuízo econômico em detrimento do PODER CONCEDENTE.

2.8. O cometimento de infração grave ensejará a aplicação, de maneira isolada ou concomitante, das seguintes penalidades:

a) multa no valor de 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) do VALOR DO CONTRATO, que também será cominada, quando for o caso, junto à determinação da adoção de medidas necessárias de correção;

b) suspensão temporária do direito de participação em licitações e impedimentos de contratar com a Administração, por prazo não superior a 02 (dois) anos, em caso de reincidência de aplicação de multa de natureza grave, dentro do período de 04 (quatro) meses consecutivos.

2.9. A infração será considerada gravíssima quando constatado, diante das características do serviço prestado e do ato praticado pela CONCESSIONÁRIA que suas consequências se revestem de grande lesividade ao interesse público, prejudicando o meio ambiente, o erário ou a própria continuidade do OBJETO.

2.10. O cometimento de infração gravíssima ensejará a aplicação, de maneira isolada ou concomitante, das seguintes penalidades:

a) multa no valor de 0,5% (cinco décimos por cento) do VALOR DO CONTRATO da concessionária, que também será cominada, quando for o caso, junto à determinação da adoção de medidas necessárias de correção;

- b)** suspensão temporária do direito de participação em licitações e impedimento de contratar com a Administração Pública, por prazo não superior a 02 (dois) anos, em caso de reincidência de aplicação de multa de natureza gravíssima, dentro do período de 02 (dois) meses consecutivos; e
- c)** declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que a CONCESSIONÁRIA ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base na subcláusula anterior. (Destaque nosso)

Apenas para fins ilustrativo, calculamos as multas com base no valor estimado do contrato (R\$ 755.268.661,19 – item 5.1 do edital):

- b)** Multa leve (0,05%): R\$ 377.634,33
- c)** Multa média (0,1%): R\$ 755.268,66
- d)** Multa grave (0,25%): R\$ 1.888.171,65
- e)** Multa gravíssima (0,5%): R\$ 3.776.343,31

Segundo o subitem 2.11, a aplicação de 3 (três) advertências referentes a diferentes condutas, dentro do período de um mês, ensejará a penalidade de multa de 0,1% do valor do contrato (R\$ 755.268,66), ou seja, multa equivalente à infração de natureza média.

O subitem 2.12 define que a reiteração, no tempo, do inadimplemento contratual pela concessionária conferirá ao Poder Concedente a prerrogativa de cominar multa moratória, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas nas subcláusulas anteriores, observados os seguintes intervalos:

- a)** no mínimo 0,00025% (vinte e cinco centésimos de milésimos por cento) e no máximo 0,0005% (cinco décimos de milésimos por cento) do VALOR DO CONTRATO, por dia, até a efetiva regularização da situação que caracterize infração de natureza leve ou média; e
- b)** no mínimo 0,00125% (cento e vinte e cinco centésimos de milésimos por cento) e no máximo 0,0025% (vinte e cinco décimos de milésimos por cento) do VALOR DO CONTRATO da CONCESSIONÁRIA, por dia, até a efetiva regularização da situação que caracterize infração de natureza grave ou gravíssima.

Representam, respectivamente, o valor de R\$ 1.888,17 a R\$ 9.440,86 e 9.440,86 a 18.881,72, por dia de atraso na regularização da situação que caracterize a infração.

No item 2.13 (peça 23, fls. 05/12) do referido anexo são relacionadas infrações específicas e atribuídas as respectivas gradações para aplicação das penalidades correspondentes. A esse respeito, observa-se que:

- a) A classificação da categoria GRAVE para o item 32, por mês de atraso (Não assumir a ÁREA DA CONCESSÃO a partir do início do ESTÁGIO 2) deveria ser substituída pela categoria GRAVÍSSIMA em decorrência da grande lesividade que pode causar ao interesse público e a própria continuidade do OBJETO;
- b) Em relação à conduta descrita no item 45 (Firmar contratos que ultrapassem o prazo de vigência da Concessão), igualmente considera-se que deva ser alterada para a categoria GRAVÍSSIMA e não GRAVE (por ocorrência), uma vez que suas consequências se revestem de grande lesividade ao interesse público, potencialmente afetando o erário;
- c) A classificação da categoria GRAVE para o item 51, por ocorrência (Realizar atividades ou implantar INTERVENÇÕES OBRIGATÓRIAS ou OPCIONAIS em desacordo com a regulamentação ambiental aplicável.) deveria ser substituída pela categoria GRAVÍSSIMA em decorrência da grande lesividade que pode causar ao interesse público e preservação ambiental;

Há necessidade de esclarecimento quanto à incidência da multa prevista para a conduta do item 9 (Deixar de apresentar os relatórios de operação e gestão, de execução de obras e outros relatórios devidos nos prazos determinados no CONTRATO e no ANEXO III – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA (por relatório não apresentado), em que é indicada a sua aplicação “Por dia até a entrega ou relatório atrasado.”. Assim, a incidência da multa não é clara, se por dia de atraso ou por relatório atrasado, considera-se adequada a aplicação da multa por dia de atraso na entrega (por relatório não apresentado no prazo fixado). A mesma dúvida acerca da incidência acomete o item 10 (Deixar de apresentar os projetos, planos e programas referentes ao PROGRAMA DE INTERVENÇÃO nos prazos previstos no CONTRATO (por projeto, plano ou programa não apresentado).

Quanto ao item 60 (Não integralização do capital social da SPE na fase de execução do PROGRAMA DE INTERVENÇÃO de acordo com o disposto neste CONTRATO), em que a

incidência da multa é por mês de capital não integralizado, considera-se que deva ser corrigida, pois constatada a sua ocorrência a multa deve ser aplicada e também exigida a sua imediata regularização, sendo pertinente a incidência de multa moratória de forma cumulativa.

Observam-se, ademais, condutas que além da multa cominada na tabela por ocasião da sua constatação, para que não haja mora da concessionária na regularização da situação que ensejou o inadimplemento, considera-se pertinente a aplicação cumulativa da multa moratória prevista no subitem 2.12 do referido Anexo.

As tipificações que consideramos pertinente a cumulação da multa sancionatória com a multa moratória seriam as dispostas nos seguintes itens da tabela: 20 (deixar de registrar ou atualizar o inventário dos bens reversíveis); 24 (desempenhar atividades nos parques ou realizar eventos sem que tenha obtido as autorizações, licenças ou alvarás cabíveis); 25 (deixar de informar o poder concedente caso quaisquer licenças, permissões ou autorizações para a plena execução do objeto forem retiradas, revogadas ou caducarem, nos termos do contrato); 26 (deixar de apresentar a comunicação do início da obra junto ao Ministério do Trabalho, a matrícula da obra junto ao Cadastro Específico do INSS e os programas de segurança do trabalho obrigatórios); 29 (instalar mobiliário em desacordo com as diretrizes do ANEXO III – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA (CEC) e APÊNDICE I do CEC – PROGRAMA DE NECESSIDADES.); 30 (causar danos ou colocar em risco os usuários dos parques em razão de falta de manutenção de todas as instalações civis, elétricas e hidráulicas, equipamentos mecânicos e eletromecânicos, cobertura, mobiliários, de pinturas, de comunicação visual, de utilitários de jardinagem e demais itens e instalações necessários ao adequado funcionamento dos parques) e 58 (deixar de seguir com as diretrizes da setorização proposta no ANEXO III – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA (CEC) e APÊNDICE I do CEC – PROGRAMA DE NECESSIDADES e as disposições do PLANO DE GESTÃO de cada parque).

Há erro de referência à lei federal relativa à Política Nacional de Segurança de Barragens, item 48 da tabela, o correto é LF nº 12.334/2010.

Por fim, verificam-se obrigações dispostas no Caderno de Encargos da Concessionária (Anexo III do contrato – peça 16) para as quais não foram cominadas sanções específicas na tabela do

item 2.13. Entretanto, consideramos que deveria haver sanções específicas nesses casos, em razão da importância dessas disposições para a regular execução do contrato, quais sejam:

- 5.8.1 (protocolar a documentação para licenciamento em até 15 (quinze) dias contados da aprovação do projeto básico pelo poder concedente);
- 10.5 (garantir pelo menos 1 posto de atendimento ao usuário em cada um dos parques);
- 13.3 (profissionais que deve manter em seu quadro por parque);
- 14.5 (apresentação das diretrizes que compõem o Programa de Conservação, Requalificação e Educação Ambiental);
- 17.10 (obrigação quanto ao plantio de novas mudas de árvores);
- 19.2 (prazo para implantação do Parque Escola); 20.9.7 (prazo para a operação dos parques seguir os procedimentos e rotinas disciplinados nos planos operacionais);
- 36.2, 36.3 e 36.4 (prazo para implantação de pelo menos 1 ponto de alimentação no parque que especifica);
- 36.3 e 36.4 (idem ao 36.2); 38.1-e (prazo para responder as solicitações de informação pelos Conselhos Gestores);
- 39.2 (requisitos mínimos da plataforma virtual de relacionamento com o usuário);
- 41.12 (prazo para apresentação do calendário de atividades e eventos a serem realizados para o período subsequente);
- 43.8 (limite de horas/mês para locação dos equipamentos esportivos) e
- 45.3 (disponibilização de relatórios em sítio eletrônico acessível pela internet e pela plataforma virtual de relacionamento com o usuário).

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 13/14 e peça 52, fls. 234/239):

A Origem resumizou seus esclarecimentos nos seguintes termos:

- Acatado o apontamento de agravamento da categoria das penas relativas aos itens 32; 45 e 51 do Anexo VI do Contrato – Penalidades para “Gravíssima”.
- Acatando o apontamento, a redação dos itens 9 e 10 (relativos ao atraso de apresentação de relatórios, projetos, planos e programas no prazo) do Anexo VI do Contrato - Penalidades, foi ajustada em consideração aos apontamentos deste TCM. Nesse sentido, a redação das incidências desses itens ficou da seguinte forma:
 - o Item 9 – Incidência: “Por dia de atraso de cada relatório não apresentado no prazo”.
 - o Item 10 – Incidência: “Por dia de atraso de cada projeto, plano ou programa não apresentado no prazo”.
- O erro de referência à Lei Federal relativa à Política Nacional de Segurança de Barragens contida no item 48 da tabela de Penalidades foi corrigido
- No que tange às obrigações contidas no Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos da Concessionária para as quais não foram cominadas sanções específicas, foram adicionadas penalidades relativas ao descumprimento desses encargos, quando pertinente.

- No que tange o questionamento sobre a cumulação da multa sancionatória com a multa moratória nos casos de inadimplemento por parte da concessionária, destaca-se que a subcláusula 2.12 do Anexo VI do Contrato - Penalidades já prevê a possibilidade de aplicação de multa moratória sem prejuízo das penalidades previstas nas subcláusulas anteriores.

Análise da Coordenadoria:

Diante das correções feitas e dos esclarecimentos apresentados pela Origem, considera-se superado o achado constante do Relatório Preliminar.

3.3.8. Recomenda-se que a incorporação de alterações à contratação, por aditivo, da solução amigável alcançada pelas partes seja acompanhada de estudos do impacto econômico-financeiro no contrato. Ademais, considera-se necessária a elucidação da disposição específica contida na subcláusula 48.10, tendo em vista a possibilidade de existirem outros contratos de concessão que, eventualmente, possam ser afetados pela controvérsia.

A minuta do contrato dispõe em seu Capítulo XIV acerca da Solução de Conflitos (peça 11, fls. 113/119) e adota mecanismos de resolução alternativos dos conflitos surgidos entre as partes, para dirimir questões relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, conforme prevê o art. 23-A da LF 8.987/1995 e também o art. 14 LM 16.703/2017. A Nota Técnica Consolidada destaca (peça 74 do eTCM 12.692/2023, fl. 135):

O regime contratual apresenta o mecanismo da mediação como alternativa de resolução dos conflitos surgidos entre as partes, conforme a autorização conferida pelo art. 23-A da Lei Federal nº 8.987/1995.

Os mecanismos alternativos de solução de disputas privilegiam a composição do conflito pelas partes antes destas se socorrerem à jurisdição do Estado. Há, com efeito, uma valorização ao cumprimento do princípio constitucional da eficiência, uma vez que, esta regra visa à solução de questões no menor espaço de tempo, privilegiando a redução de gasto público²².

Para o projeto em questão, a resolução de controvérsias foi contemplada por meio da previsão das seguintes instâncias: Mediação e Arbitragem, em linha com o disposto no art. 14 da Lei Municipal nº 16.703/2017.

A resolução de controvérsias, segundo a minuta do contrato, será realizada por meio das seguintes instâncias: Mediação (cláusula 48ª) e Arbitragem (cláusula 49ª), não havendo ordem preferencial de acionamento entre os mecanismos, segundo a subcláusula 47.3.

A subcláusula 47.4 apresenta rol exemplificativo de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, passíveis de serem submetidas aos mecanismos de solução de conflitos previstos. E na subcláusula 47.5 são destacadas as questões que não serão submetidas aos referidos mecanismos de solução de disputas (peça 11, fl.114):

- a) questões relativas a direitos indisponíveis não transacionáveis;
- b) a natureza e a titularidade públicas do serviço concedido;
- c) o poder de fiscalização sobre a CONCESSÃO; e
- d) o pedido de rescisão do CONTRATO por parte da CONCESSIONÁRIA.

Na Mediação, a solução de divergências na superveniência de qualquer controvérsia será instaurada, a pedido de quaisquer das partes, perante a Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos da Procuradoria Geral do Município de São Paulo, delimitando o objeto da controvérsia, indicando-se o representante de cada parte na mediação. Os membros da Câmara de Prevenção e Resolução Administrativa de Conflitos da Administração Municipal da Procuradoria Geral do Município de São Paulo deverão proceder com oralidade, imparcialidade na busca pelo consenso, incidindo a LF 13.140/2015.

Havendo solução amigável, conforme subcláusula 48.6, essa poderá ser incorporada ao contrato mediante assinatura de Termo de Autocomposição, que deverá integrar o contrato por meio de Termo Aditivo. Quanto ao ponto, considera-se impositiva a referida disposição e impróprio o emprego da expressão “poderá”, devendo sempre a solução amigável ser incorporada ao contrato, por aditivo.

Ademais, é cediço que a renegociação nos contratos de concessões é um fator de alto risco fiscal para o Poder Público, que por vezes promovem a modificação das obrigações das partes, descaracterizando o projeto inicial, em prejuízo da vantajosidade que justificou a adoção do modelo de contratação.

Nesse sentido, recomenda-se que a incorporação de alterações à contratação, por aditivo, da solução amigável alcançada pelas partes seja acompanhada de estudos do impacto econômico-financeiro no contrato.

Considera-se necessária a elucidação da subcláusula 48.10 da minuta do contrato, tendo em vista terem outros contratos de concessão que possam eventualmente ser afetados pela controvérsia.

Verifica-se disposição específica no caso de conflito ou controvérsia que tenha implicações no Contrato nº 003/SMSO/2018, de Parceria Público-Privada para operação e manutenção da rede de iluminação pública do Município de São Paulo, podendo o Poder Concedente notificar a concessionária da referida PPP para que, querendo, possa participar do procedimento de solução de conflitos adotado pelas partes no âmbito do presente contrato, com base na subcláusula 48.10 (peça 11, fl. 116). Considera-se necessária a elucidação dessa disposição específica, tendo em vista existirem outros contratos de concessão que, eventualmente, possam ser afetados pela controvérsia.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 14 peça 52, fls. 239/241):

A Origem assim sintetiza os esclarecimentos apresentados:

- A prática atual da Administração Pública Municipal já inclui a elaboração de estudos econômico-financeiros para soluções amigáveis e outras modificações contratuais, que são fiscalizadas pelo TCM conforme a Instrução TCM nº 02/2022.
- O art. 2º-A da Instrução TCM nº 02/2022 estabelece que o controle preventivo de desestatizações, incluindo a análise de documentos e informações, será exercido com antecedência mínima de 90 dias da data prevista para a assinatura dos contratos ou termos aditivos.
- A cláusula 48.10 é necessária devido à existência do Contrato nº 003/SMSO/2018, que abrange a operação e manutenção da rede de iluminação pública nos parques do projeto.
- Não foram identificados outros contratos de concessão nos parques do projeto, não sendo necessária a inclusão de cláusulas adicionais ou ajustes na subcláusula mencionada.
- A existência do procedimento previsto no art. 2º-A da Instrução Normativa TCM nº 02/2022, aliado ao dever de motivação dos atos administrativos, já atende às preocupações da Auditoria.

As considerações da SGM na peça 47 são no mesmo sentido.

Análise da Coordenadoria:

Conforme alegado pela Origem, “a prática atual da Administração Pública Municipal já contempla a elaboração de estudos econômico-financeiros em havendo soluções amigáveis no âmbito de PPPs ou concessões”. Se isso é verdade, então não é demais fazer constar em contrato tal obrigação, para que, dessa forma, se assegure o seu cumprimento.

Afinal, a previsão em contrato dessa obrigação traria maior previsibilidade e segurança jurídica à contratação em caso de renegociação de seus termos, o que poderia levar à descaracterização do projeto inicial.

No mais, alega a Origem que esses aditivos contratuais já seriam objetivo de fiscalização e acompanhamento pelo TCM, conforme art. 2º-A da Instrução TCM nº 02/2022. Justamente por isso, para favorecer os trabalhos de fiscalização, é recomendável que a incorporação das alterações venha acompanhada de estudos do impacto econômico-financeiro no contrato. Neste sentido, a própria Instrução Normativa mencionada, em seu art. 11, requer que sejam encaminhadas ao Tribunal as condicionantes econômicas da alteração contratual.

Por essas razões, mantém-se o achado nos termos do Relatório Preliminar.

3.3.9. Há impropriedade na subcláusula 48.9 ao fazer referência ao Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, instância para solução de conflitos não disciplinada pela minuta contratual

Há impropriedade na subcláusula 48.9 (peça 11, fl. 116) ao fazer referência ao Comitê de Prevenção e Solução de Disputas, instância para solução de conflitos não disciplinada pela minuta contratual, o que deve ser corrigido. Assim, prejudicado o procedimento de mediação, as partes deverão submeter a controvérsia ao procedimento arbitral.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 14 e peça 52, fls. 241/242):

A origem assim se manifestou: “Em concordância ao apontado no Achado 3.3.9, a subcláusula 48.9 da minuta do contrato foi excluída, em vista do fato de que o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas ser uma instância para solução de conflitos não disciplinada pela minuta contratual.”

Análise da Coordenadoria:

Diante da alteração promovida, considera-se superado o achado constante do Relatório Preliminar.

3.3.10. Recomenda-se que a adoção da arbitragem seja previamente avaliada concretamente quanto ao cumprimento de requisito que trate de direitos patrimoniais disponíveis, mediante manifestação específica da PGM, preservando-se o atendimento do requisito legal e do interesse público

Já a cláusula 49ª da minuta do contrato (peça 11, fls. 117/119) disciplina a arbitragem para a solução de divergências relacionadas ao contrato sobre direitos patrimoniais disponíveis, nos termos do art. 1º da LF 9.307/1996 e do DM 59.963/2020.

A arbitragem será instaurada e administrada pelo Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM-CCBC), conforme as regras de seu Regulamento, devendo ter como sede o Município de São Paulo, Estado de São Paulo, Brasil, adotada a língua portuguesa como idioma oficial, aplicadas as leis da República Federativa do Brasil, sendo vedado o juízo por equidade (subcláusula 49.3). As partes poderão escolher Câmara de Arbitragem diversa, desde que se trate de instituição credenciada nos termos da Portaria nº86/2022-PGM (subcláusula 49.3.2).

A cláusula 49.2 define previamente algumas hipóteses de controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis, sem prejuízo de outras.

Observa-se que, embora a disposição contratual se proponha a delimitar as matérias transacionáveis, em nosso entendimento, abarca uma gama muito ampla de hipóteses, cujo exame quanto ao cabimento da arbitragem somente será possível no caso concreto.

Assim, recomenda-se que a adoção da arbitragem seja previamente avaliada concretamente quanto ao cumprimento do requisito de que trate de direitos patrimoniais disponíveis, mediante manifestação específica da PGM, preservando-se o atendimento do requisito legal e do interesse público.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 14/15 e peça 52, fl. 242):

A SGM informa (peça 47, fl. 13):

Esclarece-se que a solicitação da manifestação da PGM, assim como de outros órgãos internos, como as Assessorias Jurídicas das secretarias municipais, constitui prática consolidada na Administração Pública, sendo essencial para assegurar a legitimidade e a segurança dos procedimentos, transações e contratações. No que tange à adoção de procedimentos arbitrais, é importante destacar que essa prática já é adotada pela Administração Pública Municipal, inclusive no âmbito da Origem.

Dessa forma, entende-se que a inclusão de uma cláusula contratual para essa finalidade não seria a abordagem mais apropriada, visto que tal solicitação já integra os procedimentos estabelecidos extracontratadamente pela Administração Pública.

Na mesma linha são as considerações da Nota Técnica de peça 52.

Análise da Coordenadoria:

A Origem informa como prática consolidada a prévia manifestação da PGM ou da assessoria jurídica das secretarias aos seus procedimentos. No entanto, refuta a inclusão de cláusula expressa nesse sentido. Ora, como informado pela própria Origem, não haveria qualquer obrigação adicional em incorporar à minuta do contrato disposição específica para no caso da adoção da arbitragem no curso da execução do contrato, seja prévia e concretamente avaliada a questão submetida mediante manifestação específica da PGM, quanto ao cumprimento do requisito de que trate de direitos patrimoniais disponíveis, conferindo-se maior segurança jurídica ao interesse público.

Sendo assim, reitera-se a presente recomendação.

3.3.11. A alocação de riscos apresenta fragilidades e não foi elaborada a matriz de risco do projeto, em infringência ao art. 92, IX da LF 14.133/2021.

A alocação de riscos é tratada pela Nota Técnica Consolidada em seu subitem 3.4.2.14 e faz referência à minuta de contrato (peça 74, fl. 125 do TC 12692/2023):

Assim, duas cláusulas disciplinam o assunto. A Cláusula 34ª os riscos atribuídos à futura concessionária, e a Cláusula 35ª que lista aqueles de responsabilidade do Poder Concedente. Há, ainda, riscos compartilhados entre as duas partes, previsto na Cláusula 36ª.

É conferido destaque para o risco jurídico decorrente da ocupação irregular atualmente presente no Parque Praia do Sol, vez que a localização dessa ocupação pode impedir acessos para áreas

importantes do parque, como a praia. Diante disso, a Origem optou por estipular como encargo do poder concedente a desocupação integral de todos os parques que integram a concessão, dentre eles o Parque Praia São Paulo – Núcleo Praia do Sol. Em caso de atrasos na desocupação que impliquem nos prazos e marcos fixados pelo contrato de concessão, impõem-se custos e despesas para o poder concedente (peça 74, fl. 126 do TC 12692/2023).

Menciona, ainda, a alocação do risco ao poder concedente referente à Ação Civil Pública sobre a área do Parque Linear Nove de Julho e aos impactos que a contenda possa causar sobre a concessão, em especial à execução dos encargos da concessionária nesse parque (peça 74, fl. 126 do TC 12692/2023).

Como informado na Nota Técnica, a Minuta Contratual elenca os riscos alocados à concessionária, ao poder concedente e a ambos nas Cláusulas 34^a, 35^a e 36^a, respectivamente; sem, contudo, propor medidas mitigadoras ou remediadoras para os prejuízos e desequilíbrios que as ocorrências materializadoras desses riscos possam causar ao ajuste.

Ao poder concedente foram alocados riscos relacionados a passivos ambientais cujos fatos geradores tenham ocorrido antes da data de emissão da ordem de início (subcláusula 35.6 da Minuta – peça 11, fl. 18). Ocorre, todavia, que não foram apresentados levantamentos, estudos e pareceres técnicos sobre a atual situação ambiental da área da concessão, como (i) histórico de salubridade/poluição das águas da represa, (ii) tipos, localização e níveis de contaminação do solo, (iii) volume de efluentes não tratados despejados pelos córregos que atravessam os parques e que serão objeto de intervenções pela concessionária, como a instalação de eco barreiras, dentre outros, tornando inaplicável a disposição.

Também não constam na Nota Técnica e no edital informações pormenorizadas sobre o andamento dos processos de desocupação das áreas invadidas que integram a concessão, com indicação das medidas que estão sendo adotadas pelo poder concedente para garantir a liberação dessas áreas para a concessão, previsão de conclusão do processo de desocupação, bem como sobre o estágio em que se encontra a aludida Ação Civil Pública cujo objeto afeta importante localização do Parque Praia São Paulo – Núcleo Praia do Sol.

Assinale-se que tanto o Parque Praia São Paulo – Núcleo Praia do Sol, quanto o Parque Linear Nove de Julho também possuem áreas excluídas da concessão: áreas alagáveis. As áreas alagáveis adjacentes desses parques, embora não pertençam à área da concessão, serão objeto de encargos obrigatórios da concessionária, aportando riscos para o poder concedente relacionados a atrasos ou até mesmo à inexecução parcial do objeto (v. item 3.4.1 deste relatório).

Em suma, considera-se que a disponibilização de levantamentos e diagnósticos da atual situação da área da concessão constitui medida necessária não apenas à mitigação dos riscos aqui tratados e alocados ao poder público, mas para a adequada caracterização do objeto, permitindo a elaboração das propostas pelos licitantes em condições isonômicas e sem lacunas de informações.

Concluindo, são necessários: (i) a revisão das disposições de alocação dos riscos da concessão, e (ii) a elaboração da matriz de risco, como anexo do edital, com a classificação dos riscos, eventos que os materializem, sua distribuição entre as partes mais aptas a geri-los, e indicação de medidas mitigadoras e remediadoras, como é exigido pelo art. 92, IX da Nova Lei de Licitações.

Por fim, devem ser elaborados estudos, levantamentos e o fornecimento de pareceres técnicos, no processo que instrui o projeto, com informações sobre eventuais passivos ambientais, assim como sobre o andamento dos processos de desocupação que ficarão a cargo do poder concedente e os prazos estimados para sua conclusão, com vistas a melhorar a caracterização do objeto, permitindo, assim, que os licitantes elaborem suas propostas em conformidade com a realidade do objeto a ser concedido.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls.15/16 e peça 52, fls. 243/245):

A SGM informa que os riscos previstos no contrato foram transferidos para uma Matriz de Risco – Anexo VII do Contrato, acompanhados das respectivas medidas mitigadoras.

Em relação aos riscos relacionados a passivos ambientais, a Origem afirma que eles “foram alocados ao Poder Concedente, sendo essa uma alocação padrão em projetos dessa natureza.

A alocação de riscos no Contrato levou em consideração a aptidão de cada parte para melhor gerenciar os riscos, distribuindo-os de maneira que a parte mais capacitada para prevenir ou mitigar os prejuízos em caso de sua materialização seja a responsável por tal gerenciamento”.

Quanto os riscos ligados à remoção das ocupações irregulares, a Pasta entende que eles “foram adequadamente abordados nos documentos editalícios”, e ressalta que “a incorporação dos objetos das tratativas com o Ministério Público de São Paulo no Projeto deu de forma proativa e mitigatória, visto que não há acordo formal até o presente momento. Por se tratar de passivo jurídico associado ao Município, o regramento sobre eventuais encargos dele decorrente deve se dar em termos de alocação de riscos – no caso, por meio de sua alocação ao Poder Concedente”.

A SPP, em sua nota, sumariza sua resposta dessa forma:

- Acatando ao Apontamento, os riscos anteriormente previstos na minuta do contrato foram transferidos para o Anexo VII do Contrato – Matriz de Riscos, bem como foram incluídas as medidas mitigadoras de cada um dos riscos apresentados.
- Quanto ao apontamento de que a alocação de riscos do projeto apresenta fragilidades, esclarece-se que a alocação de riscos do contrato considerou a aptidão de cada parte para melhor gerenciar cada riscos, alocando-os à parte com melhores condições para exercitar a prevenção dos riscos ou a contenção dos prejuízos no caso concreto.

Análise da Coordenadoria:

Com efeito, a Origem elaborou a Matriz de Risco - Anexo VII do Contrato (peça 51, fls. 132/167) e apresentou seu entendimento sobre as demais questões aventadas no achado, que objetivou mostrar que existem incertezas significativas no projeto concebido.

Algumas delas foram consideradas expressamente nas cláusulas de alocação de riscos, muito embora pudessem, em nosso modo de ver, ser atenuadas ou mitigadas com adoção de providências prévias ao lançamento do projeto na praça.

A despeito disso, diante do fato de a Origem ter elaborado a Matriz de Risco, como exigido pela legislação, pode-se considerar superado este apontamento.

3.3.12. O dispositivo relativo a subcontratação não se adequa ao art. 25, §1º da LF nº 8.987/95 e ao art. 122 da LF nº 14.133/21

O art. 25, §1º da LF 8987/95 autoriza a contratação de terceiros, pela concessionária, para executar parcelas do objeto inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido e à implementação de projetos associados.

A subcláusula 16.1.k) da minuta contratual outorga à concessionária o direito de subcontratar terceiros para realização de atividades relacionadas à execução do objeto. Para tanto, a subcláusula 16.2 ressalva que a concessionária “deverá cuidar para que os terceiros contratados ou subcontratados sejam detentores de capacidade técnica compatível com as atividades OBJETO da CONCESSÃO” (peça 11, fl. 46), e destaca que a concessionária “não poderá transferir integralmente as atividades de gestão e operação dos PARQUES”.

Nesse caso, a Origem deixou de estabelecer as partes do objeto passíveis de serem subcontratadas pela concessionária e seus respectivos limites, pois veda apenas a transferência integral das atividades de gestão e operação dos parques. Ou seja, resta autorizada a subcontratação praticamente total do objeto, desde que uma parte da gestão e operação não seja transferida.

Essa disposição não se adequa ao art. 25, §1º da LF nº 8.987/95 e ao art. 122 da LF nº 14.133/21 e desvirtua o propósito de se realizar uma licitação, razão pela qual é necessária a revisão do instrumento convocatório a fim de se estabelecerem as parcelas de serviços e atividades passíveis de subcontratação de forma pormenorizada.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl.16 e peça 52, fls. 243/245):

A SGM afirma que as disposições contratuais sobre o tema estão em conformidade com o § 1º do art. 25 da LF 8.987/1995 e que a matéria já fora apreciada por ocasião do TC 00965/2023 (Acompanhamento de Edital – Campo de Marte).

No mesmo sentido, a SPP assim sumariza sua resposta:

- Apontamento semelhante já foi superado pelo E.TCM no Processo TC/009651/2023, onde se concluiu que a previsão de subcontratação no edital atende à Lei Federal nº 8.987/95.
- O art. 122 da Lei Federal nº 14.133/2021 não se aplica a concessões, vez que se trata de legislação subsidiária e há regramento específico na lei de concessões.
- O § 1º do art. 25 da Lei Federal nº 8.987/1995 não estabelece nenhum requisito de comprovação de capacidade técnica ou limite para que a concessionária subcontrate o desenvolvimento de atividades objeto da concessão. Ao contrário, o dispositivo legal autoriza a subcontratação de todas as atividades relacionadas à concessão.
- Ou seja, desde que a licitante vencedora demonstre que cumpre com todos os requisitos de habilitação técnica exigidos no edital, uma vez celebrado o contrato, este autoriza a subcontratação de atividades relacionadas à execução do objeto, sem transferir para o subcontratado as atividades de administração e gestão do empreendimento. Nessa linha, entende-se que podem ser subcontratados, por exemplo, obras, manejo arbóreo, limpeza, segurança etc.

Análise da Coordenadoria:

Realmente, a LF 8.987/1993 não impõe limites à subcontratação, o que, levado ao extremo, autorizaria a subcontratação absoluta do objeto e tornaria inútil, em grande medida, a avaliação de qualificação técnica da licitação. Mas a LF 14133/2021 se acautelou disso e estabeleceu limite às subcontratações, que podem ocorrer apenas em partes de obras, serviços ou fornecimentos.

A ausência de indicação, no edital, das parcelas do objeto passíveis de subcontratação provoca não apenas incertezas sobre o papel da concessionária em encargos sensíveis, como as atividades de natureza político-pedagógico previstas no projeto, mas também afrontam a Nova Lei de Licitações que, neste caso, não apenas complementa a lacuna exibida pela LF 8987/1993 sobre a matéria, mas visa salvaguardar o interesse público de que a Administração conheça, efetivamente, com quem contrata para executar os projetos e oferecê-los aos cidadãos.

Portanto, as disposições editalícias relativas à subcontratação não se adequam ao art. 122 da LF 14.133/21, razão pela qual mantém-se o apontamento em questão.

3.3.13. A minuta contratual não contém disposição em que seja prevista a possibilidade de percentual de compartilhamento de receitas diverso da regra geral

definida, quando houver receita extraordinária e o compartilhamento não se mostrar adequado e consoante ao interesse público.

Devem ser previstos mecanismos de compartilhamento diferenciados das receitas com exploração de outras fontes de receitas, diversas das estimadas, e que possam ser significativas, para as quais a regra geral de compartilhamento não se mostre adequada e consoante ao interesse público.

A título de exemplo, citamos a exploração de *naming rights* na concessão do Estádio do Pacaembu, receita representativa que passou a ser auferida pela concessionária, sem que tenha havido o emprego de recursos empresariais por parte da concessionária. Da maneira como está atualmente consolidado o Edital, caso seja futuramente possível a exploração de receitas ligadas a *naming rights*, permitindo à concessionária explorar o direito de nomeação do Parques Municipais da Orla da Represa Guarapiranga, o compartilhamento dessa receita com o Poder Concedente variaria entre 1% a 2%, seguindo o mesmo procedimento para aferição da outorga variável, conforme descrito no item 3 do Anexo V do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Outorga (peça 22, fls. 04/05).

Contudo, trata-se de um percentual aquém dos que vêm sendo adotados nas concessões do Município de São Paulo e que, portanto, não deveria ser aceito por não atender ao interesse público. Como, por exemplo, pode-se citar a Concessão de uso do Edifício Martinelli (Edital nº 002/2020 – v. 2022²⁰):

4.2.2. Na hipótese de eventual patrocínio ou ganho econômico oriundo de acréscimo de outros nomes às marcas nominativas (*naming rights*) a CONCESSIONÁRIA deverá compartilhar com a CONCEDENTE tais ganhos na **proporção de 50% (cinquenta por cento) da totalidade da receita bruta originada.** (grifos nossos)

Ainda de forma exemplificativa, pode-se citar a PPP na modalidade de concessão administrativa para administração, manutenção, conservação, exploração comercial e requalificação dos terminais de ônibus vinculados ao sistema de transporte coletivo urbano de passageiros da

²⁰https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/licenciamento/desenvolvimento_urbano/sp_urbanismo/arquivos/Edital_concessao/EditalConcessaoMartinelli_0012020-V2022.pdf

Cidade de São Paulo, em que a minuta contratual (peça 31 do e-TCM 14.581/2023) previu compartilhamento diferenciado de 50% (Edital nº EC/006/2023/SGM-SMT):

33.3. A CONCESSIONÁRIA deverá apresentar ao PODER CONCEDENTE proposta de exploração de receita previamente à exploração de acréscimo de outros nomes às marcas nominativas (naming rights) dos TERMINAIS, conforme previsto na subcláusula 14.1, “h”).

[...]

33.5. Pela exploração das atividades previstas na subcláusula 33.3, a CONCESSIONÁRIA **deverá compartilhar 50% (cinquenta por cento) da totalidade da receita bruta obtida com tais atividades.** (Grifos nossos)

Nesse contexto, devem ser previstos mecanismos de compartilhamento diferenciados das receitas com exploração de outras fontes de receitas, diversas das estimadas, e que possam ser significativas, para as quais a regra geral de compartilhamento não se mostre adequada.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 16/17 e peça 52, fls. 247/250):

A SGM, visando contemplar a preocupação externada pela auditoria, informa o seguinte (peça 47, fls. 16/17):

Em resposta a essa observação, foram realizados ajustes nas alíquotas de compartilhamento das receitas, com o objetivo de equilibrar os incentivos para garantir a viabilidade econômica da Concessão e, ao mesmo tempo, assegurar que o Poder Público possa obter uma parte dos ganhos gerados pela exploração comercial dos parques. O Contrato foi estruturado de forma a aplicar alíquotas mais altas para as receitas que ultrapassem determinados patamares, garantindo que uma fração das receitas extraordinárias — que não estavam previstas no Plano de Negócios Referencial — seja destinada ao Poder Concedente. Adicionalmente, a alíquota máxima e a faixa de receita estimada adotadas no Contrato são compatíveis com as de outros projetos de concessão de parques já licitados, como a Concessão para a Implantação, Gestão, Operação e Manutenção do Parque Municipal Campo de Marte (Edital de Concorrência EC/001/2024/SGM-SEDP).

Nesses termos, **a cláusula 3.2 do Anexo do V do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Outorga foi alterada**, conforme pode-se verificar nos documentos editalícios que compõem a presente Manifestação. Ademais, além das novas alíquotas base, as alíquotas do Adicional de Desempenho, que também variam em função da Receita Bruta, passam a progredir linearmente até 10%, conforme a cláusula 5.4 do Anexo V do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Outorga (Edital em anexo).

Em termos quantitativos, **as alíquotas estabelecidas estão em conformidade com as práticas de mercado**, como observado em diversos projetos do setor.

O mecanismo proposto reflete aumentos proporcionais à excepcionalidade das receitas obtidas, resultando em uma exposição financeira total de 15%, somando a alíquota-base com o Adicional de Desempenho. Esse modelo visa também alinhar os incentivos para otimizar a qualidade dos serviços prestados no âmbito da Concessão, garantindo que a Concessionária contribua de forma mais significativa, conforme sua capacidade financeira, e se mantenha ainda mais vigilante em relação às condições dos serviços executados.

Além disso, em resposta ao Achado 3.7.7, foi implementado um procedimento que exige a aprovação prévia do Poder Concedente para a exploração de fontes de receita não previstas no Contrato. Tal medida assegura que a exploração de novas fontes de receita esteja devidamente alinhada aos interesses públicos e aos objetivos da Concessão.

Portanto, a nova estrutura de alíquotas, juntamente com o procedimento de aprovação prévia para a exploração de fontes de receita não contempladas originalmente no Edital, está em consonância com as preocupações levantadas pela Auditoria, garantindo um compartilhamento adequado das receitas e a proteção do interesse público. (Destaque nosso)

Na mesma linha são as considerações da Nota Técnica de peça 52, com o detalhamento das revisões das cláusulas 3.2 e 5.4, ambas do Anexo V do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Outorga, nos seguintes termos (peça 52, fl. 248/249):

3.2. O valor da alíquota de OUTORGA VARIÁVEL será de:

- a) 0,5% (zero vírgula cinco por cento) do valor da RECEITA BRUTA PARA CÁLCULO DA OUTORGA VARIÁVEL anual da CONCESSIONÁRIA caso este valor seja inferior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).
- b) 1,5% (um por cento) do valor da RECEITA BRUTA PARA CÁLCULO DA OUTORGA VARIÁVEL anual caso seja igual ou superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) e inferior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).
- c) 3% (três por cento) do valor da RECEITA BRUTA PARA CÁLCULO DA OUTORGA VARIÁVEL anual caso seja igual ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) e inferior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais).
- d) 4% (quatro por cento) do valor da RECEITA BRUTA PARA CÁLCULO DA OUTORGA VARIÁVEL anual caso seja igual ou superior a R\$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais) e inferior a R\$ 105.000.000,00 (cento e cinco milhões de reais).
- e) 5% (cinco por cento) do valor da RECEITA BRUTA PARA CÁLCULO DA OUTORGA VARIÁVEL anual caso seja igual ou superior a R\$ 105.000.000,00 (cento e cinco milhões de reais).

Tem-se que além das novas alíquotas base, as alíquotas do Adicional de Desempenho, que também variam em função da Receita Bruta, passam a progredir linearmente até 10%, conforme a cláusula 5.4 do Anexo V do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Outorga: [...]

Análise da Coordenadoria:

O presente achado tratou da necessidade de que fossem previstos mecanismos de compartilhamento diferenciados para receitas advindas de outras fontes, diversas das estimadas no plano de negócios referencial, e que possam se mostrar significativas em termos econômicos e para as quais a regra geral de compartilhamento não se mostre adequada.

A Origem, nesta oportunidade, apresenta a reformulação da sistemática de compartilhamento de receitas, prevendo alíquotas escalonadas para a outorga variável, segundo os valores de receita bruta anual da concessionária, informa também a revisão das alíquotas do adicional de desempenho (tema que não é objeto deste tópico, sendo abordado no item 3.7.2).

Adicionalmente, destaca a inclusão da exigência de aprovação prévia do Poder Concedente para a exploração de fontes de receita não previstas no Contrato.

De fato, verifica-se à peça 48 (fls. 156/158) e à fl. 47 da peça 58 (minuta do contrato da última versão do edital, republicado em 03.12.2024), a previsão na cláusula 17.2 de que a concessionária somente poderá explorar fontes de receita diversas daquelas explicitamente previstas na subcláusula 17.2.1 após prévia e expressa autorização do poder concedente. Já na aludida subcláusula 17.2.1, são elencadas as atividades a serem exploradas que prescindem de prévia autorização.

Na nova sistemática de compartilhamento de receitas com o poder concedente ora apresentada, as alíquotas variam de 0,5% a 5%, conforme faixas dos valores de receita bruta anual (RBA), que variam de R\$ 60.000.000,00 a R\$ 105.000.000,00, enquanto anteriormente as alíquotas variavam de 1% a 2%, e as faixas de RBA de R\$ 60.000.000,00 a R\$ 70.000.000,00 (vide item 3.2 da peça 22).

Mesmo diante da proposta de revisão das disposições relacionadas ao compartilhamento de receitas com o poder público, verifica-se que o escalonamento contempla em seu maior nível, a alíquota de 5% (para a receita bruta anual superior a R\$ 105.000.000,00), ou seja, esse seria o percentual máximo a ser compartilhado com o poder público. Ademais, trata-se ainda de uma regra geral aplicável à outorga variável.

Em outras palavras, permanece não abarcada pela disposição contratual as situações excepcionais, como a hipótese de eventual exploração de *naming rights* (no caso de a liminar expedida no âmbito da ADI nº 2347139-35.2023.8.26.0000 não se confirmar no julgamento da referida ação). Nesse sentido, considerando que receitas dessa natureza não exigem investimento ou atividade específica da concessionária para serem auferidas, na possibilidade de serem exploradas pela concessionária, entende-se pertinente que o contrato preveja tratamento diferenciado e autônomo acerca do compartilhamento da receita devido com o Poder Público, em percentuais mais representativos como os exemplos trazidos na análise preliminar (da ordem de 50%), em complementação à disposição quanto à prévia autorização ora acrescida à minuta do contrato (subcláusula 17.2 da minuta do contrato – peça 58).

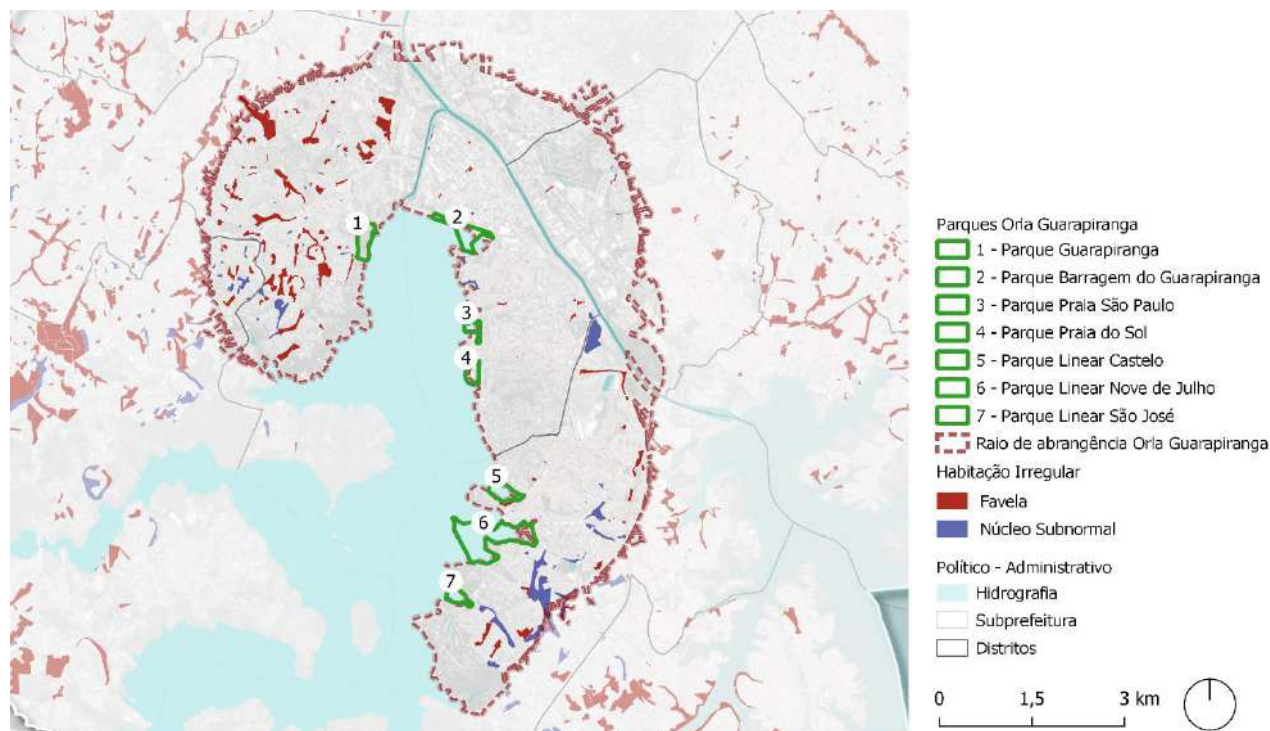
Sendo assim, reitera-se o presente achado.

3.4. Achados relativos ao objeto

3.4.1. O objeto e as condições necessárias à prestação dos serviços da Concessão não se encontram adequadamente definidos, em ofensa ao art. 18 da LF 8.987/95.

O projeto concessório em apreço compreende a gestão e operação de seis parques já existentes na orla da Represa do Guarapiranga (Parques Guarapiranga, Barragem do Guarapiranga, Praia São Paulo – Núcleo Praia do Sol, Linear Nove de Julho, Linear São José, e Linear Castelo), bem como a implantação e gestão de um novo parque na mesma orla (Parque Praia São Paulo – Núcleo Atlântica), como ilustrado na figura a seguir:

Figura 1: Parques da Orla da Represa do Guarapiranga



Fonte: Plano de Gestão dos Parques da Orla da Represa Guarapiranga (peça 15, fl.74)

Das disposições referentes à caracterização do objeto e à modelagem operacional do projeto, em especial das previstas no Caderno de Encargos da Concessionária (CEC) e seus Apêndices (peças 16/20), chamaram atenção os seguintes aspectos:

- Ausência de justificativas para o parcelamento ou não do objeto

O objeto compreende a gestão de sete parques no total, todos às margens da Represa do Guarapiranga. Embora esses parques guardem similitudes geográficas, urbanísticas e vocacionais, não foram tecidas, na Nota Técnica Consolidada (peça 74 do TC 12692/2023), considerações sobre o eventual parcelamento do objeto, como requerido pela Nova Lei de Licitações em seu art. 18, §1º, VIII.

Não constam justificativas técnicas sobre a viabilidade operacional e econômica de se agrupar todos esses parques em um único lote a ser licitado ou de dividi-los em lotes, sobretudo diante das constatações registradas nas análises empreendidas sobre a modelagem econômica que revelaram falhas nos estudos de viabilidade econômica do projeto de concessão nos moldes propostos (v. item 3.6 do presente).

Diante disso, há infringência ao art. 18, §1º, VIII da LF 14.133/2021.

- Exclusão de áreas da concessão

No Parque Guarapiranga está localizado o Centro de Convivência e Cooperativa (CECCO) da Secretaria Municipal de Saúde, cuja gestão e operação ocorre por conta dessa Pasta. De acordo com o CEC (peça 16, fl. 54), o CECCO está excluído da área da concessão, muito embora ele esteja inserido dentro do Parque Guarapiranga.

Não constam justificativas para a exclusão do CECCO da futura concessão, o que provoca a dúvida sobre se não haveria sinergia e economicidade para a cidade em delegar, à concessionária, a responsabilidade de requalificar, manter e conservar essas dependências físicas do CECCO, operado pela Secretaria da Saúde no Parque Guarapiranga.

Já o Parque Barragem do Guarapiranga é, segundo o Memorial Descritivo, de inteira titularidade de EMAE, e possui área semi alagável que margeia extenso segmento da estrutura da barragem de terra que foi excluído da área a ser concedida (peça 12, fls. 35/36), bem como das áreas hoje ocupadas pela Fundação Padre Anchieta (TV Cultura) em atendimento aos limites impostos por EMAE (peça 13, fl. 45/49).

Isto é, a nova concessionária não irá gerir, manter e conservar a área da barragem que hoje integra o parque. Ocorre, todavia, que não restam claros em que termos ocorrerá a manutenção da área da estrutura de represamento que hoje (i) é utilizada pelos usuários do parque para a prática de atividades esportivas, como mostra a figura 28 do Memorial (peça 12, fl. 39), além de (ii) possuir duas entradas para o parque, sendo um pela Avenida Atlântica, importante logradouro que oferece acesso aos principais modais de transporte disponíveis na região.

Não está explicado a quem caberá a responsabilidade pela manutenção e conservação do segmento da barragem excluído da concessão, tanto dos taludes de montante e jusante, quanto da própria crista da barragem; e, caso esses encargos permaneçam com SVMA, é importante haver estimativas orçamentárias para realizá-los e a demonstração do seu impacto sobre as conclusões de viabilidade econômica do projeto em exame (Modelo Econômico-Financeiro).

Por fim, de acordo, com a Nota Técnica Consolidada, foram promovidas modificações no projeto em sua etapa final de elaboração que resultaram na segregação das áreas dos parques em uma parcela denominada “área da concessão” e outra chamada “área alagável adjacente” (peça 74, fls.19/20 do TC 12692/2023).

As áreas alagáveis estão abaixo da cota de alagamento da represa e ficam submersas durante a maior parte do ano. Elas não integram a área da concessão; entretanto, diz a Nota Técnica Consolidada (peça 74, fl. 20 do TC 12692/2023):

[...] diante da possibilidade de implantação de estruturas adicionais para melhoria dos parques e da íntima ligação entre as Áreas Alagáveis Adjacentes e a Área da Concessão, atribui-se à Concessionária a responsabilidade pela realização de encargos referentes à proteção, monitoramento, zeladoria e manejo de fauna e flora das Áreas Alagáveis Adjacentes aos parques. Cabe ressaltar que também é permitida a instalação de estruturas de melhorias, como píeres e passarelas de madeira, nas Áreas Alagáveis Adjacentes, mediante aprovação superveniente e específica da EMAE. Os encargos atinentes às Áreas Alagáveis Adjacentes encontram-se detalhados no item 3.4.2.8 desta Nota Técnica.

Dos sete parques que compõem o projeto, três possuem áreas alagáveis adjacentes identificadas nas figuras que instruem a Nota Técnica: (1) Parque Praia São Paulo – Núcleo Praia do Sol, (2) Parque Praia São Paulo – Núcleo Atlântica, e (3) Parque Linear Praia Nove de Julho (peça 74, fls. 21/27 do TC 12692/2023).

Para esses parques, portanto, a SVMA pretende contratar uma concessionária para realizar encargos obrigatórios em áreas cuja titularidade e domínio são predominantemente de EMAE, e que requerem anuência da empresa estadual para que sejam cumpridos pela concessionária (subcláusulas 12.8, 12.9, 14.2.u da minuta contratual).

Outros parques também possuem áreas indicadas como “alagáveis”, como se vê em diversos croquis da Nota Técnica e do CEC. Contudo, são tratadas como “áreas da concessão”, o que requereria mais explicações sobre a real situação dessas áreas dos Parques Barragem do Guarapiranga, Linear Castelo e Linear São José para se evitar interpretações equivocadas (peça 75, fls. 36, 62 e 80).

Pois bem. Essa forma de execução do contrato se revela demasiadamente arriscada para o poder concedente, a quem foi alocado risco que abarca a situação (subcláusula 35.7.d da minuta de contrato, peça 11, fl. 77), pois a realização de tais encargos está (i) condicionada à autorização específica de órgão externo à Municipalidade, sem, portanto, possibilidade de ingerência do Executivo Municipal, e (ii) sujeita a conflito de interesses, inclusive políticos, entre os governos da cidade e do estado.

Além disso, a EMAE, atualmente, não exigiu contrapartidas financeiras pela cessão de uso das áreas que compõem a concessão, mas também não há garantias de que ela não venha a exigir, ou que venha onerar a concessionária, no processo de aprovação dos projetos, com exigências de natureza técnica em outros locais da represa sob seu domínio, mas que não integrem as áreas dos parques, como ilhas e outros locais propensos à parada de embarcações, tais como as do passeio náutico.

Tendo em vista que os encargos obrigatórios nessas áreas alagáveis já foram definidos no Apêndice I do CEC (item 8.3 do CEC), é o caso de se obter as autorizações de EMAE antes da abertura da licitação, conferindo, assim, mais segurança acerca das instalações e atividades que realmente poderão ser executadas nessas áreas. Essa medida se mostra especialmente importante para que as licitantes elaborem suas propostas com base em um objeto bem caracterizado, e cujas condições de execução sejam apresentadas com a máxima exatidão e segurança possíveis, sem lacunas de informações.

De fato, muitos encargos terão que ser executados nas áreas alagáveis, excluídas da concessão, mas que ao mesmo tempo receberão serviços e intervenções previstos na concessão, o que é uma manifesta contradição, inclusive com o estabelecido pelo item 3.2 do edital. Ademais, essa condição aporta expressivos riscos e dúvidas sobre a viabilidade de inclusão desses parques no projeto em apreço sob as óticas (i) jurídica, pela própria incoerência do edital e anexos que tratam disso; (ii) técnica, que visa, dentre outros objetivos, integrar os sete parques que margeiam a represa e torná-los mais acessíveis ao público; e (iii) econômica, pois expressivas receitas previstas no PNR devem ser auferidas em áreas excluídas da concessão (peça 74, fl. 28 do TC 12692/2023).

Ademais, não foram observadas no CEC previsões sobre eventuais encargos adicionais necessários à gestão das áreas alagáveis decorrentes, por exemplo, de desequilíbrios ambientais causados por efluentes que comprometam o bem-estar e a saúde dos usuários. Por se tratar de tema que extrapola as preocupações ambientais e invade a seara da saúde pública e do saneamento básico, considera-se importante o aperfeiçoamento do projeto para que sejam previstas diretrizes preventivas, mitigadoras e/ou solucionadoras que orientem as ações da concessionária na hipótese de ocorrência desses acidentes ambientais, cujos efeitos podem se prolongar e comprometer o uso dessas áreas, bem como a geração de receitas.

Cabe ressaltar, ainda, que os três parques que possuem áreas alagáveis adjacentes identificadas apresentam também outras particularidades: o Parque Praia São Paulo - Núcleo Praia do Sol, por exemplo, possui área com ocupação irregular que eleva os riscos do poder público na alocação de riscos proposta na minuta de contrato. Já o Parque São Paulo - Núcleo Atlântica ainda não existe e precisa ser implantado pela concessionária. Por fim, a área do Parque Linear Praia Nove de Julho é objeto da Ação Civil Pública já mencionada neste relatório (v. item 3.1.4 do presente).

São parques, em suma, que possuem criticidades relevantes para a execução do objeto e cuja gestão pela concessionária ocorrerá em áreas excluídas da concessão, o que gera, naturalmente, muita incerteza sobre a viabilidade de integração dos parques da orla da represa e de alcançar os demais propósitos da concessão, notadamente a geração de receitas que sustentarão o projeto durante a vigência contratual.

Diante do exposto, considera-se necessária a revisão do projeto no que toca a exclusão das áreas alagáveis da concessão que serão objeto de encargos obrigatórios da concessionária, com o aperfeiçoamento da fundamentação jurídica em se licitar uma concessão de “serviço público” em área que não pertence à concessão, bem como das justificativas econômicas para apontar os prejuízos econômicos ao projeto e ao poder concedente na hipótese de restar frustrada a execução do objeto nessas áreas.

Também é necessária a adoção de medidas mitigadoras para os riscos alocados ao poder concedente em relação às áreas alagáveis, principalmente para aqueles que possam ensejar

pleitos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão por, eventualmente, não ser possível implementar fontes de receitas nas áreas alagáveis, tais como a realização de eventos nos decks, passeios de embarcação, ou qualquer outra que a concessionária possa aventar.

- Ausência de diretrizes para implantação do Parque Praia São Paulo – Núcleo Atlântica

De acordo com o Apêndice I do CEC, a SVMA não sugeriu as diretrizes de requalificação ambiental do solo, recursos hídricos e flora do novo Parque Praia São Paulo – Núcleo Atlântica (peça 17, fl. 116), em prejuízo à necessária caracterização do objeto contratual.

Entende-se indispensável a inclusão dessas diretrizes no CEC para a completa caracterização do objeto contratual (art. 150 da Nova Lei de Licitações), e para que as licitantes possam elaborar seus estudos e propostas comerciais de acordo com os encargos definidos pelo Verde para a implantação desse novo parque.

- Falhas em ilustrações e mapas do projeto

O Apêndice I do CEC disciplina as intervenções que devem ser realizadas nos parques concedidos, sejam elas obrigatórias ou opcionais. A figura 49 do referido Apêndice ilustra a setorização do Parque Linear Nove de Julho, com destaque para os subsetores S1 e S2 (peça 17, fl. 65). Ocorre que a figura indica “S1” em área colorida como setor recreativo e de lazer (verde claro), razão pela qual sugere-se revisão das legendas e indicações da figura 49.

Já a figura 77 do Apêndice I do CEC ilustra a proposta de passeio náutico entre parques da Represa do Guarapiranga (peça 17, fl. 98). Recomenda-se correção do item B, em amarelo, equivocadamente referenciado como Parque Ecológico do Tietê, uma vez que, na verdade, se trata do Parque Ecológico do Guarapiranga, gerido pelo Estado.

Nessa mesma figura, consta, na proposta do passeio náutico, uma parada no Parque Linear São José, indicada pelo número “7”. Todavia, o Plano de Gestão recomenda a não inserção de píer e ponto de parada no local devido ao risco de desvirtuamento da dinâmica da flora e da fauna das áreas alagáveis desse parque (peça 15, fl. 129), razão pela qual sugere-se a revisão dessa

figura e demais disposições referentes ao passeio náutico que se mostrem oportunas para atender as orientações do Plano de Gestão.

Em conclusão, o objeto não se encontra completa e perfeitamente caracterizado de molde a viabilizar a necessária compreensão do projeto para que as licitantes elaborem suas propostas em conformidade com as expectativas contratuais, tampouco permite a execução integral do futuro ajuste pela contratada nos termos esperados, em ofensa ao artigos 18 da LF 8.987/1995, e 18 e 150 da LF 14.133/2021.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 17/19 e peça 52, fls. 250/259):

A SGM, em sua resposta, recapitula as considerações trazidas pela SPP, respondendo os questionamentos sobre o objeto contratual tratados no achado.

A SPP sintetizou sua manifestação nos seguintes termos:

- Justificativas para o parcelamento ou não do objeto:
 - Os Parques na orla da Guarapiranga têm perfis e potenciais de exploração comercial diversos. Agrupar parques com diferentes perfis permite que aqueles com maior potencial de receita subsidiem os de menor potencial, equilibrando a viabilidade econômica.
 - A sinergia entre os parques interconectados aquaticamente aumenta o potencial turístico.
 - A decisão de não parcelar os parques visa a requalificação e atração de investimentos privados, não apenas a desoneração da administração municipal.
 - Legalmente, a decisão sobre o escopo da concessão não requer avaliação de diferentes cenários de vantajosidade econômica.
- Exclusão de áreas da concessão:
 - A exclusão do Centro de Convivência e Cooperativa (CECCO) da Secretaria Municipal de Saúde deve-se à sua especificidade e diretrizes operacionais distintas.
 - A exclusão da área de barragem do Parque Barragem do Guarapiranga segue a Política Nacional de Segurança de Barragens, com a gestão e conservação sob responsabilidade da EMAE.
 - A exclusão de áreas alagáveis adjacentes visa mitigar riscos ambientais, atribuindo à concessionária encargos de proteção, monitoramento e manutenção dessas áreas.

- Mitigação de Riscos da exploração comercial das áreas alagáveis:
 - A única fonte de receitas acessórias que depende da implantação de infraestrutura nas áreas alagáveis é a realização de passeios de barcos, representando aproximadamente 7% do total de receitas estimadas.
 - Mesmo considerando um cenário com perda de 50% do potencial de receita estimado, o Projeto ainda seria viável economicamente. O risco associado à não implantação das estruturas obrigatórias nas áreas alagáveis é baixo.
 - Os documentos editalícios foram alterados para atribuir ao Poder Concedente os riscos de demoras excessivas (superiores a 9 meses) na emissão de autorização pela EMAE e a impossibilidade de realizar intervenções obrigatórias ou opcionais por imposição da EMAE.
- Diretrizes para implantação do Parque Praia São Paulo – Núcleo Atlântica:
 - A relação da concessionária com as áreas alagáveis adjacentes é regulamentada no Edital e seus anexos.
 - A execução dos encargos operacionais não requer autorização suplementar, e o plano de intervenções foi avaliado pela equipe técnica da EMAE, garantindo conformidade com a legislação ambiental.
- Falhas em ilustrações e mapas do projeto:
 - Os itens indicados no Relatório Preliminar de Auditoria foram devidamente adequados na versão atualizada dos documentos editalícios.

Análise da Coordenadoria:

A Origem: (i) explicou as razões que alicerçam sua opção pelo não parcelamento do objeto contratual; (ii) comentou sobre a pertinência de exclusão da área da barragem e do CECCO das áreas da concessão; (iii) afirmou não haver risco à sustentabilidade econômica, caso não seja possível auferir receitas acessórias nas áreas alagáveis; e (iv) informou que o Plano de Gestão já define diretrizes para a implantação do Parque Praia São Paulo, e que promoveu ajustes nas ilustrações e mapas indicados no apontamento.

Todavia, desconhece-se, até o momento, o embasamento legal para se conceder as denominadas áreas alagáveis adjacentes (com seus respectivos encargos) que não fazem parte da área da concessão e que não pertencem ao município, o que cria uma incerteza jurídica inadmissível, ainda que traduzida em riscos alocados ao poder concedente.

De fato, o objeto da concessão possui áreas que não pertencem ao município e estão sujeitas a ingerências da EMAE ao longo da vigência do ajuste, o que prejudica em demasia sua adequada caracterização e a legitimidade de disposições contratuais relacionadas.

Além disso, como indicado no achado 3.1.3, a questão não foi suficientemente esclarecida no parecer jurídico, e se seria suficiente, para a segurança jurídica da contratação, o Termo de Cessão de Uso celebrado entre a EMAE e a Prefeitura, posto que a EMAE é mera concessionária e não proprietária dessas áreas; tanto que, segundo sua cláusula 5ª, o referido termo de cessão finda no término da concessão da EMAE (peça 49, fl. 07).

A ausência de indicação precisa do embasamento legal que autorize o Executivo a celebrar contratos nessas condições pode ensejar questionamentos judiciais acerca das responsabilidades sobre essas áreas, ou mesmo sobreposição entre os dois contratos de concessão em questão.

Por tais motivos, reitera-se o achado quanto à legalidade da atribuição da concessão das áreas alagáveis atualmente cedidas à EMAE.

3.4.2. O edital não contém dispositivos que garantam a realização de eventos e locações publicitárias compatíveis com a vocação dos parques urbanos e atendam ao princípio da modicidade tarifária, em infringência ao art. 11 da LF 8.987/1995)

O Plano de Gestão, em seu item 6.6.2 (peça 15, fls. 215/220), destaca a importância da realização de eventos nos parques, e discorre sobre as boas práticas que devem orientar os eventos que possam ocorrer nas dependências da área da concessão, com especial atenção às cautelas de cunho ambiental que devem ser observadas pela gestão do parque.

Sem dúvida, reconhecem-se os efeitos positivos e sinérgicos da promoção de eventos nos parques, especialmente para sua ativação, elevação no número de frequentadores, apropriação regional, geração de receitas, entre outros.

O Apêndice I do CEC cuida da possibilidade de realização de eventos nos parques em seu item 2.4, com expressa menção aos regramentos constantes na Portaria nº 49/SVMA.G/2022, que

trata, em resumo, de condicionantes para salvaguardar o bem-estar da fauna e da flora dos parques sob regime de concessão.

Todavia, não foram encontradas disposições sobre a necessidade de que a exploração comercial desses eventos ocorra em sintonia com o princípio da modicidade tarifária, tema também tratado no item 3.3.3 do presente, acompanhadas dos meios de comprovação necessários, o que constitui uma lacuna operacional e contratual que merece ser preenchida.

Já no item 2.5 do Apêndice I do CEC, são fornecidas diretrizes para a realização de publicidade nas dependências do parque, em especial no mobiliário integrante da concessão, que deverá observância à Lei Cidade Limpa e ao DM 47.950/2006. Além disso, os projetos publicitários devem ser submetidos à análise da Comissão de Proteção à Paisagem Urbana.

Porém, não são estabelecidos parâmetros sobre os tipos de campanhas publicitárias que possam ser veiculados no mobiliário dos parques, uma vez que os instrumentos regulamentadores citados acima não abordam esse tema.

Diante disso, é importante o aperfeiçoamento dessas diretrizes, dando destaque à importância de que as empresas, instituições, iniciativas e projetos divulgados por meios publicitários nos parques da represa estejam em harmonia com a vocação ambiental, esportiva, turística e recreativa da área da concessão, a fim de evitar a divulgação de instituições, produtos ou projetos que, por exemplo, sejam nocivos à saúde do ser humano em maior ou menor escala; ou ao meio ambiente; ou cuja eficácia não seja comprovada pelos órgãos de regulamentação pertinentes; ou que estejam envolvidos em escândalos criminosos; ou que promovam, ainda que fora das dependências da concessão, discursos radicais ou de intolerância²¹, dentre outros.

Ademais, deve ser conferido destaque para que os preços praticados pela concessionária também se alinhem com o princípio da modicidade tarifária, com o propósito de não inviabilizar o acesso a esse serviço por empresas, entidades e projetos locais/regionais de menor envergadura econômica.

²¹ O item 43.3 do CEC veda a realização de atividades que promovam preconceitos ou discursos de ódio apenas nas dependências da área da concessão.

Em conclusão, necessário o aprimoramento das disposições que tratam da exploração de receitas com eventos e publicidade nos parques para que isso ocorra em harmonia com a vocação natural e local desses equipamentos públicos e com os princípios norteadores da atuação administrativa.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 19 e peça 52, fls. 259/260):

A SGM elucida que a cobrança de ingressos para eventos realizados nas áreas da concessão não caracteriza tarifa, pois tais eventos não configuram serviço público, mas sim atividades econômicas autorizadas com o objetivo de gerar receitas. Por seu turno, a geração de receitas acessórias possibilita a amortização de investimentos em melhorias nos parques e o financiamento da operação, assegurando a viabilidade econômica do projeto.

Prossegue dizendo que as diretrizes contratuais para a exploração de receitas publicitárias atendem à Lei Cidade Limpa e que, em relação à avaliação do conteúdo publicitário a ser veiculado nas dependências dos parques, o poder concedente não possui competência para regulamentar ou fiscalizar essas atividades, o que cabe à Comissão de Proteção à Paisagem Urbana.

Finaliza sua exposição mencionando exemplos de outros editais de concessão que possuíam disposições semelhantes às do que ora se examina.

A SPP resume suas considerações sobre o ponto dessa forma:

- A cobrança de entradas para eventos realizados nas áreas da concessão não se trata de tarifas, pois esses eventos não constituem serviços públicos essenciais, mas sim atividades econômicas permitidas para geração de receitas.
- Os documentos editalícios preveem uma série de medidas que evitam que o uso do parque seja demasiadamente restringido em função dos eventos, garantindo a continuidade da prestação do serviço público de forma ampla e gratuita nos parques, como o subitem 43.6 do Anexo III do CEC limita a realização de eventos a um total de sete dias por mês por parque, e prevê que os eventos não podem

impedir a utilização dos equipamentos de uso comunitário pelos demais usuários nem obstruir os percursos de fruição pública.

- Com relação à publicidade, as diretrizes estabelecidas seguem integralmente a Lei Cidade Limpa e todas as propostas de anúncios publicitários deverão ser submetidas à aprovação da Comissão de Proteção à Paisagem Urbana (CPPU).
- As disposições aqui mencionadas já foram aprovadas pelo próprio TCM em diversos outros projetos de concessão de parques e logradouros públicos, que utilizaram critérios semelhantes para exploração econômica de eventos e publicidade, demonstrando coerência e consistência com precedentes validados pela egrégia corte. A servir de exemplo, destaca-se os editais de Concorrência nº EC/001/2024/SGM-SEDP (“Campo de Marte”); Concorrência Internacional nº 001/SVMA/2018 (“Primeiro Lote de Parques”); e Concorrência nº 007/SGM/2020 (“Vale do Anhangabaú”).

Análise da Coordenadoria:

A resposta ofertada elucidou os aspectos referentes à exploração de receitas publicitárias e de limites para a realização de eventos nos parques, que segundo a SPP, não irão restringir os demais usos dos parques. Tendo em vista que essas atividades devem ocorrer nos limites consignados no CEC e que estão sujeitas a análise prévia e fiscalização por órgão competente (Comissão de Proteção à Paisagem Urbana), o apontamento pode ser considerado superado.

A questão dos preços praticados pela futura Concessionária nos eventos e demais atividades é tratada no Achado 3.3.3 deste relatório.

3.4.3. A delegação do Programa Permanente de Educação Ambiental – Parque Escola ao concessionário carece de fundamentação legal, por ser prerrogativa da SVMA e não pertencer ao conjunto de atividades relacionadas ao serviço público concedido

O Apêndice II do CEC cuida das condições para implantação do Programa de Educação Ambiental a ser realizado pela concessionária em três novas instalações da área da concessão.

De acordo com o apêndice, a concessionária deverá formular o conteúdo programático desse projeto educacional, contemplando o Projeto Político-Pedagógico e o Plano de Sustentabilidade do Parque Escola (peça 18, fl. 05).

O Plano de Gestão dos Parques pontua que o programa de educação ambiental deve contar com a supervisão da UMAPAZ, vinculada à SVMA, mas delega à gestão do parque, que se pretende ofertar à iniciativa privada, os encargos relativos às atividades de educação em si e elaboração de material didático (peça 15, fl. 213):

A gestão dos Parques da Orla da Represa Guarapiranga deve garantir equipe técnica capaz de realizar as atividades de educação ambiental com os usuários dos parques e escolas, e de elaborar material paradidático a ser disponibilizado de forma online e/ou impressa.

Embora sejam promissores os benefícios esperados com a realização de atividades pedagógicas de cunho ambiental nos parques devido aos óbvios atrativos que eles oferecem, há dúvidas sobre a fundamentação legal para delegar à concessionária a formulação do referido programa e sua operacionalização por meio de equipe educativa própria (peça 18, fl. 08).

Pelo exposto, a fim de que reste evidenciada a viabilidade dessa proposta para compor no escopo dessa concessão, considera-se necessário o aperfeiçoamento da instrução processual para que sejam: (i) informada a autorização legislativa que fundamenta a delegação de atividades de cunho político-pedagógico à iniciativa privada no bojo da concessão; (ii) indicados metas, programas, projetos e atividades dos Planos e Programas vigentes do Município, na seara da educação ambiental, que serão atendidos por esse encargo do contrato; e (iii) apensado parecer da Pasta da Educação que avalie a adequação e a pertinência do Projeto Político-Pedagógico sugerido por SVMA com as demais diretrizes educacionais, planos e orientações emanados pela Secretaria Municipal de Educação (SME).

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 20 e peça 52, fls. 261/262):

A SGM entende que: “os serviços de educação ambiental, como parte integrante da gestão, também podem ser delegados à concessionária. Essa delegação abrange a formulação do conteúdo programático do projeto educacional, incluindo o Projeto Político-Pedagógico e o Plano

de Sustentabilidade do Parque Escola, conforme previsto no Apêndice II do Caderno de Encargos da Concessionária (CEC). Dessa forma, a delegação das atividades de educação ambiental à concessionária está respaldada legalmente e é plenamente compatível com a gestão dos parques, conforme autorizado pela legislação municipal vigente”.

Acrescenta que o Plano de Gestão já define metas e atividades específicas voltadas à educação ambiental, como trilhas, cursos, oficinas e campanhas educacionais relacionados a temas ambiental, e que tais atividades estão em consonância com a Política Municipal de Educação Ambiental.

Sobre o Parque Escola, afirma que suas atividades se alinham à Política Municipal de Educação Ambiental, e arremata sua manifestação dizendo não ser necessário que o Projeto Político-Pedagógico seja submetido à avaliação da Secretaria de Educação.

A SPP assim resume sua resposta sobre o achado:

- A Lei Municipal nº 16.703/2017, em seu artigo 9º, autoriza o poder executivo a outorgar a concessão dos serviços e bens relacionados aos parques municipais no âmbito do Município de São Paulo.
- Ao conceder a gestão dos parques, entende-se que os serviços de educação ambiental, que são parte integrante da gestão dos parques, também podem ser delegados à concessionária.
- Demonstrada a fundamentação legal e o caráter de recomendação dos demais pontos (contemplados nos documentos editais), roga-se pela superação do Achado.

Análise da Coordenadoria:

O art. 9º da LM 16703/2017 não autoriza a outorga de concessão de serviços pedagógicos, de nenhum tipo ou matéria.

No caso em tela, a despeito dos potenciais benefícios que os serviços de educação ambiental possam proporcionar aos frequentadores dos parques, sua implementação e execução não podem compor o rol de encargos da concessionária. Mas poderiam, talvez, ser executados diretamente pelo poder concedente, a critério.

Caso se insista na manutenção desse serviço no escopo da concessão, reitera-se a necessidade de que sejam encartados pareceres específicos do Verde ou da Educação que avalizem as disposições do Caderno de Encargos que cuidam desse tema.

Pelas razões expostas, mantém-se o presente apontamento.

3.4.4. Ausência de cronograma físico-financeiro consolidado das intervenções obrigatórias, em infringência ao art. 23, parágrafo único, I da LF 8.987/1995.

Observa-se no Apêndice I do CEC a indicação dos marcos temporais referentes à execução das intervenções obrigatórias em cada parque (peça 17, fls. 20, 29, 52, 63, 76 e 86), o que caracteriza, de certo modo, cronogramas físicos de execução dos investimentos previstos para a concessão, caso esses marcos e prazo tenham de fato sido estimados com base em algum conhecimento técnico.

Por essa linha, considera-se necessária a consolidação desses dados em um único documento com a indicação das parcelas de investimento estimadas para a realização dessas intervenções, ilustrando, assim, a adequação desses marcos e prazos de execução física com as previsões de dispêndio financeiro sugeridos no PNR, nos moldes de um cronograma físico-financeiro, como exige pelo art. 23, parágrafo único, I da LF 8.987/1995.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 20/21 e peça 52, fls. 262/264):

A Secretaria de Governo trouxe resposta com o mesmo teor da oferecida pela SPP, resumida abaixo, consignando entender não ser necessário elaborar um novo documento para a apresentação do cronograma físico-financeiro, uma vez que o Plano de Necessidades e o PNR já possuem as informações que deveriam estar em forma de cronograma físico-financeiro.

A SPP resumiu sua resposta ao apontamento dessa forma:

- O plano de necessidades já delineia as intervenções obrigatórias, com prazos específicos para cada intervenção e parque, organizadas em quatro marcos temporais:
 - o Marco 1: 12 meses a partir da Ordem de Início
 - o Marco 2: 24 meses após a Ordem de Início

o Marco 3: 36 meses após a Ordem de Início

o Marco 4: 48 meses após a Ordem de Início

- As intervenções com prazos mais curtos (marco 1 e marco 2) são prioritárias para garantir a funcionalidade imediata e a atratividade dos parques. Intervenções de maior complexidade e custo (marcos 3 e 4) são programadas para os últimos anos, permitindo melhor gestão do fluxo de caixa e recursos financeiros.
- O Plano de Negócios Referencial já fornece informações sobre os valores dos investimentos previstos ao longo do tempo. As Tabelas 10 e 11 do PNR apresentam os valores dos investimentos obrigatórios nos primeiros quatro anos, discriminados por agrupamento e parque. A partir do quinto ano, são apresentados os valores de reinvestimento.

Análise da Coordenadoria:

Em que pesem os argumentos e explicações apresentados e o fato de o Plano de Necessidades e o PNR contemplarem as informações necessárias para compreensão da sequência de execução dos investimentos e do fluxo de caixa da concessão, reitera-se a necessidade de que essas informações sejam reunidas em um único documento nos moldes de um cronograma físico-financeiro para atendimento do art. 23, parágrafo único, I da LF 8.987/1995.

Pelo exposto, reitera-se o achado.

3.4.5. A participação do CMDP de forma supletiva, prevista no item 2.3 do CEC, carece de esclarecimentos quanto a sua abrangência e fundamentação legal.

No Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos da Concessionária, verifica-se a seguinte disposição (peça 16, fl. 11):

2.3. Caso os Planos e Projetos que devam ser submetidos à aprovação do PODER CONCEDENTE, conforme descrito nesta seção, não sejam aprovados num prazo de 3 (três) meses, contados da data de sua apresentação inicial pela CONCESSIONÁRIA, por motivo não imputável à CONCESSIONÁRIA, **poderá a CONCESSIONÁRIA enviar os Planos e Projetos para análise e mediação do CMDP, do processo de aprovação.** (Destaque nosso)

O referido item prevê a atuação do CMDP, Conselho Municipal de Desestatização e Parcerias, na análise e mediação do processo de aprovação de planos e projetos afetos à concessão,

quando estes não tenham sido aprovados pelo poder concedente no prazo de 3 meses. Consideramos que esta disposição não está clara em relação à forma de atuação do CMDP, pois resta dúvida se o Conselho teria poderes para decidir sobre a aprovação, agindo de forma supletiva ao poder concedente sobre aspectos que não seriam delegáveis. Sendo assim, além desta imprecisão quanto à sua abrangência, há ainda a necessidade de indicação do embasamento legal para essa atribuição do CMDP, suplantando prerrogativa do poder concedente.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 21 e peça 52, fls. 264/265):

Os esclarecimentos da SGM e da Nota Técnica sobre o ponto foram nos seguintes termos:

Esclarece-se que o CMDP, instituído pela Lei Municipal nº 16.651/2017, foi criado com a finalidade de gerenciar e supervisionar os processos de desestatização de bens e serviços previstos no Plano Municipal de Desestatização (PMD), os quais devem ser executados pela Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias, vinculada à Secretaria Municipal de Governo. Considerando que a aprovação de planos e projetos no âmbito de concessões integra a gestão contratual, e na ausência de aprovação pelo Poder Concedente, foi prevista a possibilidade de que o CMDP aprove, de forma supletiva, os planos e projetos apresentados pela Concessionária.

Em relação à aplicação desse mecanismo, cabe destacar que ele é aplicável exclusivamente em situações em que o Poder Concedente não aprove os planos e projetos no prazo de 3 (três) meses após sua apresentação, por motivo não imputável à Concessionária. Trata-se, portanto, de uma medida excepcional, prevista para garantir a continuidade da gestão contratual, evitando atrasos no cronograma devido a possíveis omissões por parte do Poder Concedente. Este mecanismo se torna ainda mais relevante, considerando as particularidades do Projeto, especialmente em relação ao seu prazo contratual.

Análise da Coordenadoria:

Como exposto na análise preliminar, considerou-se necessário esclarecimento quanto à disposição do item 2.3 do Caderno de Encargos da Concessionária (fl. 11 de peça 16 e de peça 63, última versão do edital republicado em 03.12.2024).

Nesta oportunidade, a Origem apenas reafirma o disposto no próprio item, aduzindo a excepcionalidade de sua aplicação e como justificativa evitar atrasos no cronograma de execução.

Contudo, não foi esclarecida a forma de atuação do Conselho Municipal de Desestatização e Parcerias (CMDP) na aprovação dos planos e projetos no âmbito da presente concessão, tampouco foi indicada a competência do órgão para decidir sobre a aprovação desses documentos técnicos durante a execução do contrato, ou seja, o embasamento legal para essa atribuição conferida ao CMDP, suplantando, a nosso ver, prerrogativa indelegável do poder concedente. Ainda que a celeridade dos procedimentos seja sempre desejável, não há como prever disposições contratuais incompatíveis ou sem o devido respaldo legal.

Ademais, depreende-se da LM 16.651/2017 que o CMDP é um órgão colegiado deliberativo sobre os projetos de desestatização no município, e não um órgão técnico integrante da estrutura organizacional da PMSP, com a atribuição, aptidão e recursos necessários para a análise e aprovação de projetos e planos no curso das concessões. Sendo assim, considerando a insuficiência dos esclarecimentos prestados pela Origem, notadamente quanto à indicação precisa do embasamento legal para essa atribuição conferida ao CMDP, reitera-se o presente achado.

3.4.6. Há impropriedade no subitem 20.8.3 do CEC ao fazer referência ao subitem 20.7.2 do mesmo anexo, inexistente.

Há referência no subitem 20.8.3 do CEC (peça 16, fl. 37) ao subitem 20.7.2, porém o subitem 20.7.2 não consta do referido anexo, havendo necessidade de correção do item referenciado para a compreensão da indigitada disposição.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 21 e peça 52, fls. 265/266):

A SGM informa:

Em atenção ao apontamento 3.4.6, esclarecemos que a impropriedade identificada foi adequada e referenciada no subitem 20.8.3 do Anexo III do Contrato - CEC de forma adequada. Nesses termos, o subitem 20.8.3 passa a vigorar com a seguinte redação:

20.8.3. A observação do subitem 20.8.2, 'a)', poderá ser realizada pelas avaliações das verificações in loco realizadas pelo VERIFICADOR INDEPENDENTE e pelas Pesquisas de Satisfação do USUÁRIO conforme descrito no ANEXO IV do CONTRATO – SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO e no item 40 deste ANEXO.”

A mesma informação consta da Nota Técnica de peça 52.

Análise da Coordenadoria:

Considerando a informação de que a impropriedade identificada no subitem 20.8.3 do Anexo III do Contrato - CEC foi ajustada, o que se verifica à fl. 36 da peça 63 (última versão do edital republicado em 03.12.2024), resta superado o presente achado.

3.4.7. Considera-se pertinente a fixação de período mínimo de funcionamento dos parques, em razão da possibilidade de alteração dos horários disposta no item 33.4 do CEC.

O item 33.4 do Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos da Concessionária (peça 126, fl. 53) dispõe que os horários de funcionamento dos parques podem ser alterados por novos Regulamentos de Uso conforme indicado no ANEXO VI do EDITAL – PLANO DE GESTÃO DOS PARQUES dos PARQUES. Considerando que os estudos e modelagens do projeto tiveram por base os horários de funcionamento atuais, e que a alteração dos horários repercute nas projeções de receitas, despesas e custos, entende-se pertinente a fixação de período mínimo de funcionamento dos parques, preservando também o direito de fruição dos espaços pelos usuários.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 21 e peça 52, fl. 266):

A Origem esclarece que “os horários de funcionamento dos Parques estão contemplados no Plano de Gestão dos Parques da Orla da Represa Guarapiranga”, segundo o qual “os horários de funcionamento dos Parques é das 06h00 às 19h00, com exceção do Parque Linear São José, cujo período de funcionamento é das 06h00 às 18h00.”.

Análise da Coordenadoria:

Os esclarecimentos apresentados pela Origem são insuficientes.

Isso porque o apontamento inicial feito pela Auditoria não se refere a uma falta de previsão de horário de funcionamento dos parques (que de fato existe), mas sim ao fato de não haver uma

previsão de período mínimo de funcionamento, entendido como a quantidade de horas em que o parque permanece aberto e disponível para a população.

Assim, apesar de haver disposição de horário do funcionamento dos parques, o supramencionado item 33.4 do Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos da Concessionária (peça 126, fl. 53), na forma em que atualmente redigido, permite que esse horário seja alterado, podendo, inclusive, haver uma diminuição do horário de funcionamento, o que repercutiria nas projeções de receitas, despesas e custos do projeto.

Por essa razão, deve ser mantido o achado em seus termos iniciais.

3.4.8. Há impropriedade nas disposições dos subitens 47.2 e 47.3 do Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos da Concessionária, por se mostrarem incompatíveis.

As disposições 47.2 e 47.3 do Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos da Concessionária (peça 16, fl. 77) se mostram incompatíveis, pois ambas disciplinam a entrega dos Relatórios de Operação e Gestão Anuais, porém de forma diversa, devendo então serem corrigidas.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 21/22 e peça 52, fls. 266/267):

A Origem assim se manifestou:

O Achado 3.4.8 corretamente aponta impropriedades contidas nos subitens 47.2 e 47.3 do Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos da Concessionária. Nesse sentido, optou-se por reformulá-los em somente um subitem para estabelecer um único prazo de entrega dos Relatórios de Operação e Gestão Anuais de 3 meses, bem como determinar a sua publicação em até 15 dias da elaboração do documento, em sítio eletrônico acessível pela internet.

Análise da Coordenadoria:

Diante da alteração promovida, considera-se superado o achado constante do Relatório Preliminar.

3.5. Achados Relativos à Análise de Vantajosidade da Concessão (“Value for Money”)

O item 3.3.5 da Nota Técnica Consolidada (peça 74, fls. 97/100 do TC 12.692/2023) dispõe sobre os “Benefícios da Concessão”. São citados benefícios qualitativos como “redução do tempo esperado para obras”, “sinergia entre construção, administração e operação”, “transferência de risco” e “outorga vinculada à qualidade do serviço”.

Também é apresentada uma análise *Value for Money* (VfM), que representa um estudo no qual se avalia quantitativamente a capacidade de um determinado projeto, usualmente uma PPP ou uma concessão, de produzir ganhos econômico-financeiros maiores em relação à gestão desse projeto pelo Poder Público, chamado de “método tradicional”, referente ao modelo tradicional de contratação pública (Lei nº 14.133/2021, por exemplo).

O processo para demonstrar o VfM é baseado em uma avaliação que compara os custos ou pagamentos a serem feitos pelo Poder Público para construir (Capex) e operar (Opex) um projeto sob diferentes métodos. Caso o resultado do VfM seja positivo, a PPP ou a Concessão mostram-se mais vantajosas que o “método tradicional”.

De acordo com o PNR e com a Nota Técnica, o Valor Presente Líquido (VPL) calculado pelo VfM foi de 197 milhões positivos, o que indica, segundo a SP Parcerias, que a alternativa da concessão se mostra financeiramente mais vantajosa do que a alternativa conduzida pelo Poder Público.

3.5.1. No cálculo do VfM do “método tradicional”, foram desconsiderados custos ligados ao estacionamento e aos passeios náuticos no Opex, mas foram incluídos no Capex, distorcendo as projeções de forma indevida.

Ao se calcular o VfM na conta Capex na parte assumida pelo Poder Público, “método tradicional”, utilizou-se o mesmo valor utilizado na modelagem da Concessão, ou seja, incluindo todas as reformas, novas intervenções e mobiliários. No entanto, na Nota Técnica (peça 74, fl. 99 do TC 12.692/2023) é descrito que no Opex foram desconsiderados os fluxos de caixa ligados às atividades de estacionamento e passeios náuticos:

Além dos valores já informados, utilizou-se para os custos de utilities, SPE e outros (funicular, atividade de interesse coletivo e V.I) os mesmos valores

estimados para a modalidade de concessão. O fato se deve pela especificidade das cotações envolvidas no cálculo destas atividades. Foram desconsiderados custos operacionais relacionados ao estacionamento, adestramento de cachorros e passeios náuticos, não remetendo a expertise do setor público municipal a operação desses itens.

Em que pese a justificativa da desconsideração (falta de “expertise” do poder público), tal fato indica que houve uma superestimação do Capex do Poder Público, uma vez que estão incluídos os investimentos com os estacionamentos e com os barcos utilizados nos passeios, atividades que não ficam a cargo do Poder Público, tanto que não foram consideradas no Opex. A Tabela 1 abaixo discrimina os valores dos investimentos que estão incluídos no Capex, mas que não deveriam constar no VfM.

Tabela 1: Valores de Capex incluídos no modelo “tradicional” VfM

Itens Retirados		
Parque	Equipamento	Valor
Núcleo Praia do Sol	Estacionamento	R\$ 591.000,00
Núcleo Atlântica	Estacionamento	R\$ 1.610.000,00
Barragem Guarapiranga	Barcos	R\$ 568.441,92
Núcleo Atlântica	Barcos	R\$ 568.441,92
Total		R\$ 3.337.883,84

Fonte: Planilha da Modelagem Econômico-financeira

Ao se excluir essas despesas em Capex da modelagem percebe-se uma diferença de R\$ 3,3 milhões no VfM.

Diante do exposto, entende-se indevida a inclusão de despesas com Capex ligadas às atividades de estacionamentos e barcos no modelo “tradicional”, uma vez que foram desconsideradas quanto ao Opex.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 22/23, peça 52, fl. 269):

A SGM aduz que:

O Achado 3.5.1 trata do CAPEX sob a ótica pública, que inicialmente considerava os custos com barcos e estacionamento. Como esses itens já haviam sido considerados no OPEX, foram excluídos do cálculo dos investimentos, resultando em uma redução de R\$ 5,3 milhões no CAPEX do cenário público.

Já a Nota Técnica da SPP esclarece que os respectivos valores com os barcos e o estacionamento foram excluídos do Capex. A Origem declara que de fato considerou os barcos

e o estacionamento nos itens do Capex, itens que não fariam parte da prestação direta promovida pelo Poder Concedente e por isso foram excluídos da modelagem do VfM.

Análise da Coordenadoria:

De acordo com o descrito pela Origem, foi apurado que de fato foram alterados os valores no Capex na modelagem econômico-financeira, tendo sido ajustada a modelagem de acordo com os novos parâmetros, portanto, o apontamento pode ser considerado superado.

3.5.2. No cálculo do VfM do “método tradicional”, foram utilizadas estimativas de custos de licitações e de necessidade de periodicidade de licitação injustificadas.

A Nota Técnica (peça 74, fl. 98 do TC 12.692/2023) ressalta que, no cenário em que não ocorre a concessão, “método tradicional”, o Poder Público terá que promover licitações para as atividades terceirizadas, tanto para o Capex quanto para o Opex.

Ao analisar a planilha da modelagem (documento nº 107669144, que faz parte no processo SEI nº 6011.2024/0000560-9 – cópia na nuvem do ETCM), identificou-se a necessidade de 37 licitações, 7 para obras em cada um dos parques e 30 para atividades terceirizadas de limpeza, segurança e vigilância, manutenção e seguros.

Para calcular o custo total dessas licitações, a Origem utilizou-se do valor unitário de R\$ 53.808,13 por licitação, cuja fonte é o Relatório de Avaliação do Uso de Sistema de Registro de Preços (SRP) nas Contratações de Tecnologia da Informação e da Comunicação (TIC) da Controladoria Geral da União (CGU) (peça 74, fl. 98 do TC 12.692/2023).

Cabe indicar que em nenhum ponto da Nota Técnica ou da planilha de modelagem é citada a necessidade de contratação de serviços de Tecnologia da Informação e da Comunicação. Tampouco consta na Nota Técnica qualquer justificativa para estimar os custos de contratações de serviços de limpeza, segurança e vigilância, manutenção e seguros com base em licitação de serviços de TIC.

Desse modo, a utilização de estimativas de custos de serviços de tecnologia da informação e da comunicação não se justifica para contratação de serviços de limpeza, segurança e vigilância,

manutenção e seguros, mostra razoável, além de indicar uma possível superestimação de despesas, devido à maior complexidade dos serviços de TIC.

Ademais, é preciso destacar que ao se verificar a página 20 do Relatório de Avaliação do Uso de SRP nas Contratações de TIC (citada pela Origem na nota de rodapé 52 da Nota Técnica (peça 74, fl. 98 do TC 12.692/2023) não há nenhuma indicação ao valor utilizado como referência nas licitações²².

Outro ponto importante que restou injustificado diz respeito à necessidade de periodicidade de novas licitações de 5 em anos conforme a modelagem do VfM.

De acordo com o art. 107 da Nova Lei de Licitações e Contratos, as contratações de serviços e fornecimentos considerados contínuos poderão ser prorrogadas de forma sucessiva em períodos de 10 anos.

Quando alterada a periodicidade da frequência das licitações na planilha de modelagem econômico-financeira para adequação à legislação de regência, observa-se uma redução de R\$200 mil no VPL do VfM.

Diante do exposto, conclui-se que a escolha da fonte de referência em relação ao custo das licitações e da periodicidade da frequência de licitações adotadas não está devidamente justificada.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 22/23, peça 52, fl. 269):

A Origem e a SGM indicam que a premissa para os custos de licitações, baseada em estudo da CGU, já foi utilizada em outros contratos analisados e aprovados pela Corte de Contas Municipal. Além disso, alega que conforme a Nova Lei de Licitações e Contratos (LF 14.133/2021), é permitido que os contratos de serviços e fornecimentos tenham uma vigência inicial de 5 anos, mas ressalta que existe a possibilidade de prorrogação pelo máximo de dez anos, mantendo a fonte e a periodicidade para as licitações no VfM.

²²Disponível em <https://eaud.cgu.gov.br/> (acesso em setembro de 2024).

Não foram aduzidos esclarecimentos quanto à utilização de estimativas de custos de serviços de tecnologia da informação.

Análise da Coordenadoria:

Diante do exposto, a utilização de estimativas de custos de serviços de tecnologia da informação e da comunicação não se justifica para contratação de serviços de limpeza, segurança e vigilância, manutenção e seguros, indicando uma possível superestimação de despesas, devido à maior complexidade dos serviços de TIC em relação aos serviços relacionados à concessão.

Ademais, o uso do prazo de 5 anos para a contratação também não se mostra razoável de acordo com a prática, em que a Origem na prestação direta de serviços ligados a parques usualmente contrata por mais de 5 anos, no caso utiliza o prazo máximo, 10 anos. Outro fato relevante é que no cálculo do VfM da PPP do parque Dom Pedro (Concorrência EC/003/2024/SGM-SEDP, SEI 6011.2023/000246-2 e e-TCM 20435/2024), foi utilizado o prazo de 10 anos para as licitações promovidas pelo Poder Concedente, o que indica inconsistência na modelagem e na justificativa expressa pela Origem.

Diante disso, mantém-se o achado 3.5.2, em função da ausência de justificativa em se utilizar valores de TIC para licitações relacionadas a serviços de limpeza, segurança e vigilância e pela falta de esclarecimento em relação ao uso do prazo de 5 anos na modelagem.

3.5.3. O cálculo do VfM adota quantitativos diferentes de vigilantes diurnos para simulação do “método tradicional” e do cenário da concessão sem qualquer justificativa.

Em relação à conta Segurança e Vigilância, a Nota Técnica (peça 74, fl. 98 do TC 12.692/2023) indica que no cálculo do VfM no “método tradicional”, assumiu-se como referência o Cadterc. No entanto, quanto à quantidade de funcionários a serem contratados, não há esclarecimentos.

Ao se verificar a planilha da modelagem (documento nº 107669144, que faz parte no processo SEI nº 6011.2024/0000560-9 – cópia na nuvem do ETCM), percebe-se que a quantidade de postos de trabalho nos parques no período diurno no “método tradicional” difere da quantidade no cenário da concessão. Verificou-se que a primeira foi calculada de forma proporcional à

metragem utilizada pelo público em cada parque, totalizando 41 postos, quantidade que representa mais que o dobro de postos de trabalho considerados para a modelagem da concessão, estimados em 20 na aba “Premissas_opex” da planilha da modelagem (documento nº 107669144, que faz parte no processo SEI nº 6011.2024/0000560-9 – cópia na nuvem do ETCM).

Ademais, ao se verificar as atuais contratações de serviços de vigilância em parques da SVMA, de acordo com os processos SEI nºs 6027.2023/0016051-0 e 6027.2021/0009567-7, os seis parques da Orla da Guarapiranga em funcionamento possuem atualmente 26 postos de trabalho diurnos na área da segurança.

A referida diferença faz com que os custos no “método tradicional” com postos de trabalho com segurança e vigilância diurna anuais (R\$ 7.180.437,33), representem quase o dobro dos custos estimados na modelagem da concessão (R\$ 3.955.619,21), representando uma diferença de R\$ 3.224.818. Substituindo esses valores no cálculo do VfM, levando-se em consideração a curva do Opex e a taxa de desconto de 6,71%, a alteração do VPL do VfM registra R\$ 32 milhões desfavoráveis à alternativa da concessão.

Diante do exposto, conclui-se que a adoção de diferentes quantitativos de vigilantes noturnos é desarrazoada e injustificada, contribuindo para a distorção do VfM.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 23 e peça 52, fl. 269):

A Origem e a SGM acataram as recomendações da auditoria e alterou o número dos postos de trabalho para vigilantes, resultando em “uma redução de R\$ 27,8 milhões em VPL no OPEX para Segurança e Vigilância do Cenário Público”.

Análise da Coordenadoria:

De acordo com o descrito pela Origem, foi apurado que de fato foram alterados os valores no número de postos de trabalho ligados à vigilância na modelagem econômico-financeira.

Portanto, o apontamento pode ser considerado superado.

3.5.4. O cálculo do VfM adota fontes de estimativa de custos de “manutenção de áreas verdes” desarrazoadas e injustificadas, tanto no “método tradicional” quanto no cenário da concessão.

Ao se verificar na planilha de modelagem a conta “Manutenção” no cálculo do VfM, percebe-se que ela representa as despesas com “manutenção de áreas verdes”.

De acordo com a planilha da modelagem (documento nº 107669144, que faz parte no processo SEI nº 6011.2024/0000560-9 – cópia na nuvem do ETCM), a despesa com “manutenção de áreas verdes” nos parques, no “método tradicional”, resulta em R\$ 5,6 milhões ao ano, multiplicando-se a metragem da Área de Manejo (425.826 m²) pelo custo do serviço por m² (R\$ 13,17/m²).

A dúvida reside na fonte utilizada para a obtenção desse custo de R\$ 13,17/m². A Tabela 49 da Nota Técnica (peça 74, fl. 98 do TC 12.692/2023) indica como fonte desse valor “CEUs”, sem maiores detalhamentos. Já no corpo de texto da própria Nota (peça 74, fl. 99 do TC 12.692/2023), bem como na planilha de modelagem (aba VFM), as fontes indicadas são “SPTrans”, ambas sem quaisquer detalhamentos além de “áreas verdes adjacentes aos terminais”.

Além da falta de detalhamento com relação às fontes de estimativa de custos, registre-se que a utilização de dados de contratos nas áreas da educação e de transporte como fontes para o serviço “manutenção de áreas verdes” é injustificada porque não existe ponto de semelhança entre o manejo de área verde de uma escola ou “adjacente a terminal de ônibus” e de um parque. Além disso, é incompreensível a escolha de contratos geridos por outros órgãos como parâmetros de estimativa de custos no contexto de um edital em que a SVMA, órgão responsável e gestor dos contratos de manutenção dos parques urbanos, figura como poder concedente.

Não obstante, para a “manutenção de áreas verdes” no modelo de concessão, aba “Premissas Opex” da planilha de modelagem, observa-se que foi utilizado um valor inferior quanto a esse parâmetro, com o custo por metro quadrado utilizado de R\$ 1,005, mais de 12 vezes inferior ao utilizado para o “método tradicional”. A fonte citada para esse número é “Cadterc Limpeza” de março de 2023.

Em consulta ao Caderno “Prestação de Serviços de Limpeza, Asseio e Conservação Predial - 2023”²³, verificou-se que há precificação por metro quadrado de “Pátios e áreas verdes”. No entanto, do mesmo modo que no “método tradicional”, não está justificada a utilização dessa fonte para um parque urbano. Ao se utilizar o custo da modelagem da concessão, de R\$ 1,005, no VfM, observa-se uma diferença negativa de R\$ 54,828 milhões no VPL do VfM.

Diante do exposto, conclui-se que injustificada e incompreensível a escolha das variáveis do cálculo com as despesas com “manutenção de áreas verdes” no VfM.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 23 e peça 52, fl. 270):

A Origem e a SGM informam que a fonte sobre os custos de “manutenção de áreas verdes” foi alterada nos moldes do cenário concessão, ou seja, utilizando-se o CadTerc como referência, “que resultou em uma redução de R\$ 54,8 milhões em VPL no OPEX para Manutenção do cenário tradicional”.

Análise da Coordenadoria:

De acordo com o descrito pela Origem, foi apurado que de fato foram alterados os valores nos custos de “manutenção de área verdes” na modelagem econômico-financeira.

Portanto, o apontamento pode ser considerado superado.

3.5.5. No cálculo do VfM do “método tradicional” foi utilizada fonte de valores de custos para “limpeza de áreas verdes” que não se mostra razoável.

Na modelagem do VfM, no “método tradicional”, a Nota Técnica informa que para a “limpeza de áreas verdes” foram utilizados como referência valores do “aditamento do contrato da SVMA, de 2018, nº 005/SVMA/2018”, sem maiores detalhamentos do objeto dessa contratação, somente a afirmação que a área desse contrato seria a do Parque Ibirapuera. Esse valor seria de R\$ 10,50 por m², conforme Tabela 49 da Nota Técnica (peça 74, fl. 98 do TC 12.692/2023).

²³ Disponível em <https://compras.sp.gov.br/agente-publico/cadterc/> (acesso em setembro de 2024).

No entanto, após pesquisa, verificou-se que o Contrato nº 005/SVMA/2018 tem como objeto a “Aquisição de frutas, legumes e ovos necessários para a alimentação dos animais atendidos pela Divisão de Medicina Veterinária da SVMA”, documento nº 7739755 do processo 6027.2017/0000646-4, fonte que não se mostra razoável para a estimativa de “limpeza de áreas verdes”.

Além disso, tendo em vista o item anterior, ressalta-se que a Origem deve especificar como entende a diferença entre os serviços “manutenção de áreas verdes” e “limpeza de áreas verdes”, sendo que utilizou o item do Caderno de Limpeza do Cadterc para “manutenção de áreas verdes”, e outra fonte para este item de custo “limpeza de áreas verdes”. Destaque-se que atualmente ambas atividades estão abarcadas nos contratos padrão para todos os parques da SVMA com o objeto “manejo e conservação de áreas verdes”, a exemplo Contrato nº 003/SVMA/2022 (documento nº 059884791 do processo SEI nº 6027.2021/0012483-9 – Termo de Referência constante no documento nº 053837867 do mesmo processo).

Diante do exposto, as fontes utilizadas para a estimativa de despesas com “limpeza de áreas verdes” no Vfm são inadequadas e contribuem para a distorção das projeções.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 23 e peça 52, fls. 270):

A SGM alega que corrigiu a referência ao contrato utilizado e que:

Ademais, há uma questão envolvendo o termo de aditamento de contrato. O número do termo de aditamento (005/SVMA/2018) utilizado na premissa de limpeza e conservação de áreas verdes, no valor de R\$ 7.335.295,11, após um reajuste de 21,15%, corresponde ao mesmo número do contrato citado pelo TCM, embora se trate de contratos distintos, com objetos e valores diferentes. Após essa explicação, decidiu-se alterar a fonte, adotando a mesma referência do cenário de concessão, o que resultou em um aumento de R\$ 47,9 milhões no VPL do OPEX para Limpeza no cenário tradicional.

A SPP declara que de fato a fonte utilizada como base para o cálculo dos custos de “limpezas de áreas verdes” estava errada. A referência correta seria o documento encontrado no SEI sob o número 6027/2017/0000169-1 e tem como objeto a prestação de serviços técnicos de manejo e conservação para o Parque do Ibirapuera, compreendendo a execução dos serviços e

fornecimento de materiais de limpeza, conforme especificado no Anexo II do edital, disponível no mesmo SEI, no documento 4217557.

Acrescenta que alterou a fonte utilizada como base do cálculo, que seria o próprio custo de “limpeza e manejo” utilizada na modelagem da concessão, o que fez com que as despesas com “limpeza e manejo”:

Esclarecida a referência, optou-se por, ainda assim, alterar para a mesma fonte do cenário da concessão. Dessa maneira, é considerada não apenas a limpeza de áreas verdes, mas a limpeza geral da área da concessão com os mesmos valores, que resulta em um aumento de R\$ 47,9 milhões em VPL no OPEX para Limpeza do cenário tradicional

Esclarecida a referência, optou-se por, ainda assim, alterar para a mesma fonte do cenário da concessão. Dessa maneira, é considerada não apenas a limpeza de áreas verdes, mas a limpeza geral da área da concessão com os mesmos valores, que resulta em um aumento de R\$ 47,9 milhões em VPL no OPEX para Limpeza do cenário tradicional.

Análise da Coordenadoria:

Apesar de ter admitido o erro em relação à fonte das despesas com limpeza, a nova modelagem do VfM utilizou uma fonte diferente da primeira utilizada e da definida na Nota Técnica (peça 74, fl. 65 do TC 12.692/2023). O valor apresentado nesta oportunidade, representa o total com despesas com limpeza e manejo do PNR, o que não condiz ao que foi estipulado no VfM, em que se previam apenas despesas com “limpeza de áreas verdes”, sem considerar as despesas com limpeza, que seriam lícitas.

O impacto financeiro de tal alteração foi uma diferença de R\$ 47,9 milhões no VPL, uma vez que a despesa com limpeza aumentou de 1,874 milhões para 5,79 milhões. Tal fato pode ser apurado na planilha de modelagem econômico-financeira.

Diante do exposto, a alteração promovida demonstrou ser ainda mais prejudicial que a situação inicial, uma vez que não representa as despesas com limpeza de áreas verdes, mas sim despesas com limpeza em geral, ou seja, houve a troca de uma espécie por um gênero de despesa, motivo pelo qual reitera-se o achado.

3.5.6. No cálculo do VfM, houve inclusão indevida de despesas com Verificador Independente no “método tradicional”.

Na modelagem do VfM, no “método tradicional”, a conta “Outros” do Opex da planilha da modelagem é composta por 3 itens, quais sejam, as despesas com o parque escola, com funicular e com o verificador independente, como descrito na Nota Técnica ²⁴(peça 74, fl. 98 do TC 12.692/2023).

Ocorre que a obrigação de contratação de verificador independente ocorre somente no regime da concessão e não na operação e gestão dos parques de forma direta pela Administração Pública, “método tradicional”. Assim, tem-se uma superestimação da conta do Opex “Outros”.

Ao subtrair as despesas com verificador independente da modelagem do VfM do “método tradicional”, percebe-se uma diferença negativa de R\$ 7,932 milhões no VPL do VfM.

Diante do exposto, entende-se indevida a inclusão das despesas com verificador independente no Opex do “método tradicional” do VfM.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 23 e peça 52, fl. 271):

A SPP e SGM declararam que promoveram a retirada do valor inconsistente no Opex do “modelo tradicional”, “resultando em uma redução de R\$ 7,9 milhões em VPL”.

Análise da Coordenadoria:

De acordo com o descrito pela Origem, foi apurado que de fato foram alterados os valores nos custos com Verificador Independente na modelagem econômico-financeira.

Portanto, o apontamento pode ser considerado superado.

²⁴ Na Nota Técnica, fl. 99, fala-se em “atividade de interesse coletivo”, mas na planilha da modelagem consta “Parque Escola”.

3.5.7. No cálculo do VfM verificou-se que foram consideradas indevidamente despesas de Capex no cenário da concessão.

Como é sabido, o método do VfM busca comparar as vantagens da alternativa concessão para o ente público em relação à alternativa em que o Poder Público administra os parques.

Como as receitas e os gastos são auferidos durante o decorrer dos anos, faz-se uso da técnica do VPL, portanto, o VfM nada mais é do que a diferença entre o VPL do fluxo de caixa da concessão obtido pelo Poder Público subtraído do VPL do fluxo de caixa quando ele mesmo operacionaliza os parques. Diante do exposto na aba “VfM” planilha de modelagem aba “VfM” – a planilha da modelagem (documento nº 107669144, que faz parte no processo SEI nº 6011.2024/0000560-9 – cópia na nuvem do ETCM), foi formulado o seguinte modelo:

$$\begin{aligned} VfM &= VPL(Concessão) - VPL(Operação sob controle público) \\ &= VPL(Outorgas + Receitas ISS + Capex) - VPL(-Capex - Opex + Receitas dos Parques) \\ &= VPL(Outorgas + Receitas ISS + 2xCAPEX + OPEX - Receitas dos Parques) \end{aligned}$$

Como se pode ver, existe uma dupla contagem do Capex na modelagem do VfM, uma vez que ele é contabilizado no VPL da operação do ente público, já que representaria de fato os desembolsos que o ente público teria ao operacionalizar os parques (através de licitações e contratações comuns), mas também no VPL da concessão, o que não se mostra razoável, já que quando o ente público concede os parques da Orla do Guarapiranga, ele não incorre em despesas com Capex, que passam a ser encargos da concessionária, e por isso não deveriam ser adicionados à análise no fluxo da Concessão.

Segue abaixo um *printscreen* da aba “VfM” da planilha da modelagem, no qual está destacado que existem duas linhas representando a inclusão dos mesmos valores de Capex no modelo, um na parte do VPL do cenário da concessão e outro no VPL do “método tradicional”, cenário em que a Origem fica com os encargos do Parque Guarapiranga.

Figura 2: Printscreen da planilha de Modelagem Econômico-financeira, duplicidade do “Capex” no Vfm

			2023	2024	2025	2026	2027	2028	2029
			% Vfm	0	1	2	3	4	5
			VPL Vfm (R\$ MM)						
Público	VPL (R\$ Mil)	R\$ 129.953	R\$ 197,0	R\$ 25.403	R\$ 20.027	R\$ 13.926	R\$ 22.557	R\$ 7.267	R\$ 7.428
CAPEX		R\$ 35.363		R\$ 4.407	R\$ 9.779	R\$ 8.780	R\$ 15.290	R\$ 0	R\$ 0
Capex Infra		R\$ 34.986		R\$ 4.030	R\$ 9.779	R\$ 8.780	R\$ 15.290	R\$ 0	R\$ 0
Licitação		R\$ 377		R\$ 377					
OPEX	Área	R\$ 300.820		R\$ 24.745	R\$ 24.583	R\$ 24.583	R\$ 28.374	R\$ 28.374	R\$ 28.536
Licitação		R\$ 1.013		R\$ 215	R\$ 54	R\$ 54	R\$ 54	R\$ 54	R\$ 215
Limpeza áreas verdes	281200	R\$ 22.910		R\$ 1.874	R\$ 1.874	R\$ 1.874	R\$ 2.164	R\$ 2.164	R\$ 2.164
Segurança e Vigilância		R\$ 187.581		R\$ 15.347	R\$ 15.347	R\$ 15.347	R\$ 17.719	R\$ 17.719	R\$ 17.719
Utilities		R\$ 4.881		R\$ 399	R\$ 399	R\$ 399	R\$ 461	R\$ 461	R\$ 461
Manutenção	425826	R\$ 59.361		R\$ 4.857	R\$ 4.857	R\$ 4.857	R\$ 5.607	R\$ 5.607	R\$ 5.607
Outros		R\$ 25.075		R\$ 2.052	R\$ 2.052	R\$ 2.052	R\$ 2.369	R\$ 2.369	R\$ 2.369
Receitas		-R\$ 206.231		-R\$ 3.749	-R\$ 14.335	-R\$ 19.437	-R\$ 21.107	-R\$ 21.107	-R\$ 21.107
Receitas		-R\$ 206.231		-R\$ 3.749	-R\$ 14.335	-R\$ 19.437	-R\$ 21.107	-R\$ 21.107	-R\$ 21.107
Concessão	VPL (R\$ Mil)	-R\$ 67.034		-R\$ 5.041	-R\$ 11.853	-R\$ 11.479	-R\$ 18.753	-R\$ 3.259	-R\$ 3.259
FC		-R\$ 67.034		-R\$ 5.041	-R\$ 11.853	-R\$ 11.479	-R\$ 18.753	-R\$ 3.259	-R\$ 3.259
Outorgas		-R\$ 5.773		-R\$ 343	-R\$ 353	-R\$ 460	-R\$ 759	-R\$ 556	-R\$ 556
ISS		-R\$ 26.275		-R\$ 668	-R\$ 1.721	-R\$ 2.239	-R\$ 2.703	-R\$ 2.703	-R\$ 2.703
Capex		-R\$ 34.986		-R\$ 4.030	-R\$ 9.779	-R\$ 8.780	-R\$ 15.290	R\$ 0	R\$ 0

Dupla contagem do CAPEX, VPLs distintos, valores iguais.

Fonte: SP Parcerias e modificado pela auditoria.

Vale ressaltar que na Figura 10 da Nota Técnica (peça 74, fl. 100 do TC 12.692/2023), o “Capex” no cenário da concessão foi denominado “Bens reversíveis”, o que não se mostra adequado, porque os investimentos a serem feitos não se resumem a bens reversíveis, já que muitos tratam de reformas e restauros em equipamentos que já existem, como quadras esportivas, entre outros.

Caso não ocorresse a inclusão das despesas com Capex no cenário da concessão, ocorreria uma redução de R\$ 34,9 milhões no Vfm.

Diante do exposto, entende-se inadequada a dupla contagem do Capex na modelagem.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 23 e peça 52, fls. 271):

A Origem declarou que promoveu a retirada do valor duplicado do Capex no “modelo tradicional”.

Análise da Coordenadoria:

De acordo com o descrito pela Origem, foi apurado que de fato foram alterados os valores nos custos com Capex da modelagem econômico-financeira.

Portanto, o apontamento pode ser considerado superado.

3.5.8. No cálculo do VfM, há ausência de detalhamento das fontes para os valores utilizados de receitas da atividade “cessão de uso de espaço”.

Segundo observação da própria Nota Técnica (peça 74, fl. 99 do TC 12.692/2023), para a simulação da receita para a atividade “cessão de uso de espaço” no “método tradicional” foram considerados “os valores definidos pela SVMA”, sem maior detalhamento da fonte desses dados.

A avaliação da projeção das receitas para o cenário de concessão, por sua vez, encontra-se no item 3.6.2 deste relatório, através de dados da concessionária do 1º lote de parques concedidos pela PMSP, Urbia Gestão de Parques SPE. No entanto, a indicação da fonte dos valores utilizados é simplesmente “processo SEI nº 6027.2021/0004123-2”, sem indicação de qual documento desse processo (que possui 5 volumes), foram retiradas as informações. Ressalta-se que esse processo é referente a um pleito da concessionária à municipalidade de reequilíbrio econômico-financeiro, que foi rechaçado conforme decisão do Grupo de Trabalho Intersecretarial de Análise de Reequilíbrio Econômico (documento SEI nº 093092241, presente na pasta V – 5º volume do citado processo).

Além disso, no caso da concessão foi considerado o “*ramp-up*” das receitas, o que não ocorreu no caso do “método tradicional”. Considera-se que, havendo propósito de ampliação de novas fontes de receitas nos parques, não se justificaria apresentar o estudo sem considerar esse incremento para as duas formas de contratação, notadamente para fins de comparação dos resultados entre os modelos.

Desta forma, conclui-se que as premissas e valores considerados no cálculo das receitas do estudo do *Value for Money* carecem de detalhamento.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 23 e peça 52, fl. 271):

A SGM indicou que:

O Achado 3.5.8 questiona a fonte dos valores utilizados para receitas de "cessão de uso de espaço" no cenário público. A fonte utilizada é o Decreto nº 62.087/23, que estabelece os preços dos serviços prestados pelas unidades da Prefeitura. Os valores foram ajustados para refletir os preços atuais da Prefeitura, com as áreas de cessão de uso permanecendo as mesmas em ambos os cenários. A receita de "adestramento pet" foi excluída do cenário público, e as receitas permanecem inalteradas.

Já a Nota Técnica da SPP explicou como foi feita a modelagem das receitas relacionadas com "cessão de uso de espaço":

O achado 3.5.8 questiona a fonte para os valores utilizados de receitas de atividade "cessão de uso de espaço" no cenário público. Tem-se que a fonte utilizada é o decreto nº 62.087, que determina os valores dos preços em 2023 de serviços prestados por unidades da Prefeitura. Na linha "demais parques – áreas do parques" é possível observar os valores por metragem e por dia de evento, de forma a determinar R\$4,60 para área superior a 5.000 metros quadrados, R\$6,0 para área entre 3.000 e 5.000 metros quadrados, R\$ 7,0 para área entre 1.000 e 3.000 metros quadrados e R\$12,60 para área inferior a 1.000 metros quadrados.

As áreas para cessão de uso se mantiveram as mesmas em ambos os cenários, alterando apenas o preço do cenário público para estar em conformidade com os valores atuais da Prefeitura. Destaca-se também que não há previsão de "ramp-up" para este item de receitas, uma vez que a contagem de visitantes é considerada exclusivamente nos itens "máquinas de vendas", "ticket esportes radicais" e "adestramento pet". No cenário público, mantêm-se os números de visitantes, exceto para a receita de "adestramento pet", que não foi incluída nesse cenário. Esclarecida a justificativa, as receitas do cenário público permaneceram inalteradas.

Análise da Coordenadoria:

De acordo com o explicado pela Origem, ficam esclarecidas as fontes utilizadas na projeção de receitas com "cessão de uso de espaço".

Diante disso, o apontamento pode ser considerado superado.

3.5.9. No cálculo do VfM, verificou-se a ausência de indicação de fonte de algumas premissas, levando, por exemplo, à adoção de taxa de *spread* subestimada.

No cálculo do VfM, tanto para o "método tradicional", quanto para o cenário da concessão foi utilizada como taxa de desconto a previsão do CDI para 2026 de 9.15% a.a., acrescentada por um *spread* de 1,25% a.a. e ajustada pela previsão do IPCA de 3,5% a.a. Nenhuma dessas

premissas teve sua fonte informada na Nota Técnica (peça 74, fl. 99 do TC 12.692/2023) ou na aba “VfM” da planilha da modelagem (documento nº 107669144, que faz parte no processo SEI nº 6011.2024/0000560-9 – cópia na nuvem do ETCM),

Ressalta-se que ao comparar a modelagem da taxa de desconto do VfM com a taxa de desconto da modelagem econômico-financeira da concessão, percebe-se uma diferença no *spread* utilizado entre as modelagens.

No modelo da concessão utilizou-se um *spread* de 2,3% a.a., cuja fonte indicada na planilha de modelagem é uma linha de crédito subsidiada pelo BNDES “Demais Projetos”, e, portanto, já considerada reduzida em relações aos *spreads* oferecidos pelo mercado em geral, indicando uma subestimação na taxa de *spread* utilizada no VfM.

Ao substituir o *spread* de 1,25% a.a. por uma taxa de 2,3% a.a., tal qual a utilizada no cenário da concessão, a taxa de desconto do VfM passa a ser 7,76%. O aumento na taxa de desconto faz com que o VPL do VfM reduza 8,8 milhões de reais.

Destaca-se que o *spread* serve para remunerar o risco oferecido em uma operação e o fato dele ser inferior ao que foi utilizado no cenário concessão não é razoável.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 23 e peça 52, fl. 272):

A SGM aduz que:

O Achado 3.5.9 questiona a ausência de indicação da fonte para as previsões do CDI, *spread* e IPCA. Essas previsões foram elaboradas com base nos custos de oportunidade da Prefeitura, considerando títulos da municipalidade estruturados a uma taxa de CDI + 1,25%, conforme o contrato de subempréstimo nº 0519.642-52. A remuneração do CDI foi projetada com base na Expectativa de Longo Prazo do Bradesco, de 9,15% a.a., descontada a inação de longo prazo do IPCA, que é de 3,50%, resultando em uma taxa de remuneração anual de 6,71%.

Já a Nota Técnica da SPP explicou como foi feito o cálculo da taxa de desconto do VfM:

O item 3.5.9 indica que há uma ausência de indicação de fonte para previsão do CDI, para o *spread* e para a previsão do IPCA. Cabe esclarecer que essas previsões foram formuladas considerando o custo de oportunidade da Prefeitura da Cidade de São Paulo, com base em títulos da dívida da municipalidade estruturados a uma taxa de CDI + 1,25%. O componente de 1,25% refere-se ao *spread* especificado no contrato de subempréstimo nº 0519.642-52, vinculado à

segunda fase – 2º etapa do Programa Nacional de Apoio à Gestão Administrativa e Fiscal dos Municípios Brasileiros (PNAFM), firmado em outubro de 2018. A remuneração do CDI (2026) foi projetada com base na Expectativa de Longo Prazo do Bradesco, estimada em 9,15% a.a., descontada da inflação de longo prazo referenciada pelo IPCA FOCUS em 3,50%. Com isso, o CDI real acrescido do spread resulta em uma taxa de remuneração anual de 6,71%.

Análise da Coordenadoria:

De acordo com a Origem e a SPP, no cálculo do VfM, tanto para o “método tradicional”, quanto para o cenário da concessão, foi utilizada como taxa de desconto a previsão do CDI para 2026 de 9,15% a.a., acrescentada por um *spread* de 1,25% a.a., cuja fonte foi o Contrato De Subempréstimo nº 0519.642-52 no âmbito da 2ª Etapa do Programa Nacional de Apoio à Gestão Administrativa e Fiscal dos Municípios Brasileiros - PNAFM, de outubro de 2018 e ajustada pela previsão do IPCA de 3,5% a.a. Todas referenciadas na Nota Técnica (peça 52, fl. 272).

O principal problema no cálculo da taxa de desconto foi o uso do *spread* de 1,25% a.a. Ele foi retirado de contratos do PNAFM de outubro de 2018, ou seja, ele oferece uma margem que era válida há 6 anos. Atualmente, sabe-se que estamos em outra conjuntura econômica, com uma curva de juros futuro com taxas consideravelmente maiores em função de um risco fiscal, por parte dos entes federativos. Ademais, o PNAFM foi encerrado em sua terceira fase no ano de 2018, ou seja, utilizou-se um spread de um programa de crédito que não está mais vigente, ou seja, que não representa uma realidade de linha de crédito para o Poder Concedente hoje.

Diante do exposto, fica evidente que o uso de um spread de 1,25% a.a. proveniente do PNAFM de 2018 mostra-se desatualizado, portanto, deveria ser revisto. Tal fato indica que a taxa de desconto utilizada no VfM não se mostra razoável.

Assim, reitera-se o Achado.

3.5.10. A modelagem do VfM está comprometida, com uma distorção no VPL de magnitude mínima de 113 milhões de reais, discrepâncias em todos os componentes básicos de um modelo de avaliação e ausência de transparência.

Ao se somar todas as diferenças de valor no VPL calculado nos achados desse item 3.8 obtém-se uma redução acumulada de R\$ 113 milhões em relação ao valor informado do benefício da

concessão, R\$ 197 milhões (peça 74, fls. 100). Segue abaixo a tabela com a soma, na qual se obtém o respectivo valor total.

Tabela 2: Alterações no VPL do VfM

Achado	Conta	Achado	Impacto no Value for Money
3.8.1	CAPEX	Inclusão de investimentos ligados aos estacionamentos e aos passeios náuticos.	-R\$ 3.337.883,84
3.8.2	OPEX - Licitações	Frequência de 5 anos nas licitações.	-R\$ 200.000,00
3.8.3	OPEX - Segurança e Vigilância	Superestimação na quantidade de funcionários na segurança diurna.	-R\$ 3.224.818,00
3.8.4	OPEX - Manutenção	Superestimação nas despesas com manutenção de áreas verdes.	-R\$ 54.828.000,00
3.8.6	OPEX - Outros	Inclusão do Verificador Independente na modelagem.	-R\$ 7.932.000,00
3.8.7	CAPEX	Inclusão de 2 CAPEX.	-R\$ 34.986.000,00
3.8.9	Taxa de Desconto	Subestimação no <i>spread</i> da taxa de desconto	-R\$ 8.798.000,00
	Total		-R\$ 113.306.701,84

Fonte: Elaboração própria

Vale observar que este valor de R\$ 113 milhões representa uma redução mínima no VPL do VfM, ou seja, que poderia ser bem maior, isso porque não foi possível avaliar se as receitas com cessão de uso estão subavaliadas, em decorrência da ausência de detalhamento nas fontes para o cálculo desse tipo de receita, achado 3.6.2. que representa a fonte de faturamento mais material na modelagem do VfM (71,5% da receita total).

Diante de todos os achados encontrados, conclui-se que toda a modelagem do VfM está comprometida, com uma distorção no VPL de magnitude mínima de R\$ 113 milhões de reais, discrepâncias em todos os componentes básicos de um modelo de avaliação (receitas, custos e taxa de desconto) e ausência de transparência nas premissas. De acordo com a magnitude, em função do seu alto valor, e generalização, em função de afetar inúmeras contas, a decisão de se conceder os parques da orla do Guarapiranga indicada pelo VfM torna-se sem justificativa.

Manifestação Prévia da Origem (peça 52, fl. 301):

A SGM não se manifestou quanto ao achado.

Já a SPP se manifesta declarando que após feitas alterações no modelo VfM, foi alcançada uma vantagem financeira de R\$113,9 milhões, o que contrasta com a vantagem calculada anteriormente pela auditoria anteriormente de R\$ 83,7 milhões de reais, obtida subtraindo os R\$ 113,30 milhões (calculado na tabela 2) e do valor do VfM informado na Nota Técnica (peça 74, fl. 100 do TC 12.692/2023), cujo valor foi de R\$ 197 milhões.

Ademais, a Origem declara que apesar do VfM ter dado positivo, achados sobre VfM não podem ser impeditivos para a realização da concessão, uma vez que o VfM não constitui requisito para a escolha da concessão. Isso porque a decisão de desestatização é uma atribuição da Administração Pública, fundamentada em documentos técnicos e jurídicos que demonstram a oportunidade e conveniência da concessão.

Análise da Coordenadoria:

Avaliando os achados relativos à análise de Vantajosidade da Concessão (“Value for Money”), entre os achados 3.5.1 a 3.5.8, apenas os achados 3.5.2 e 3.5.5 não foram superados.

Em relação ao achado 3.5.2, apura-se uma diferença no VPL de R\$ 200.000,00 e em relação ao achado 3.5.5 apura-se uma diferença no VPL de R\$ 47,914 milhões, portanto, no total a diferença desses achados no VPL do VfM seria de R\$ 48,114 milhões negativos. Por fim, o valor do VfM seria de R\$ 65,78 milhões, ainda positivo, resultado da diferença dos R\$ 113,9 milhões com os R\$ 48,114 milhões, o que indica que a vantagem financeira da concessão é muito inferior ao calculado pela Origem.

Em relação ao posicionamento da Origem sobre VfM não constituir um requisito para a concessão, de acordo com o Anexo Único da Portaria-TCU N°119, de 28 de Junho de 2024 – Referencial para Controle Externo de Concessões e Parcerias Público-Privadas, a análise da vantajosidade econômica é denominada de análise custo-benefício e tem a seguinte definição:

“A análise custo-benefício é uma ferramenta-chave usada na dimensão econômica. Esta técnica compara os custos e benefícios totais. Isso permite avaliar se os benefícios do projeto superam seus custos, gerando prosperidade à

sociedade ou, alternativamente, se o projeto apresenta custos superiores aos benefícios.”

Para o TCU, a análise custo-benefício deve ser avaliada pelo controle externo uma vez que a escolha de uma demanda pública deve ser criteriosa e transparente, dessa forma mitigando riscos de captura e corrupção em projetos públicos. Diante desse fato, reitera-se o papel do controle externo na análise do VfM ao tentar impedir as oportunidades de rendas ilícitas:

A escolha da melhor alternativa para atender a uma demanda pública deve ser um processo criterioso e transparente. É crucial avaliar se as justificativas utilizadas para fundamentar a concessão ou a PPP demonstram, de forma transparente, quais foram as opções levantadas e os critérios utilizados para a decisão. A avaliação da justificação do projeto também mitiga o risco de captura e corrupção em projetos públicos.

A preconcepção de soluções sem avaliação de alternativas pode levar à má alocação de recursos, além da captura de interesses, o que representa um desafio significativo no processo de escolha e construção de projetos de investimento a ser realizados durante cada legislatura. Esse fenômeno, conhecido na literatura “Pork Barrel”, descreve alocação de recursos governamentais em projetos específicos, muitas vezes destinados exclusiva ou predominantemente a beneficiar determinada região governada ou com o potencial de influenciar votos (Cruz e Sarmiento, 2022)

[...]

É sempre importante ter em mente a questão do custo oportunidade. A implantação de determinada alternativa exclui as demais. Assim, “para avaliar a viabilidade técnica, econômica e ambiental de um projeto, um rol adequado de alternativas deve ser previamente considerado e comparado.

Ademais, o TCU preconiza a verificação da consistência nas premissas da análise benefício-social, que devem se basear em evidências técnicas robustas, para assegurar que os projetos apresentem bom valor pelo recurso aplicado, diante disso justificam-se os achados 3.5.1 a 3.5.9:

Um dos pilares do M5D é a análise objetiva dos custos-benefícios para selecionar a opção mais vantajosa para sociedade. De acordo com a OCDE (2017), os governos devem assegurar que os projetos representem o bom valor pelo recurso aplicado. O conceito de valor pelo dinheiro (VfM) busca englobar os interesses do cidadão, os pagadores de impostos e os benefícios dos serviços públicos.

Os tomadores de decisão devem priorizar os projetos de forma que seja gerado o máximo retorno de retorno para a sociedade. Essa lógica é aplicável tanto para as obras públicas quanto para as concessões e as PPPs. Assim a seleção e a priorização de projetos devem ser baseadas em evidências técnicas robustas,

afastando-se justificativas com argumentos vagos, sem demonstração clara da real vantagem.

Nesse sentido, é crucial que os auditores avaliem quais foram os critérios socioeconômicos que demonstram os benefícios do projeto serem superiores aos custos impostos à sociedade. O TCU tem reconhecido a importância do tema em decisões relevantes, nos últimos anos.

Outro ponto importante é o que o TCU denomina de “viés do otimismo”, em que os projetos tendem a sofrer pelo excesso de otimismo em relação aos custos, aos prazos e aos resultados esperados. Em um cenário como esse, torna-se necessário corrigir essa tendência por meio de ajustes para compensar esse viés:

De acordo com o guia *Five Case Model*, tanto no setor público quanto no privado, “existe uma tendência evidente e sistemática de os avaliadores de projetos serem otimistas”. O guia alerta que os avaliadores são “inclinados a exagerar os benefícios e subestimar os prazos, assim como os custos, tanto de capital quanto operacionais”. Dessa forma, o modelo preconiza que é necessário corrigir essa propensão por meio de ajustes explícitos para compensar esse viés.

Nem poderia o TCU ou qualquer outro órgão da Administração nutrir entendimento diverso, vez que a análise do VfM é elemento indispensável justificar o ato administrativo. No caso em tela, até mesmo por se tratar de ato discricionário, a ausência de motivação enseja sua nulidade.

Diante do exposto, fica clara a importância de uma análise custo-benefício em uma etapa anterior a uma concessão, que deve ser considerada para a decisão em se promover a concessão. Portanto, reitera-se o achado, ressaltando que a modelagem do VfM está comprometida e a decisão em se promover a concessão deveria ser revista pelo Poder Concessionário.

3.6. Achados Relativos à Modelagem Econômico-Financeira

A Modelagem econômico-financeira é um modelo de matemática financeira que busca equalizar as entradas e saídas de caixa, ajustadas ao valor presente pela Taxa Mínima de Atratividade, que é o WACC. Para que ocorra o equilíbrio econômico-financeiro utiliza-se a ferramenta do Valor Presente Líquido (VPL), definindo qual seria o valor de outorga fixa que torna o VPL igual a zero, utilizada a taxa de desconto WACC.

Um dos elementos principais da modelagem é o Fluxo de Caixa Livre da Firma (FFCF), ele consiste na Receita Operacional Bruta do empreendimento, composto por receitas acessórias, e reduzida pelas despesas do projeto (Impostos, Opex, Capex e outorgas).

Equação 1: Fluxo de caixa livre da firma

$$FCFF = Receita Operacional Bruta - Impostos - Opex - Capex - Outorgas$$

Fonte: Nota técnica

O outro elemento do modelo é o Custo Médio Ponderado de Capital (WACC), que é usualmente utilizado nos modelos de avaliação de projetos como a taxa de desconto de fluxos de caixa futuros. A fórmula, bem como os parâmetros utilizados pela Origem para a estimativa do WACC constam da Nota Técnica (peça 74, fl. 48 do TC 12.692/2023).

A fórmula utilizada para o cálculo do WACC é a seguinte:

Equação 2: WACC

$$WACC = Ke \times \left(\frac{E}{D + E} \right) + Kd \times \left(\frac{D}{D + E} \right) \times (1 - I)$$

Onde:

WACC = Custo Médio Ponderado de Capital

Ke = Custo de Capital Próprio

Kd = Custo da Dívida antes de imposto

E = Total de Equity

D = Total de Dívida

I = Taxa de imposto

Fonte: Nota Técnica

Especificamente quanto ao cálculo do custo de capital próprio, foi usado o modelo CAPM. O Modelo Econômico utiliza como variáveis a Relação Dívida sobre Capital Próprio, o Prêmio de

Risco de Mercado, o Beta Desalavancado e a Taxa Livre de Risco, retirados do sítio online de Damodaran²⁵.

Considerando que os fluxos de caixas projetados foram ajustados para o seu valor real, o WACC utilizado no modelo também foi ajustado para o seu valor real, e tendo em vista que o projeto foi estabelecido para que o Valor Presente Líquido (VPL) seja zero, o WACC é igual à Taxa Interna de Retorno (TIR). Segue abaixo a formulação do VPL.

Equação 3: VPL do projeto

$$0 = VPL = \sum \frac{FCFF}{(1 + WACC)^t}$$

Fonte: Nota Técnica

Por fim, ao zerar o VPL, obtém-se como variável endógena o valor da outorga fixa, que de acordo com a Nota Complementar (peça 74, fl. 46) foi definida em R\$ 405.963,56.

3.6.1. O CAPEX não foi propriamente calculado, em infringência ao art. 18, IV da LF 14133/2021.

Os investimentos que constam na modelagem econômico-financeira do projeto foram calculados com base em premissas e dados presentes na planilha encaminhada pela Origem (doc. SEI nº 107669144), e mencionados, em poucos casos, na Nota Técnica. Tais investimentos foram estimados em R\$ 40,9 milhões.

A Nota Técnica não detalha a metodologia orçamentária adotada. Porém, pelo que é possível compreender da planilha do Modelo Econômico-Financeiro que fundamenta o PNR (doc. SEI nº 107669144), a Origem adotou custos estimados em licitações de outros entes federativos, realizou pesquisas de mercado e elaborou composições de preços unitários a partir da Tabela

²⁵https://pages.stern.nyu.edu/~adamodar/New_Home_Page/home1.htm

de Custos de SIURB para calcular os investimentos de uma miríade de intervenções previstas na concessão.

Isso revela que não houve uniformização técnica para orçar os investimentos do projeto de concessão, misturando-se custos mais ou menos fidedignos com maior ou menor nível de precisão, o que tende a resultar em sobrepreços e provocar expressivas distorções nas conclusões alcançadas pelo Modelo Econômico-Financeiro desse projeto.

Como exemplo, cita-se o custo unitário para construção de campo de futebol: R\$ 804 mil. Esse valor foi calculado pela Origem como composição de preço unitário e teve como base itens de materiais e serviços da Tabela de Custos de SIURB. No entanto, o Ministério do Esporte fornece valores estimativos para construção de campos de futebol de R\$ 300 mil²⁶. Ademais, não constam as dimensões projetuais adotadas pela SP Parcerias no cálculo desse orçamento, cujo sobrepreço alcança 168% em relação ao preço indicado pelo Ministério do Esporte.

Outro item de investimento digno de atenção se refere ao enriquecimento arbóreo, cujo custo de quase R\$1,9 milhão para o fornecimento de 10.000 mudas de árvores foi estimado com base em edital de licitação promovido pela Prefeitura de Belo Horizonte em 2019, considerando a incidência de um BDI da construção civil extraído da Tabela de Custos de SIURB²⁷.

Vale dizer que a Prefeitura de São Paulo, em especial SVMA, mantém contratos para fornecimento e manejo de árvores cujos preços praticados poderiam, com as devidas cautelas, ser utilizados como referenciais no orçamento estimativo para enriquecimento arbóreo. Outro referencial passível de utilização são os preços do SINAPI, aderentes à realidade mercadológica de cada estado e reconhecidos paradigmas na orçamentação de contratações públicas em todo o país. Em comparação ao valor proposto pelo SINAPI²⁸, por exemplo, os valores adotados pela Origem baseados na licitação de BH, revelaram-se, em média, 100% superiores. Há, portanto, indícios de sobrepreço nesse item de investimento.

²⁶ <https://www.gov.br/esporte/pt-br/acoes-e-programas/infraestrutura-esportiva>. Acesso em 30.09.24.

²⁷ Assinale-se que, embora próximos, os custos unitários das mudas indicados na Nota Técnica não correspondem aos utilizados na planilha do Modelo Econômico-Financeiro encaminhada pela Origem.

²⁸ Muda de árvores ornamentais de 1m de altura, item 0000358 = R\$ 49,54 (peça 24, fl. 81)

Considera-se indevida também a incidência de BDI sobre o fornecimento de mudas, pois para fornecimentos não se deve computar BDI, quanto menos BDI calculado para o segmento de edificações, cujos custos indiretos são típicos da indústria da construção civil.

Como se sabe, os métodos para elaboração de orçamentos diferem quanto à precisão dos resultados alcançados. No presente caso, para que os valores dos investimentos da concessão sejam propriamente avaliados, requer-se a aplicação de metodologia em nível de detalhamento de anteprojeto.

É válido citar, neste contexto, que a Orientação Técnica OT - IBR 004/2012²⁹ do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP), que define o “orçamento preliminar” como sendo o mais adequado para anteprojetos:

Orçamento preliminar: orçamento sintético composto pela descrição, unidade de medida, preço unitário e quantidade dos principais serviços da obra, elaborado com base no anteprojeto de engenharia. Pressupõe o levantamento de quantidades e requer pesquisa de preços dos principais insumos e serviços.

Mesma linha de explicação é apresentada pelo Tribunal de Contas da União³⁰:

Orçamento Sintético

O orçamento sintético, como já abordado neste Guia, é composto pela descrição, unidade de medida, preço unitário e quantidade de todos os serviços da obra. Pressupõe o levantamento de quantidades, mesmo que de forma aproximada ou com o uso de indicadores, e requer pesquisa de preços dos principais insumos e serviços. Trata-se da planilha orçamentária da obra propriamente dita, servindo como principal guia de referência para a medição e pagamento dos serviços nas empreitadas por preço unitário.

[...]

Metodologia paramétrica

Trata-se de um outro tipo de estimativa de custos, desenvolvido quando os projetos do empreendimento já se encontram em estágio mais avançado, mas ainda não contêm todos os elementos exigidos de um projeto básico. Assim, o

²⁹ https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_IBR0042012.pdf. Acesso em 30.09.24.

³⁰ Orientações para elaboração de planilhas orçamentárias de obras públicas / Tribunal de Contas da União, Coordenação-Geral de Controle Externo da Área de Infraestrutura e da Região Sudeste. – Brasília: TCU, 2014. 145 p.: il. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/BF/21/7F/EE/965EC710D79E7EB7F18818A8/Orientacoes_elaboracao_planilhas_orcamentarias_obras_publicas.PDF

método produz uma estimativa mais apurada do que a obtida mediante a metodologia expedita.

A partir de levantamentos preliminares obtidos com base nos anteprojetos da obra e mediante a utilização de bancos de dados, separa-se a obra nas suas principais unidades/etapas/parcelas em termos de custo.

Cada unidade/etapa/parcela da obra será avaliada a partir de bancos de dados alimentados com parâmetros de obras semelhantes ou com outras referências de preços.

Em qualquer método de estimativa de custos, esses devem ser apropriados separadamente, somente depois ocorre aplicação de um BDI referencial para obtenção de um preço de venda.

Com efeito, o racional dessa técnica de orçamentação é fornecer referenciais com níveis de precisão de +/- 20% que tendem a melhor expressar, em nível de anteprojeto, as estimativas dos investimentos previstos nas concessões.

Não se espera, portanto, a elaboração de orçamentos com custos referenciais demasiadamente simplistas ou detalhados. Necessárias, entretanto, explicações claras sobre as premissas orçamentárias adotadas (fontes dos custos, metodologias de cálculo etc.) e a apresentação de justificativas para as quantidades definidas para os investimentos (número de quadras, campos, píeres, extensão de trilhas etc.) na Nota Técnica ou em outro documento que permita a compreensão pelo cidadão médio interessado na transparência, e a rastreabilidade e auditoria pelos controles interno e externo.

Em conclusão, entende-se necessária a revisão dos cálculos do CAPEX, haja vista que os valores dos investimentos não estão propriamente justificados na Nota Técnica, e o Modelo Econômico-Financeiro, além de não adotar metodologia de orçamentação uniforme, contém itens de investimentos com indícios de sobrepreço (art. 6º LVI da Lei 14133/2021) e custos unitários divergentes daqueles mencionados na Nota Técnica, em desatendimento ao art. 18, IV da Lei 14133/2021.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 23/25 e peça 52, fls. 272/275):

A SGM explica que a metodologia de precificação adotada no projeto fundamenta-se em fontes reconhecidas, mas que as características específicas de cada item de investimento impedem a utilização de fontes uniformes.

Em relação ao orçamento do campo de futebol, informa que optou por adotar o valor estimado pelo Ministério do Esporte, como apontado no Relatório Preliminar, pois ele se revelou mais vantajoso do que o valor estimado pela tabela de SIURB.

Em relação aos custos para o projeto de enriquecimento arbóreo, alega que o edital de Belo Horizonte possui uma “metodologia mais abrangente”, considerando “espécies apropriadas para a Mata Atlântica, e que a adoção do valor estimado pelo SINAPI não leva em consideração aspectos essenciais, como a biodiversidade local das espécies e a fauna nativa, que são fundamentais para o sucesso do projeto de enriquecimento”.

Aduz ainda que a precificação do enriquecimento arbóreo deve incluir BDI, pois prevê custos indiretos essenciais relacionados a logística, transporte etc., e que o projeto de enriquecimento necessita de outras atividades para ser realizado, como o preparo do solo, compra de insumos, entre outros.

Por fim, esclarece que a diferença observada nos custos unitários dos itens de enriquecimento constantes no Modelo Econômico e na Nota Técnica se deve à atualização pela inflação, e que o valor corrigido é o do modelo econômico.

A SPP resumizou sua resposta nesses termos:

- A metodologia de precificação adotada baseia-se em fontes reconhecidas como SIURB, SINAPI, editais públicos e pesquisa de mercado. Essa abordagem permitiu analisar cada item de investimento com as melhores referências disponíveis, resultando em premissas distintas devido às particularidades de cada item.
- Essa metodologia foi aplicada em diversos contratos já licitados, sendo considerada uma boa prática para fins referenciais, desde que atenda à especificidade da demanda, seja rastreável e, preferencialmente, use premissas de origem pública.
- O processo de definição dos investimentos em cada parque envolveu significativa participação da comunidade desde 2021, com oficinas, audiências públicas e conversas com o poder público, garantindo que as necessidades específicas de cada parque fossem atendidas.

Análise da Coordenadoria:

Como já dito, as estimativas de investimentos desse projeto misturam metodologias e fontes sem justificativas na Nota Técnica Consolidada. Além disso, a planilha do modelo econômico não é de fácil compreensão e a Nota Técnica não se aprofunda em informações sobre o cálculo dos itens que compõem o CAPEX desse projeto, obscurecendo os resultados alcançados.

Vale dizer que os exemplos citados no achado se prestam a evidenciar que o cálculo do CAPEX apresenta falhas que podem passar despercebidas devido à precariedade como esse tema é tratado na instrução do certame.

Em relação a esses exemplos, a Origem, segundo informa, alterou o preço de referência para estimar o custo de implantação do campo de futebol (trocou o valor estimado de SIURB pelo estimado pelo Ministério do Esporte, como já falado), mas não adotou os valores do SINAPI para estimar o orçamento do enriquecimento arbóreo, cujo sobrepreço atinge 100%.

Sobre o orçamento do campo de futebol, consta na peça 52, fls. 137/140 que a premissa para o cálculo desse item de investimento continua sendo a que possui sobrepreço em relação ao valor estimado pelo Ministério do Esporte, o que demanda revisão das disposições que tratam desses cálculos.

Já no caso do orçamento para enriquecimento arbóreo, a Origem diz que os custos estimados do edital da Prefeitura de BH refletem melhor as características do serviço previsto na concessão, e que a aplicação do BDI se faz necessária para considerar as despesas indiretas associadas ao enriquecimento arbóreo. Todavia, tais informações não constam na Nota Técnica Consolidada e não foram apresentadas evidências de que o Termo de Referência do edital de BH realmente se alinhe com as diretrizes do CEC da concessão, e que seus preços se alinhem à realidade econômica de S. Paulo, justificando, assim, os preços referenciais adotados, cuja fonte usada pela prefeitura daquela cidade é desconhecida, em detrimento aos do SINAPI.

Importa ressaltar que as tabelas do SINAPI possuem outros itens de materiais e serviços que permitem a elaboração de composições de preços unitários (CPUs) de serviços completos, com o fornecimento, o plantio e o manejo de mudas, até mesmo de espécies nativas dos mais diferentes biomas do país.

Ademais, como já assinalado, a SVMA mantém contratos que podem ser usados como referenciais fidedignos. Inclusive, caso justificável, é possível obter valores referenciais de BDI mais apropriados para o caso de enriquecimento arbóreo.

Por se tratar de item de investimento que apresenta sobrepreço, entende-se necessário que a Origem reveja suas estimativas, apresente comparações de valores com outros contratos dessa natureza e comprove que os valores estimados do edital de BH são, de fato, os mais apropriados.

Portanto, reitera-se o achado, pois a orçamentação dos itens que compõem o CAPEX apresenta falhas que causam sobrepreço. Tal sobrepreço resulta na superestimativa do CAPEX e distorce as conclusões sobre a vantajosidade do projeto e a fixação do prazo da concessão.

3.6.2. Ausência de diversificação entre as fontes de receita, indicando risco na viabilidade da concessão.

De acordo com a Tabela 31 da Nota Técnica (peça 74, fl. 49 do TC/012692/2023), a principal âncora nas receitas dos parques será a atividade de cessão de uso do espaço para eventos, correspondendo a um total de 49,1% do total das 10 receitas. Segue abaixo o rateio da distribuição das receitas:

Tabela 3: Estimativa de Receita Anual na Maturidade do Parque Guarapiranga.

Parque Guarapiranga	Percentual
Cessão de uso do Espaço	49%
Publicidade Wifi + Patrocínio	13%
Estacionamento	10%
Tickets	9%
Atividades Esportivas + Adestramento Cachorros	7%
Máquinas de Vendas	4%
Mobiliários Urbanos para Informação – MUPIs	4%
Quiosques	3%
Filmagens	1%
Trilha Equestre	0%

Fonte: Elaboração SP parcerias, alterado pela auditoria.

Tal concentração de receitas em uma única fonte geradora de renda indica que há uma baixa diversificação nas atividades exercidas nos parques da Orla da Represa Guarapiranga. Seguem

abaixo as tabelas com os rateios das receitas dos parques do Ibirapuera, Campo de Marte e Trianon para fins de comparação:

Tabela 4: Estimativa de Receita Anual na Maturidade do Parque do Campo de Marte.

Campo de Marte	Percentual
Centro Gastronômico + Área de Lazer	23,14%
ABL Loja	17,66%
Estacionamento	14,13%
Academia	11,94%
Patrocínio	11,75%
Centro Esportivo	7,20%
Coworking	5,12%
Árvorismo	4,94%
Bicicletário	3,80%
Quiosque	0,32%

Fonte: Elaboração SP parcerias, alterado pela auditoria.

Tabela 5: Estimativa de Receita Anual na Maturidade do Parque do Ibirapuera.

Ibirapuera	Percentual
ÂNCORA 01	36%
ALIMENTAÇÃO	24%
ÂNCORA 02	15%
ESTACIONAMENTO	8%
PUBLICIDADE E EVENTOS	7%
OUTROS	6%
ÂNCORA 03	4%

Fonte: Elaboração SP parcerias, alterado pela auditoria.

Tabela 6: Estimativa de Receita Anual na Maturidade do Parque Trianon.

Trianon	Percentual
Eventos	44%
Publicidade	26%
Locação de áreas	21%
outras	10%

Fonte: Elaboração SP parcerias, alterado pela auditoria.

De acordo com os dados apresentados, no Parque Campo de Marte, a fonte de receita com maior participação percentual é a Área Bruta Locável, que representa 23,14% do total. No Parque do Ibirapuera, a maior contribuição vem do conjunto Âncora 01, responsável por 36% do total das sete receitas. Já no Parque Trianon, os eventos são a principal fonte, representando 44% do total das quatro receitas.

Ao comparar a receita predominante de cada um desses parques com as receitas provenientes da cessão de uso do Guarapiranga, observa-se que esta última apresenta uma maior participação percentual.

Para obter uma medida mais precisa sobre a concentração das receitas, utilizou-se o Índice Herfindahl-Hirschman Normalizado (HHIn³¹), que calcula a dimensão dos itens de um conjunto em relação ao total. O índice varia de 0 a 1: aproximando-se de 0 quando nenhum item do grupo tem participação significativa, indicando baixa concentração, e de 1 quando um ou poucos itens têm uma participação relevante, indicando alta concentração. O índice é considerado normalizado, pois passa por um ajuste que elimina a influência do tamanho das populações em seu valor. Abaixo, segue a tabela com as classificações do HHIn:

Tabela 7: Escala de classificação do Índice HHIn.

Escala de classificação	
HH < 0,01	Altamente Diversificado
0,01 < HH < 0,15	Não Concentrado
0,15 < HH < 0,25	Concentração Moderada
0,25 < HH < 1	Concentração Elevada

Fonte: KUPFER, David. HASENCLEVER, Lia. Título: Economia Industrial – Fundamentos Teóricos e práticas no Brasil. 3ª Edição.

³¹ $HHIn = \frac{(\sum_{i=1}^N (P)^2 - \frac{1}{N})}{1 - \frac{1}{N}}$ P = Participação percentual e N = n° de observações da população

Abaixo seguem os resultados dos índices calculados com os dados dos parques:

Tabela 8: Valor do índice HHIn por parque e por classificação.

Parque	HHIn	Classificação
Guarapiranga	0,21	Concentração Moderada
Campo de Marte	0,05	Não Concentrado
Ibirapuera	0,09	Não Concentrado
Trianon	0,08	Não Concentrado

Fonte: Cálculos da Auditoria.

De acordo com os resultados apresentados, apenas o Parque Guarapiranga possui um HHIn superior a 0,15, indicando que suas receitas são consideradas moderadamente concentradas. Em contrapartida, os demais parques apresentam HHIn entre 0,01 e 0,15, o que indica que suas receitas não estão concentradas.

O principal mecanismo da concessão que assegura o equilíbrio econômico-financeiro é o subsídio cruzado, onde os excedentes de receita de um parque da Orla do Guarapiranga financiam os prejuízos dos demais parques do complexo. Assim, uma possível frustração nas receitas pode comprometer a viabilidade de toda a concessão. Portanto, a concentração ou a falta de diversificação nas receitas representa um risco para a viabilidade econômico-financeira da concessão, especialmente se as Cessões de Uso não ocorrerem conforme as estimativas.

Segue abaixo uma simulação em que metade das receitas estimadas para a cessão de uso não se concretizam conforme o previsto:

Tabela 9: Modelagem do subsídio cruzado com a receita reduzida.

VPL R\$ MM				
Parque	Capex	Opex	Receita	Resultado Bruto
Parque Barragem do Guarapiranga	-3	-42	46	1
Parque Linear São José	-2	-46	23	-25
Parque Linear Nove de Julho	-6	-81	23	-64
Parque Praia São Paulo - Núcleo Praia do Sol	-5	-58	110	47
Parque Linear Castelo	-5	-42	38	-8
Parque Guarapiranga	-8	-73	41	-40
Parque Praia São Paulo - Núcleo Atlântica	-5	-37	79	37
Total	-34	-379	360	-53

Fonte: Elaboração SP parcerias, alterado pela auditoria.

De acordo com o quadro acima, com a redução das receitas de cessão de uso, apenas 3 dos 7 parques passam a ter VPL positivo, resultando em um prejuízo total de 53 milhões de reais, o que indica a inviabilidade econômico-financeira do projeto.

Portanto, é necessário um aprofundamento nas explicações sobre a modelagem das receitas, especialmente no que diz respeito às receitas geradas pela cessão de uso dos equipamentos dos parques, que é a principal âncora da modelagem. Além disso, é fundamental reavaliar a estrutura do subsídio cruzado devido à baixa diversificação das receitas.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 25 e peça 52, fls. 276/277):

A SPP e SGM alegam que a categoria de receitas “Cessão de Uso do Espaço” representa uma diversidade de áreas passíveis de auferimento de receita, como gramados, quadras, pistas e outros. Essa categoria reflete uma estratégia que engloba diversas áreas e atividades, proporcionando múltiplas opções de geração de receita. Tal diversidade nessa categoria mitiga o “aparente” risco de frustração de receitas, uma vez que essa fonte geradora de caixa na verdade se mostra diversa e poderia ser desmembrada em diversas fontes distintas, tanto pelo critério de parques quanto pelo critério de atividades.

Dessa forma, explicam que a categorização de Cessão de Uso do Espaço para Eventos, embora apresentada de forma sintética, reflete uma estratégia que integra múltiplas áreas e tipos de atividades, indicando uma geração de receita de maneira abrangente e segmentada, por conseguinte, não concentrada. Além disso, indica-se que o percentual da receita classificada como “eventos” da concessão do Parque Trianon se assemelha bastante com a dos Parques da Orla do Guarapiranga (44 e 49, respectivamente).

Em relação à importância do PNR, a SGM indica que:

O apontamento também observa que o percentual de receita classificado como “Eventos” no Parque Trianon é bastante similar ao esmado no Plano de Negócios de Referência dos Parques da Orla do Guarapiranga (44% contra 49%, respectivamente). Vale ressaltar ainda que, ao analisar o Demonstrativo de Resultados do Exercício do Parque Ibirapuera de dezembro de 2023, especificamente em relação à sua receita operacional líquida, observa-se que a

Cessão de Uso de Espaço representa 39% do total das receitas, sendo seguida de perto pela receita proveniente de Publicidade e Patrocínio, que corresponde a 41%. O Plano de Negócios Referencial, à época, esmaçou que as receitas com publicidade e eventos representariam 7% do total na maturidade do projeto, mas, na prática, essas fontes tornaram-se pilares do modelo de negócio, com expressiva adesão da população. Portanto, é importante destacar que o PNR, dentro do contexto de um projeto de concessão, deve ser entendido como um referencial, e a concretização das fontes de receita será definida e aprofundada pela futura concessionária. No caso do Parque Ibirapuera, observou-se um ágio em relação ao que foi projetado no PNR, refletindo a consolidação de um modelo de negócios baseado em receitas provenientes de eventos, parcerias e patrocínios. Ademais, é importante salientar que o risco relacionado à demanda do projeto recai sobre o parceiro privado, que deverá avaliar as possibilidades das áreas e assumir o risco de uma eventual superestimação do modelo de Cessão de Uso em relação ao PNR. Simultaneamente, o parceiro privado também poderá colher os benefícios de uma eventual subestimação do potencial de outras fontes de receita acessórias, sem que isso comprometa suas demais atividades e encargos, que estão devidamente regulamentados pelo Caderno de Encargos e pelas diretrizes contratuais. Esses aspectos serão monitorados pelo SMD e acompanhados pelo Poder Concedente, assim como pelas autoridades competentes. Também é possível que a futura concessionária explore outras formas de geração de receita que não estejam previstas no PNR, desde que em conformidade com as diretrizes estabelecidas no contrato, possibilitando, assim, uma maior diversificação das fontes de receita.

Ademais, a SPP declara que:

Destaca-se, portanto, que o PNR no âmbito de um projeto de concessão deve ser entendido como referencial, sendo a concretização das vias de receita algo a ser aprofundado e determinado pela futura concessionária. No caso do Ibirapuera houve significativo ágio em relação ao Plano de Negócios Referencial, futuramente observado que se sustentava num modelo de negócio proposto fundamentado em receitas justamente de receitas, parcerias e patrocínios.

Assim, verifica-se que, para a Origem, o PNR é apenas mero referencial e, como o risco da demanda recai sobre o parceiro privado, cabe a ele estudar as possibilidades e assumir o risco de uma superestimação do modelo de Cessão de Uso previsto em relação ao PNR.

Análise da Coordenadoria:

Em primeiro lugar, cabe reiterar a importância do PNR, ele serve como guia para demonstrar as possibilidades e oportunidades de empreendimentos que um possível licitante possa ter ao

vencer o certame. É evidente que a capacidade empreendedora e a habilidade com a gestão possa tornar o resultado prático diferente daquilo que foi previsto no PNR, como observado na Concessão do Parque do Ibirapuera.

No entanto, o PNR e o seu bom desenvolvimento possuem relevância fundamental para todos os envolvidos numa concessão, uma vez que é através dele que se tomam decisões, atraem-se investidores e minimizam-se riscos.

Ao avaliar as receitas com “Cessão de Uso do Espaço” de forma qualitativa, de fato, percebe-se que elas estão distribuídas nos 7 parques da concessão e em diversas atividades. No entanto, ao se analisar quantitativamente, fica claro que no item “Cessão de Uso do Espaço para Eventos” existe uma concentração, ou seja, falta de diversificação entre os seus componentes.

Primeiramente, ao analisar as receitas de “Cessão de Uso do Espaço” pelo critério de parques, verifica-se que mais de 70% das receitas estão concentradas em 3 parques: Núcleo Praia do Sol, Núcleo Atlântica e Barragem do Guarapiranga. Calculando o índice HH³² obteve-se um valor de 0,2091 que indica uma concentração moderada, segue abaixo a tabela com o rateio de receitas com “Cessão de Uso do Espaço” por parques:

Tabela 10: Valor do índice HHIn da receita por cessão de uso do espaço por parque.

Parques	Receita Bruta (a)	Percentual (c) = (a)/(b)	Percentual ao Quadrado (d) = (c)^2
Parque Praia São Paulo - Núcleo Praia do Sol	R\$ 7.803.072,88	29,31%	0,086
Parque Praia São Paulo - Núcleo Atlântica	R\$ 5.824.127,98	21,88%	0,048
Parque Barragem do Guarapiranga	R\$ 5.071.172,65	19,05%	0,036
Parque Linear Castelo	R\$ 4.687.921,01	17,61%	0,031
Parque Linear Nove de Julho	R\$ 1.752.274,65	6,58%	0,004
Parque Guarapiranga	R\$ 1.485.191,64	5,58%	0,003
Parque Linear São José	R\$ 674.811,69	2,53%	0,001
Total (b)	R\$ 27.298.572,49	HHIn	0,2091

Fonte: Cálculos da auditoria.

Posteriormente, analisaram-se as receitas de “Cessão de Uso do Espaço” por atividade. Dividiu-se essa categoria em 4 grupos: cessão de espaço para churrasco e quiosques, para quadras, para eventos e outros. De acordo com essa divisão, observa-se que mais de 50% das receitas

³² $HH = \sum P^2$ P = Participação percentual e N = n° de observações da população

previstas estão relacionadas a eventos e que a cessão de espaço para eventos e para quadras somam aproximadamente 80% de todas as receitas de “Cessão de Uso do Espaço”. Calculou-se o índice HH³³ desse rateio e obteve-se um valor de 0,371, que representa uma concentração elevada.

Tabela 11: Valor do índice HHIn da receita por cessão de uso do espaço por parque.

Atividades	Receita Bruta (a)	Percentual (c) = (a)/(b)	Percentual ao Quadrado (d) = (c)^2
Churrasco + Quiosques	R\$ 1.045.535,33	3,83%	0,001
Quadras	R\$ 7.515.297,01	27,53%	0,076
Eventos	R\$ 14.047.845,40	51,46%	0,265
Outros	R\$ 4.687.164,90	17,17%	0,029
Total (b)	R\$ 27.295.842,64	HHIn	0,37163

Fonte: Cálculos da auditoria.

Diante do exposto, reitera-se a necessidade de uma reconstrução do modelo de receitas, uma vez que a justificativa dada pela SPP e SGM sobre a diversificação das receitas com “Cessão de Uso do Espaço” não se mostram válidas e nem o argumento sobre a irrelevância do PNR. Além disso, é fundamental reavaliar a estrutura do subsídio cruzado devido à baixa diversificação das receitas.

Pelo exposto, reitera-se o achado.

3.6.3. Ausência de despesas com a contratação de Instituto de Pesquisa conforme previsto no edital.

Ao se analisar o Opex da concessão percebe-se que foram incluídas despesas com o Verificador Independente (VI). No entanto, as despesas com instituto de pesquisa não foram incluídas a despeito de que também participarem da apuração de resultado para o Sistema de Mensuração de Desempenho (SMD), conforme Anexo IV do Contrato (peça 21, fls.3)

De acordo com o Anexo IV do Contrato, diversas atribuições do SMD exigem a contratação de um Instituto de Pesquisa, a exemplo de:

2.3.3. Os INDICADORES DE DESEMPENHO relativos à Pesquisa de Satisfação do USUÁRIO, a ser realizada por INSTITUTO DE PESQUISA, serão descritos no CAPÍTULO III - PESQUISAS COM USUÁRIOS deste ANEXO.

³³ HHIn = $HH = \sum P^2$ P = Participação percentual e N = n° de observações da população

8.2. A CONCESSIONÁRIA deverá contratar INSTITUTO DE PESQUISA ou entidade especializada e reconhecida para a elaboração da metodologia de pesquisa e sua execução.

De acordo com o Terceiro Aditivo ao Contrato de Prestação de Serviços publicado pela Urbia, em 2024 (documento nº096643235 do processo SEI nº 6027.2021/0001134-1), a Concessão do Parque do Ibirapuera gastou 428 mil reais em despesas com o Instituto de Pesquisa. Tal valor aplicado anualmente, trazido a valor presente pela taxa WACC utilizada na modelagem, 8,51% a.a., vale cerca de R\$ 3,47 milhões.

Diante do exposto, entende-se necessários esclarecimentos quanto a não inclusão de despesas com o Instituto de Pesquisa na modelagem da concessão.

Manifestação Prévia da Origem (peça 52, fls. 278):

Atendendo ao apontamento, a Origem incluiu o valor com despesas com Instituto de Pesquisa no Modelo Econômico-Financeiro (cópia na nuvem do ETCM), a partir do fim da conclusão das obras, conforme o SMD indica.

Análise da Coordenadoria:

O apontamento pode ser considerado superado, uma vez que foi observada a alteração no Modelo Econômico-Financeiro.

3.6.4. Ausência de justificativa dos pesos no cálculo do Beta e do índice de endividamento.

Não restou devidamente esclarecida a escolha de valores para alguns dos parâmetros do cálculo do WACC. Não estão claros os motivos pelos quais o Beta Desalavancado e o índice Dívida sobre Capital Próprio foram calculados como uma média ponderada dos dados de três setores, sendo que foram atribuídos pesos de 44,99%, 52,06% e 39,82%, respectivamente na planilha da modelagem (documento nº 107669144, que faz parte no processo SEI nº 6011.2024/0000560-9 – cópia na nuvem do ETCM), para os setores de *advertising, recreation e real state (general, diversified)*. Diante disso, resta dúvida sobre os motivos que justificam a escolha de pesos nesses três setores e por que eles foram escolhidos.

Vale observar que a alteração do Beta é capaz de alterar o valor do WACC, e dessa forma alterar todo o valor do VPL do PNR, gerando um valor distinto na Outorga Inicial.

Diante do exposto, conclui-se que a escolha dos parâmetros utilizados, como os pesos das ponderações e a definição dos setores utilizados não está justificada.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 26 e peça 52, fls. 279):

A SPP e a SGM esclarecem que na realidade os pesos que compõem o beta e o índice dívida sobre capital próprio são justificados de acordo com as receitas esperadas para o projeto, assumindo que as receitas com “Publicidade Wifi + Patrocínio” e com “Mobiliários Urbanos para Informação” compõem o peso *Advertising*, as receitas com “Cessão de uso do Espaço” compõem o peso *Real State* e as demais fontes de receitas compõem o item *Recreation*.

Análise da Coordenadoria:

De fato, faz sentido justificar o peso do beta pelo percentual das distribuições de receitas, o beta serve como um indicador do risco de um ativo. De acordo com alguns especialistas, o beta é influenciado pela alavancagem financeira da empresa, que no caso é internalizada no modelo pela fórmula de Hamada e pela natureza cíclica das receitas, que seria introduzida no modelo pelos pesos usados no beta e no índice dívida sobre capital próprio.

De acordo com a tabela abaixo comparamos os percentuais das receitas com os dos pesos utilizados para o cálculo do Beta e do índice ‘dívida sobre capital próprio’ e observa-se uma proximidade entre os valores:

Tabela 12: Justificativa para os pesos do Beta e do B/S

Item	Participação Relativa	Item na composição do Beta e do B/S	Setor no sítio Damodaran
Publicidade Wifi + Patrocínio + MUPI	18,63%	20%	Advertising
Demais Itens	32,09%	30%	Recreation
Cessão de uso do Espaço	49,28%	50%	Real State

Fonte: Elaborado pela auditoria.

Diante dos esclarecimentos, o achado pode ser considerado superado.

3.6.5. O cálculo do modelo econômico-financeiro adota fontes de estimativa de custos de “Limpeza e gestão de resíduos” e “Manutenção e manejo” injustificadas.

Ao se verificar a planilha de modelagem na aba “Premissas_Opex”, percebe-se que ela apresenta despesas relacionadas a limpeza e manejo. Tais despesas tiveram como fonte de referência o “Cadterc Limpeza” de março de 2023.

Sabe-se que a SVMA é o órgão responsável e gestor dos contratos de manutenção dos parques urbanos e em função disso lida diretamente com as contratações de limpeza e manutenção dos parques do município de São Paulo, diante disso, observa-se a ausência de informações em relação à escolha do Cadterc como fonte para o serviço manutenção de áreas verdes mostra-se injustificada.

Diante do exposto, conclui-se que ocorreu a ausência de justificativa na escolha das variáveis do cálculo com as despesas com “manutenção de áreas verdes”.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 26 e peça 52, fl. 280):

A SGM e SPP declaram que a SVMA utiliza o CadTerc como parâmetro de valores para contratações, conforme o Documento 089966879 do processo SEI nº 6027.2022/0007922-3. Ademais, ela indica que a legislação municipal exige o uso do CadTerc, atualizado pela inflação, como referência para contratações de serviços de manutenção e conservação de jardins.

Análise da Coordenadoria:

Diante dos esclarecimentos, em relação às fontes de despesas operacionais relacionadas às atividades de limpeza, de fato, o uso do CadTerc como parâmetro de valores para contratações é permitido, conforme o Documento 089966879 do processo SEI nº 6027.2022/0007922-3.

No entanto, ao avaliar a planilha de modelagem percebe-se que as despesas na aba “Premissas_Opex” constam como “CadTerc Limpeza”, o que indica que existe um erro quanto à fonte, uma vez que a composição de custos de limpeza, não é compatível com o serviço de manutenção de área verde.

Diante disso, fica evidente que a fonte de despesa utilizada na conta “Manutenção e manejo” deveria ser demonstrada no PNR ou na Nota Técnica. Até em um cenário em que a fonte fosse definida como “CadTerc Manutenção e Conservação de Jardins”, existe a necessidade de se comprovar que a composição desse custo engloba as devidas atividades relacionadas à manutenção e manejo de um parque, cujas dimensões e características se diferenciam em muito do descritivo da despesa tabelada.

Pelo exposto, reitera-se o achado.

3.6.6. Inconsistência no uso de variáveis e estimativas do WACC em relação aos PNRs de outras modelagens no Setor de Parques.

Em função da relevância do valor do WACC na determinação da Outorga Fixa, percebe-se uma discrepância tanto na escolha das variáveis quanto nas fórmulas utilizadas para a modelagem do PNR dessa concessão em relação a outras concessões e PPPs de outros parques ocorridas nos últimos 4 anos. Segue abaixo a tabela comparativa com as variáveis que se apresentam distintas entre as modelagens.

Tabela 13: Comparativo entre variáveis utilizadas no WACC da modelagem de parques distintos

	Parques Orla do Guarapiranga	Parque Campo de Marte	Parque Trianon
Taxa livre de risco	Média geométrica 10 anos	Média aritmética 10 anos	Média aritmética 1 ano
Inflação Estados Unidos	CPI Long Run	CPI 10 anos	Fonte sítio da OCDE
Custo de Capital de Terceiros	TLP + IPCA + Spread + Remuneração BNDES	Taxa livre de risco dos EUA	TLP + IPCA + Spread + Remuneração BNDES
Beta(fontes)	<i>advertising/recreation/real state(general)</i>	<i>entertainment/real state(operacional)/recreation</i>	<i>entertainment</i>
EMBI+	Média aritmética 12 meses	Média 10 anos	Média aritmética 12 meses
Imposto de Renda	Lucro Real	Lucro Presumido	Lucro Real

Fonte: Planilhas de modelagem econômico-financeiro dos Parques Orla do Guarapiranga, Parque Campo de Marte e Parque Trianon

Em relação à Taxa Livre de Risco, percebe-se que na modelagem do Guarapiranga e do Campo de Marte, a taxa utilizada representa uma média de 10 anos, no entanto, elas diferem quanto ao uso da média, sendo que foi utilizada no Guarapiranga a média geométrica e no Campo de Marte

a média aritmética. Ademais, na Modelagem do Parque Trianon foi utilizada uma média aritmética de 1 ano.

Quanto à inflação dos Estados Unidos, percebe-se que as 3 modelagens usam taxas distintas, no Guarapiranga foi utilizada a CPI de longo prazo, análoga a uma meta IPCA aqui no Brasil, no Campo de Marte foi utilizada uma taxa histórica de inflação de 10 anos e no Parque Trianon um índice de inflação com uma cesta de produtos definida pela OCDE.

No custo de capital de terceiros percebe-se que nos Parques da Orla do Guarapiranga e no Parque Trianon foi utilizada a mesma referência, utilizando-se a Taxa de Longo Prazo (TLP) acrescida da inflação (IPCA) e mais dois spreads, um relacionado à linha de crédito do BNDES e outra ao risco do concessionário. Em contrapartida no Parque Campo de Marte, percebe-se outra abordagem, na qual se partiu da taxa livre de Risco dos Estados Unidos e se descontou à inflação americana.

No caso do Beta, todos eles foram calculados pela Fórmula de Hamada, que serve para alavancar o beta desalavancado de um setor. No entanto, a diferença se encontra nas escolhas dos setores. Na modelagem do Parque Trianon, utilizou-se apenas o beta do setor de *entertainment*, em contrapartida nos Parques da Orla do Guarapiranga e no Parque Campo de Marte fez-se a média com o beta de 3 setores, *advertising/recreation/real state(general)* e *entertainment/real state(operacional)/recreation*, respectivamente, o que mostra uma discricionariedade tanto na formulação quanto na seleção de variáveis. Vale lembrar que o Beta serve como medida de risco no cálculo do modelo e que ele gera grande influência no custo de capital próprio e, por consequência, do WACC.

Em relação ao EMBI+, medida utilizada como Risco Brasil, percebe-se que no caso do Guarapiranga e do Trianon foi utilizada uma média histórica dos últimos meses e na modelagem do Campo de Marte optou-se por uma média de 10 anos. Vale lembrar que o EMBI+ reflete a percepção de risco excedente que um título público brasileiro em relação a um título do tesouro americano. Em função das instabilidades econômicas e políticas pelos quais a economia brasileira muitas vezes passa, o índice apresenta grande variabilidade, diante desse fato, o tamanho da amostra pode afetar o valor do WACC de forma arbitrária.

Para mostrar a relevância do WACC na determinação da Outorga Fixa foi feita uma análise de sensibilidade alterando a referida taxa em 1% a 3% para cima e para baixo e registrando o quanto a Outorga Fixa é alterada percentualmente. Segue abaixo a tabela com a referida análise:

Tabela 14: Análise de sensibilidade da Outorga Fixa em relação às oscilações do WACC

Variação WACC	-3%	-2%	-1%	0%	1%	2%	3%
Variação Outorga Fixa	2985%	1851%	862%	0%	-753%	-1412%	-1988%

Fonte: Cálculos da Auditoria

De acordo com a tabela, observa-se que o valor da Outorga Fixa é muito sensível às oscilações do WACC, o aumento de 1% reduz o valor da Outorga Fixa em 754% e uma redução de 1% no WACC faz com que a Outorga Fixa aumente 862%. Em casos mais extremos um aumento de 3% no WACC reduz em quase 2000% a Outorga Fixa e a redução na mesma amplitude gera um aumento de quase 3000% na Outorga Fixa.

Tendo em vista que a discricionariedade na definição de parâmetros e fórmulas no cálculo do WACC pode ocasionar uma imensa variabilidade no valor da Outorga Fixa, entende-se necessário que a Origem defina um padrão, a fim de garantir segurança jurídica no estabelecimento das Outorgas Fixas das Futuras Concessões e PPPs originadas pela SP Parcerias.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 26/27 e peça 52, fl. 281):

A SGM e SPP declararam que foi utilizada a mesma metodologia para o cálculo do WACC entre os parques Guarapiranga, Campo de Marte e Trianon. Ela também afirmou que o WACC do projeto é competitivo e consistente com os outros projetos, refletindo uma metodologia sólida e ajustada ao mercado brasileiro e que em comparações com outros projetos, é natural que ocorram pequenas variações em relação aos insumos utilizados, mas que a metodologia continua sendo a mesma.

Um exemplo de diferença seria a utilização do EMBI+, em que o Campo de Marte e o Trianon apresentam divergências em relação à janela temporal desse índice, no primeiro utilizou-se a média de 10 anos e no segundo a média de 12 meses, para a Origem a diferença entre os prazos representa apenas uma pequena diferença no uso de insumos.

Ademais, a Origem afirma que o WACC real calculado, cujo valor é de 8,51% a.a. se mostra competitivo comparado à NTN-B real, atualmente denominada de Tesouro IPCA, avaliada no mesmo período em 5,78% a.a. e, além disso, é vantajosa quando comparada à SELIC real de 7,25% a.a.

Análise da Coordenadoria:

Em primeiro lugar, é preciso destacar que nem todos os parques escolhidos como critério utilizam os mesmos insumos no cálculo de suas modelagens, por exemplo, no Parque Campo de Marte, optou-se pelo uso do custo capital de terceiros dos Estados Unidos ajustado por um prêmio de risco país, diferentemente do Parque Trianon e do complexo de Parques da Represa Guarapiranga, em que se utilizou uma taxa do mercado brasileiro sem a adição de um prêmio pelo risco país.

Além disso, assumir que uma amostra que contenha dados dos últimos 12 meses se mostra semelhante a uma amostra que contenha dados de 10 anos mostra-se irrazoável, principalmente quando se trata de uma variável que representa o risco de investimento do Brasil, país que em um intervalo de 10 anos passou por crises macroeconômicas e por diversos governos com posicionamentos políticos distintos. Para ilustrar essa diferença foi calculada a média e indicadores de variabilidade do EMBI+ dos últimos 12 meses e dos últimos 10 anos, levando-se em conta que a série foi descontinuada pelo Ipeadata em agosto de 2024.

Tabela 15: Análise descritiva das amostras do EMBI+ de 12 meses e de 10 anos.

	12 meses	10 anos
Média	208,83	289,12
Mediana	208	269
Variância	121,3301	4361,567
Desvio Padrão	11,01	66,04
Coefficiente de Variação	5,27%	22,84%

Fonte: Cálculos da Auditoria

Analisando os resultados acima, percebe-se que a diferença entre as médias das 2 amostras é de 81 pontos, o que resultaria em um aumento 0,81% no custo de capital próprio, avaliando os demais valores da análise descritiva, percebe-se que a variação do EMBI+ é bem superior para

a amostra de 10 anos, o que faz sentido, uma vez que incorpora muitos mais momentos de oscilação na conjuntura econômica.

Vale observar que como foi utilizado um índice dívida sobre capital próprio de 44,53%, isso indica que o capital próprio representa 69% do capital total, isso faz com que o WACC aumente em 0,55% e a outorga fixa diminua em mais de 300%.

Dessa forma, a discricionariedade na definição de parâmetros e fórmulas no cálculo da taxa de desconto, apesar de não ser proibida por lei, ocasiona uma imensa oscilação no valor da Outorga Fixa.

Recomenda-se que a Origem defina um padrão, em termos da escolha dos insumos, a fim de garantir a segurança e racionalidade no estabelecimento das Outorgas Fixas das Futuras Concessões e PPPs originadas pela Origem.

Diante do exposto, dado que a discricionariedade na definição de parâmetros e fórmulas no cálculo do WACC pode ocasionar uma imensa variabilidade no valor da Outorga Fixa, recomenda-se que a Origem defina um padrão, a fim de garantir segurança jurídica no estabelecimento das Outorgas Fixas das Futuras Concessões e PPPs originadas pela SP Parcerias.

Assim, reitera-se o achado.

3.7. Achados Relativos ao Pagamentos de Outorgas e Avaliação de Desempenho

3.7.1. A definição de 48 meses como prazo para o pagamento da segunda parcela ao término do programa de intervenção do contrato oferece incertezas à origem em decorrência de possíveis atrasos em obras obrigatórias.

Como citado no item a respeito do parecer jurídico, item 3.1.3 do relatório, o edital prevê a seguinte forma de pagamento da outorga fixa (peça 8, fls. 53/54):

24.2. Em até 5 (cinco) dias úteis antes da data prevista para assinatura do CONTRATO, a ADJUDICATÁRIA deverá apresentar ao PODER CONCEDENTE: a) a comprovação de que efetuou, por intermédio próprio ou da SPE constituída, o depósito da íntegra ou da 1ª parcela da OUTORGA FIXA, correspondente ao valor de 50% (cinquenta por cento) da OUTORGA FIXA prevista na PROPOSTA COMERCIAL;

[...]

24.4. A 2ª parcela da OUTORGA FIXA, correspondente ao valor de 50% (cinquenta por cento) da OUTORGA FIXA prevista na PROPOSTA COMERCIAL, deverá ser paga em até 15 (quinze) dias do término do PROGRAMA DE INTERVENÇÃO do CONTRATO, em uma única parcela, devidamente reajustada pelo ÍNDICE DE REAJUSTE até a data do pagamento, nos termos do ANEXO V do CONTRATO – MECANISMO DE PAGAMENTO DE OUTORGA.

De acordo com o edital, o prazo estabelecido para o pagamento da segunda parcela da outorga fixa é o “término do programa de intervenção do contrato”, isto é, o término da execução das obras obrigatórias, cujo prazo é de 48 (quarenta e oito) meses, ou seja, 04 (quatro) anos, conforme a cláusula 12.1.1 da minuta do contrato (peça 11, fl. 22).

O acompanhamento da execução dos contratos de concessões e PPPs no município de São Paulo demonstra que muito raramente as concessionárias executam as obras obrigatórias no prazo inicialmente estipulado. É rotineira a edição de Termos de Aditamento a esses contratos estabelecendo novos prazos para a conclusão de tais marcos. Desse modo, ainda que o edital preveja o reajuste dessa segunda parcela (cláusula 14.10 do edital e item 2.3.3 do Anexo V do contrato, peça 22, fls. 4), ao vincular o pagamento à finalização das obras obrigatórias, a Administração assume um grau injustificado de incerteza quanto à data de recebimento da segunda parcela da Outorga Fixa.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 27 e peça 52, fls. 281/282):

A Origem indica que o pagamento da segunda parcela da Outorga Fixa, vinculada à conclusão do Programa de Implantação, é acompanhado de uma penalidade contratual por atraso de obras. Conforme a 21ª penalidade presente no Anexo IV do Contrato – Penalidades, incorre-se uma multa de 0,1% do Valor estimado do contrato (R\$ 713.739.254,27) por mês de atraso, muito superior ao valor da segunda parcela da Outorga Fixa (R\$ 184.489,45).

Para a Origem, a diferença nesses valores seria o suficiente para criar incentivos financeiros para o Concessionário cumprir com os prazos e terminar o programa de intervenção em até 48 meses.

Análise da Coordenadoria:

Apesar de a concessionária ter incentivos financeiros em concluir as obras no prazo, evitando penalidades financeiras substanciais, a prática tem se mostrado distinta da teoria, como observado em casos como os atrasos nas obras da Concessão do Pacaembu (Contrato 01/SEME/2019, nº SEI 6071.2018/0000124-3 e e-TCM 5160/2021).

Diante do exposto, por mais que existam instrumentos que incentivem o concessionário a concluir as obras da concessão em um período de até 48 meses, a Administração continua assumindo um grau injustificado de incerteza quanto à data de recebimento da segunda parcela da Outorga Fixa.

Assim, reitera-se o achado.

3.7.2. Ausência de justificativa para a falta de escalonamento das alíquotas a serem aplicadas à receita bruta.

A outorga variável resulta da aplicação de alíquotas sobre a receita bruta da Concessionária apurada anualmente. A respeito dos valores das alíquotas a serem aplicadas, dispõe o Anexo do V do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Outorga (peça 22, fl. 14):

3.1. A parcela de OUTORGA VARIÁVEL é o montante, que incide anualmente, resultante da aplicação de alíquota sobre a totalidade da RECEITA BRUTA PARA CÁLCULO DA OUTORGA VARIÁVEL da CONCESSIONÁRIA.

3.2. O valor da alíquota de OUTORGA VARIÁVEL será de:

- a) 1% (um por cento) do valor da RECEITA BRUTA PARA CÁLCULO DA OUTORGA VARIÁVEL anual da CONCESSIONÁRIA caso este valor seja inferior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais).
- b) 1,5% (um e meio por cento) do valor da RECEITA BRUTA PARA CÁLCULO DA OUTORGA VARIÁVEL anual caso seja igual ou superior a R\$60.000.000,00 (sessenta milhões de reais) e inferior a R\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de reais).
- c) 2% (dois por cento) do valor da RECEITA BRUTA PARA CÁLCULO DA OUTORGA VARIÁVEL anual caso seja igual ou superior a R\$ 70.000.000,00 (setenta milhões de reais).

O mesmo se aplica quanto ao Adicional de Desempenho, item 5.4 do mesmo Anexo (peça 22, fls. 9).

Apesar de informar o intervalo de cada faixa no escalonamento e as respectivas alíquotas que devem ser pagas para o Poder Concedente, não se encontram na Nota Técnica e nos Anexos da Minuta do Edital explicações de como essas faixas e suas alíquotas foram determinadas.

Considerando as projeções feitas no Plano de Negócios de Referência (Peça 14, fls. 26/30), constata-se que o maior montante de pagamento feito pela concessionária provém da outorga variável, indicando a sua alta relevância e materialidade no projeto. Em função disso, surge a necessidade de maior esclarecimento dos critérios utilizados na definição dos parâmetros que definem a regra de cálculo da Outorga Variável.

Dessa forma, reputa-se injustificada a definição das alíquotas aplicadas sobre a receita bruta, em função da relevância e da materialidade de tal provento.

Manifestação Prévia da Origem (peça 52, fls. 283/286):

Origem optou por remodelar o cálculo da outorga variável e incluir um escalonamento de 5 valores para a sua alíquota, alegando que acolheu o apontamento. Segue abaixo o novo escalonamento:

Tabela 16: Novas alíquotas previstas para o cálculo da outorga variável.

Alíquota	Intervalo
0,50%	$x < 60000$
1,50%	$60000 \leq x < 75000$
3,00%	$75000 \leq x < 90000$
4,00%	$90000 \leq x < 105000$
5,00%	$x \geq 105000$

Fonte: Anexo IV do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Outorga

A SGM ressalta que:

Ressalte-se que a definição desses valores foi baseada no entendimento de que o faturamento não tem uma relação direta com os custos, ou seja, ele poderá, na maioria dos casos, refletir lucros. Por essa razão, a importância de se reduzir a progressividade em relação à faixa inicial prevista. O aumento das alíquotas progressivas, por sua vez, visa capturar eventuais receitas excessivas — muito superiores às projetadas no Plano de Negócios Referenciais — em favor do Poder Concedente. Além disso, foi instituído um mecanismo de Adicional de

Desempenho, o qual também é impactado pelo aumento da receita bruta obtida, elevando a exposição financeira da concessionária conforme sua capacidade de gerar receitas, podendo chegar a até 15%.

De acordo com a Nota Técnica da SPP, a nova estrutura está em linha com as outras licitações promovidas pela Prefeitura de São Paulo, como a concessão do Parque Municipal Campo de Marte.

Análise da Coordenadoria:

Diante das alterações e informações fornecidas pela Origem, supera-se o achado uma vez que foram esclarecidas as dúvidas em relação às faixas de alíquotas relacionadas a Outorga Variável.

3.7.3. A redação do item 11 do Anexo IV do contrato não define como se dará a escolha final das empresas a serem contratadas como verificador independente e instituto de pesquisa.

O item 11 do Anexo IV do contrato – SMD dispõe sobre as diretrizes para seleção e contratação de Verificador Independente e Instituto de Pesquisa. Após a seleção das empresas pela concessionária, diante dos requisitos constantes nos itens 11.6 a 11.11.1, dispõe o item 11.12 (peça 21, fl. 32/34):

11.12. A CONCESSIONÁRIA deverá indicar lista com 3 (três) possíveis empresas ou consórcios que preencham os requisitos elencados nos subitens acima para a escolha do VERIFICADOR INDEPENDENTE e do INSTITUTO DE PESQUISA.

11.12.1. O PODER CONCEDENTE poderá rejeitar os nomes indicados pela CONCESSIONÁRIA caso verifique o descumprimento de quaisquer regras e diretrizes relativas à contratação do VERIFICADOR INDEPENDENTE e/ou do INSTITUTO DE PESQUISA, conforme elencadas neste ANEXO.

11.13. A formalização do contrato entre a CONCESSIONÁRIA e o VERIFICADOR INDEPENDENTE, bem como entre a CONCESSIONÁRIA e o INSTITUTO DE PESQUISA, e de eventuais aditivos dependerá da aprovação prévia do PODER CONCEDENTE o qual figurará como interveniente e anuente da avença.

Ou seja, conforme este regramento, após seleção, a concessionária apresentará três empresas para o Poder Concedente, que poderá rejeitá-las caso entenda que não cumprem os requisitos do SMD. No entanto, a redação do edital não deixa claro como se dará a escolha final da empresa a ser contratada, não explicita se a concessionária apresentará essas empresas numa ordem de preferência ou em algum tipo de classificação. Apenas informa que o Poder Concedente poderá rejeitar empresas e que deve aprovar a contratação final.

Deste modo, o edital deve evidenciar de forma expressa como se dará a escolha final das empresas a serem contratadas como verificador independente e instituto de pesquisa.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 28 e peça 52, fl. 287):

A Origem indica que acatou o proposto no achado, ajustando a cláusula 11.12 do Anexo IV do contrato para prever que a Concessionária deverá contratar o Verificador Independente e o Instituto de Pesquisa, a partir de uma lista tríplice de empresas e consórcios, apresentada pelo Poder Concedente, que preencham os requisitos elencados. A redação da cláusula restou da seguinte forma:

“11.12. A CONCESSIONÁRIA É RESPONSÁVEL PELA CONTRATAÇÃO DO VERIFICADOR INDEPENDENTE e do INSTITUTO DE PESQUISA.

11.12.1. O PODER CONCEDENTE indicará, em lista tríplice a ser fornecida pela CONCESSIONÁRIA, o VERIFICADOR INDEPENDENTE e o INSTITUTO DE PESQUISA que deverão ser contratados.”

Na peça 47, informa que:

Acatando ao presente Achado, foram realizados ajustes na cláusula 11.12 do Anexo IV do Contrato – Sistema de Mensuração de Desempenho a fim de prever que a Concessionária deverá contratar o Verificador Independente e o Instituto de Pesquisa, a partir de uma lista tríplice de empresas ou consórcios, apresentada pelo Poder Concedente, que preencham os requisitos elencados.

Análise da Coordenadoria:

O presente achado visava assegurar que o instrumento contratual dispusesse de regras que orientassem a escolha, pela Administração, do Verificador indicado pelo Concessionário, de forma a conferir maior segurança jurídica ao procedimento.

Em que pese a origem informar que o Poder Concedente deveria fornecer a lista tríplice, a redação do item 11.12.1 na versão publicada do edital indica que a lista tríplice deve ser fornecida pela concessionária (peça 68, fl. 34).

Vale observar que de acordo com os Acórdãos 2472/2020, 1766/2021, 1769/2021 e 2804/2021– Plenário do TCU, a referida corte é favorável à contratação do verificador independente pela

concessionária, sendo escolhida pelo poder concedente com base em lista tríplice apresentada pela concessionária³⁴.

Não obstante, remanescem as indefinições suscitadas inicialmente, quanto à ausência de critérios e definições para a escolha da Administração. Assim, não está claro como se dará a escolha final da empresa a ser contratada, não explicita se a concessionária apresentará essas empresas numa ordem de preferência ou em algum tipo de classificação.

Pelo exposto, reitera-se o achado.

3.7.4. Não se justifica a opção pela apuração dos indicadores e do Sistema de Desempenho após o 13º mês da contratação, tendo em vista que a concessionária já assume a área da concessão e pode implementar atividades de receitas no terceiro mês após a data da ordem de início.

Conforme a cláusula 31.12 da minuta do contrato dispõe (peça 11, fl. 65):

31.12. O PODER CONCEDENTE se valerá de VERIFICADOR INDEPENDENTE e de INSTITUTO DE PESQUISA para auxiliá-lo no acompanhamento da execução do presente CONTRATO e no processo de aferição do FATOR DE DESEMPENHO, nos termos deste CONTRATO e seus ANEXOS, em especial, o ANEXO III – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA.

Já a cláusula 32ª da minuta do contrato (peça 11, fl. 66) prevê a contratação de um verificador independente e de um instituto de pesquisa, sob o regime privado, pela concessionária, sendo ela a responsável pelos respectivos custos da contratação. Dispõe que a contratação de ambos deverá ser feita em até 09 (nove) meses da data de ordem de início.

Especificamente em relação ao verificador independente, ele será o responsável pela aferição dos indicadores de desempenho definidos no item 6 do Anexo IV do contrato – Sistema de Mensuração de Desempenho (SMD), referentes à Zeladoria (limpeza, conservação e manutenção dos parques), Educação e Manejo Ambiental (manejo da fauna e de áreas verdes, etc.) e Bem-estar e Experiência do Usuário (segurança, entre outros) (peça 21, fl. 7). A apuração

³⁴ No âmbito do processo de concessão dos serviços de apoio turístico dos Parques Nacionais de Aparados da Serra e Serra Geral (TC [Processo 011.535/2020-2](#); [Acórdão 2472/2020-TCU-Plenário](#)), relatado pelo Ministro Walton de Alencar Rodrigues, constava na minuta contratual a figura do "verificador independente", com atuação semelhante à do verificador de conformidade. A contratação e remuneração do verificador independente seria realizada pela futura concessionária, sendo escolhido pelo poder concedente com base em lista tríplice apresentada pela concessionária. Para mitigar o possível conflito de interesse, uma mesma empresa poderia atuar como verificador independente por, no máximo, cinco anos, sem possibilidade de recontração para o período subsequente.

desses indicadores levará ao cálculo do fator de desempenho, que por sua vez afetará o cálculo da outorga variável.

No entanto, dispõem os itens 4.1 e 11.4 do Anexo IV do contrato – SMD (peça 21, fl. 32):

4.1. Os INDICADORES DE DESEMPENHO ID1, ID3, ID4 e ID6 terão a aferição iniciada no 13º (décimo terceiro) mês contado a partir da DATA DA ORDEM DE INÍCIO. [...]

11.4. A atuação de verificação do VERIFICADOR INDEPENDENTE terá início até o trimestre iniciado no 13º (décimo terceiro) mês da DATA DA ORDEM DE INÍCIO e perdurará até a extinção do CONTRATO, sendo que a Etapa I descrita no item 12.3 deve estar finalizada até o início do período de aferição do primeiro FDE.

Ou seja, a primeira intervenção do verificador independente, apurando os citados indicadores, somente está prevista para ocorrer após o primeiro ano da concessão.

Em que pese a previsão contratual de um período de transição, tem-se que, conforme as cláusulas 6.1.2 e 6.3 da minuta do contrato (peça 11, fl. 11), após três meses da data de início a concessionária já assume toda a extensão da área da concessão, ou seja, todos os parques, bem como os bens neles inseridos, e pode implementar atividades associadas e explorar fontes de receita a execução do objeto do contrato.

No entanto, a primeira apuração dos indicadores pelo verificador somente está prevista para nove meses após o início da atuação da concessionária.

Ressalta-se o estipulado na minuta de contrato (peça 75, fl. 151):

15.1. São obrigações do PODER CONCEDENTE, sem prejuízo de outras obrigações previstas neste CONTRATO e em seus ANEXOS e na legislação aplicável:

q) acompanhar, fiscalizar permanentemente e atestar o cumprimento deste CONTRATO, bem como analisar as informações prestadas pela CONCESSIONÁRIA, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações;
[...]

31.4. As modalidades de apoio técnico de terceiros não substituem e nem afastam o exercício do poder de fiscalização do PODER CONCEDENTE no âmbito da CONCESSÃO.

Bem como Anexo IV do contrato –SMD (peça 75, fl. 933):

12.9. A contratação do VERIFICADOR INDEPENDENTE não impede que o PODER CONCEDENTE realize a aferição dos indicadores ou eventuais vistorias por conta própria.

Desse modo, o Poder Concedente deve contratar o verificador independente para iniciar a apuração dos indicadores e a mensuração do Sistema de Desempenho ainda no primeiro ano da contratação, tendo em vista que a concessionária já assume a área da concessão e pode implementar atividades de receitas no terceiro mês após a data da ordem de início.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 28/29 e peça 52, fls. 288/289):

A Origem justifica que deu início à apuração da nota de desempenho a partir do 13º mês de concessão tendo em vista a necessidade de um período de transição adequado para garantir que a Concessionária tenha condições materiais de executar a concessão. Ela indica que a Concessionária precisará de um período de transição para que obtenha a integral gerência da concessão antes do início da apuração, o referido prazo de acordo com a cláusula 6º do Contrato se estenderá por no mínimo 6 meses.

Além disso, ela indica que este prazo é necessário devido a necessidade de solução de trâmites jurídicos e administrativos para garantir que a área de concessão seja entregue à Concessionária livre e desimpedida de quaisquer restrições de uso, como ocupações irregulares. Em um cenário como esse, a Concessionária poderia ser penalizada por um fator relevante que ela não controla, prejudicando a legitimidade do Projeto.

Diante do exposto, a Concessionária entende que o prazo proposto para o início da apuração do SMD é adequado e condiz com o período necessário para a transição e plena operação da Concessão por parte da Concessionária.

Análise da Coordenadoria:

Apesar de existir um período de transição definido no edital, sabe-se que de acordo com as cláusulas 6.1.2 e 6.3 da minuta do contrato (peça 58, fls. 10/11), a partir do início do quarto mês da concessão, toda a extensão de área concedida é assumida pelo Concessionária, podendo executar atividades associadas e explorar fontes de receita previstas pelo contrato. Em função disso, espera-se que a partir do quarto mês se inicie a apuração dos indicadores pelo verificador

independente, marco temporal que precede o 13º mês previsto no Anexo IV do Contrato – Sistema de Mensuração de Desempenho (peça 68, fl. 5).

Em resposta à manifestação da Origem, que indica que no primeiro ano de concessão a Concessionária necessitará de um período de transição e de que, durante os primeiros meses da operação, poderão ocorrer problemas como restrições de uso em decorrência de ocupações irregulares. Observa-se que o próprio Anexo IV do Contrato – Sistema de Mensuração de Desempenho (peça 68, fl. 5) concede um arredondamento de nota para o concessionário em casos em que a nota fique entre 0,8 e 0,99, o que indica que caso haja uma performance abaixo do esperado durante os primeiros meses da concessão, o próprio SMD já oferece uma compensação para o Concessionário.

Diante do exposto, observa-se que dadas as responsabilidades e os direitos concedidos ao concessionário e em decorrência da majoração de notas agraciadas pelo SMD, deve-se adiantar o início da apuração dos índices de desempenho para o fim do terceiro mês da concessão. Assim, reitera-se o achado.

3.7.5. A vinculação do início da elaboração da Pesquisa de Satisfação do Usuário pelo Instituto de Pesquisa à finalização do Programa de Intervenções não se justifica, tendo em vista que a exploração da área da concessão se inicia no terceiro mês da execução contratual e o programa de intervenções tem prazo de 48 meses para sua finalização.

A Cláusula 32ª do contrato dispõe sobre a contratação de um Verificador Independente e de um Instituto de Pesquisa (peça 11, fl. 66):

32.1. O VERIFICADOR INDEPENDENTE e o INSTITUTO DE PESQUISA serão contratados, sob o regime privado, pela CONCESSIONÁRIA, a quem competirá arcar, integralmente, com os respectivos custos da contratação.

[...]

32.2. A contratação do VERIFICADOR INDEPENDENTE e do INSTITUTO DE PESQUISA deverá ser concluída pela CONCESSIONÁRIA em até 9 (nove) meses, contados da DATA DA ORDEM DE INÍCIO, nos termos e condições previstos no ANEXO IV – SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO.

Ressalta-se que a minuta do contrato estabelece que a concessionária deve fazer a contratação desses dois agentes em até 09 (nove) meses da data de ordem de início.

No entanto, dispõe o Anexo IV do Contrato – SMD (peça 21, fl. 32):

11.5. Sem prejuízo da realização da Pesquisa de Uso Público descrita no ANEXO III do CONTRATO – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA, a atuação de verificação do INSTITUTO DE PESQUISA terá início no ciclo trimestral de Avaliação de Desempenho imediatamente após a conclusão do PROGRAMA DE INTERVENÇÕES e perdurará até a extinção do CONTRATO, sendo que a Etapa I descrita no item 12.2 deve estar finalizada até o início do período de aferição do primeiro FDE contendo os INDICADORES DE DESEMPENHO relativos à Pesquisa de Satisfação do USUÁRIO.

Deste modo, tem-se que o edital prevê a contratação do Instituto de Pesquisa em até 09 meses da data da ordem de início dos serviços, mas afirma que sua atuação somente será no trimestre após a conclusão do Programa de Intervenções, isto é, da conclusão das obras obrigatórias, cujo prazo é de 48 (quarenta e oito) meses, ou seja, 04 (quatro) anos, conforme a cláusula 12.1.1 da minuta do contrato (peça 11, fl. 22).

Pelo que consta no edital, até à conclusão do Programa de Intervenções, o Instituto de Pesquisa somente seria responsável pela Pesquisa de Uso Público, prevista no item 40 do Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos (peça 16, fls. 62/63), Ressalta-se que após a elaboração da primeira dessas pesquisas, em até 01 (um) ano da data da ordem de início, ela somente seria feita a cada 2 (dois) anos, conforme o item 40.3 do Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos (peça 16, fls. 62).

Mais relevante, a pesquisa de uso público não interfere no Sistema de Mensuração de Desempenho da concessionária, conforme item 8.1.1 do Anexo IV do Contrato – SMD (peça 21, fl. 25). Conforme esse mesmo dispositivo, a atuação do Instituto de Pesquisa que impactaria no desempenho da concessionária, e, por conseguinte, no pagamento da outorga variável ao Poder Concedente, é a Pesquisa de Satisfação do Usuário.

Como se argumentou no item 3.7.1 desse relatório (parcelamento da outorga fixa mínima), o acompanhamento da execução dos contratos de concessões e PPPs no município de São Paulo demonstra que muito raramente as concessionárias executam as obras obrigatórias no prazo inicialmente estipulado.

Assim, conforme as regras atuais do item 11.5 do Anexo IV do Contrato, é provável que a primeira Pesquisa de Satisfação do Usuário a cargo do Instituto de Pesquisa seja elaborada somente após vários anos do início do contrato, não impactando na apuração do desempenho da concessionária, e, por conseguinte, no pagamento da outorga variável ao Poder Concedente.

Numa situação como essa, de atraso na implantação dos investimentos, é fundamental a elaboração e apuração da Pesquisa de Satisfação do Usuário logo no primeiro ano da concessão para capturar a percepção dos usuários dos parques num contexto de obras que não evoluem ou nunca terminam, e desse modo tornar-se um instrumento de apuração de inexecução contratual ou de incentivo à concessionária para que atinja sua finalização, através de seu impacto na mensuração do desempenho.

Assim, recomenda-se que a Origem reavalie a redação do item 11.5 do Anexo IV do Contrato – SMD, de modo que o início da elaboração da Pesquisa de Satisfação do Usuário não esteja vinculado à finalização do Programa de Intervenções e ocorra logo no primeiro ano da concessão.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 29 e peça 52, fl. 289):

A Origem declara que a elaboração da Pesquisa de Satisfação dos Usuários somente deverá ser feita a partir do momento em que a Concessionária tiver finalizado as intervenções obrigatórias e começado a operar a concessão e prestar serviços aos usuários. Uma avaliação antes do término desse período poderia penalizar a Concessionária por fatores que estão fora de seu controle, o que prejudicaria a legitimidade da operação.

Análise da Coordenadoria:

Reitera-se que apesar do programa de intervenções ter o seu término programado para o prazo de 48 meses da concessão, sabe-se que simultaneamente à implementação das obras e intervenções programadas ocorre o regular funcionamento dos parques. Ademais, como já explicitado no achado anterior, o próprio Anexo IV (peça 68, fl. 5) concede um arredondamento de nota para o concessionário em casos em que a nota fique entre 0,8 e 0,99, o que indica que

caso haja uma performance abaixo do esperado durante período de intervenções, o próprio SMD já compensaria uma possível redução de nota.

Outro ponto importante a se destacar é o fato de diversos programas de intervenções ultrapassarem o seu prazo limite de 48 meses, como o caso da concessão do Mercado Central e Kinjo Yamato, que no dia 27/11 declarou que irá atrasar o término das obras em função da alteração em um projeto de um edifício tombado. Tal fato indica que definir o início da Pesquisa de Satisfação do Usuário a partir do término do programa de intervenção poderá atrasar demasiadamente a apuração do desempenho da concessionária e o pagamento da Outorga Variável.

Diante do exposto, reitera-se o achado.

3.7.6. A redação da minuta do contrato trata de forma equivocada a obrigação de fiscalização do Poder Concedente.

Dispõe a minuta do contrato (peça 75, fl. 173):

31.9. No exercício da fiscalização, o PODER CONCEDENTE também poderá:

- a) acompanhar a execução de obras e a prestação dos serviços, atividades e fornecimentos, bem como a conservação dos BENS VINCULADOS À CONCESSÃO;
- b) proceder as vistorias para a aferição da adequação das instalações e equipamentos, determinando as necessárias correções, reparos, remoções, reconstruções ou substituições, às expensas da CONCESSIONÁRIA, quando estiverem em desacordo com as especificações prescritas neste CONTRATO e respectivos ANEXOS;
- c) intervir, quando necessário, na execução das atividades objeto da CONCESSÃO, nos termos da legislação e deste CONTRATO, de modo a assegurar a regularidade e o fiel cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela CONCESSIONÁRIA;
- d) determinar que sejam refeitas obras, atividades e serviços, sem ônus para o PODER CONCEDENTE, se as já executadas não estiverem de acordo com as especificações deste CONTRATO e seus ANEXOS, bem como com a legislação vigente e as normas técnicas aplicáveis; e
- e) aplicar as sanções e penalidades previstas neste CONTRATO.

Já no Anexo III do contrato, Caderno de Encargos, tem-se (peça 75, fls. 743):

45.5. O PODER CONCEDENTE poderá, a seu critério, realizar inspeções em todas as áreas e equipamentos objeto da CONCESSÃO a fim de realizar uma análise de conformidade entre o relatório apresentado e a situação real dos PARQUES, podendo, para tanto, contar com o apoio de terceiros.

45.6. Quando necessário, O PODER CONCEDENTE poderá emitir um relatório atestando o nível de conformidade entre o relatório apresentado pela CONCESSIONÁRIA e as informações coletadas in loco, contendo, inclusive, o registro fotográfico das inspeções, justificando o desempenho da CONCESSIONÁRIA nos níveis (i) pouco satisfatório, (ii) satisfatório e (iii) muito satisfatório, sem prejuízo às informações coletadas e analisadas no âmbito do ANEXO IV do CONTRATO – SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO.

Tem-se então que as citadas cláusulas contratuais, todas referentes à fiscalização contratual, em especial a respeito da atuação do Poder Concedente, dispõem sobre a “possibilidade” dessa atuação, quando o correto seria o dever de atuação.

Nesse ponto, é bom citarmos a Lei de Licitações e Contratações vigente, LF nº 14.133/21:

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

[...] III - fiscalizar sua execução;

Ou seja, a fiscalização dos contratos pela Administração não é uma possibilidade, mas um dever, uma prerrogativa, isto é, um direito especial, uma distinção, que é inerente ao sujeito que a detém. Ou seja, é uma exclusividade do Estado fiscalizar os contratos, que não pode ser delegada a terceiros, além de ser um dever, e não uma faculdade.

Também cumpre citar a Lei das Concessões, LF nº 8.987/95:

Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

[...] Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

Do mesmo modo, cita-se o DM nº 52.100/22, relativo à regulamentação municipal sobre licitações e contratações públicas:

Art. 119. Considera-se fiscalização de contratos, para os fins deste decreto, a atribuição de verificação da conformidade dos serviços e obras executados e dos

materiais entregues com o objeto contratado, de forma a assegurar o exato cumprimento do contrato, devendo ser exercida por representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo com informações pertinentes a essa atribuição.

Como já informado nesse relatório, a minuta de edital prevê as contratações de verificador independente e instituto de pesquisa para assistir e subsidiar a fiscalização do Poder Concedente, mas não para substituí-la, conforme cláusula 32.3 da minuta contratual (peça 75, fl. 173):

32.3. O VERIFICADOR INDEPENDENTE não substitui e nem afasta o exercício do poder de fiscalização do PODER CONCEDENTE no âmbito da CONCESSÃO.

A minuta de contrato, ao trazer que o Poder Concedente “ poderá acompanhar a execução de obras e a prestação dos serviços”, “proceder as vistorias para a aferição da adequação das instalações e equipamentos”, “intervir, quando necessário, na execução das atividades objeto da concessão”, “determinar que sejam refeitas obras, atividades e serviços”, “aplicar penalidades”, “realizar inspeções em todas as áreas e equipamentos objeto da concessão”, etc., vai de encontro às citadas determinações legais, de modo que se verifica a necessidade de alteração da redação dos citados itens contratuais, bem como de outros aqui não citados que também estejam disciplinados nesse mesmo sentido.

Desse modo, a redação da minuta do contrato deve ser revista e expressa no sentido que o Poder Concedente tem o dever e não a possibilidade de fiscalizar o contrato, em estrito cumprimento dos artigos 3º e 29, I da LF 8.987/95, e do inciso III do art. 104 da LF 14.133/21.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls.08/09 e peça 52, fls. 290/291):

A Nota Técnica da SPP resume assim seus argumentos:

- O dever de fiscalizar permanentemente a concessão por parte do Poder Concedente é obrigação legal e não há disposição contratual que possa conter a referida obrigação legal;
- A minuta de contrato dispõe expressamente a obrigação, do Poder Concedente, de acompanhar, fiscalizar permanentemente e atestar o cumprimento do Contrato, bem como analisar as informações prestadas pela Concessionária (cláusula 15.1(q) da minuta do contrato).
- Ressalta-se que as disposições contratuais mencionadas no âmbito deste Achado também foram utilizadas em outros projetos e concessões referendadas por este E. Tribunal de Contas.

- Sendo assim, pede-se pela superação do presente Achado.

No mesmo sentido argumenta a SGM na peça 47.

Análise da Coordenadoria:

No presente achado verificou-se a utilização de termos e expressões que conferiam imprecisão aos limites da atuação do Poder Concedente como responsável pela fiscalização objetiva do contrato e do Verificador Independente, cuja atuação se circunscreve à apuração dos índices de desempenho e cálculo do impacto deste no valor de outorga.

No entanto, vez que nesta oportunidade a Origem declara-se ciente dos limites legais de sua atuação, o apontamento pode ser considerado superado.

3.7.7. O edital não dispõe de procedimentos de aprovação, por parte do Poder Concedente, a respeito das fontes de receita a serem instaladas pela concessionária nos parques.

Quando do acompanhamento de execução contratual do Contrato de Concessão nº 057/SVMA/2019, firmado entre a SVMA, SGM e a concessionária Urbia Gestão de Parques SPE, cujo objeto é a Concessão para a prestação dos serviços de gestão, operação e manutenção dos parques Ibirapuera, Jacintho Alberto, Eucaliptos, Tenente Brigadeiro Faria Lima, Lajeado e Jardim Felicidade TC nº 05557/2021, item 3.7, observou-se a ausência, pelo Poder Concedente, de adequado acompanhamento da implantação de receitas pela concessionária.

Assim como na presente minuta de edital em análise, naquele contrato a implantação e viabilização de fontes de receita competem à concessionária. No entanto, o contrato, sob diferentes aspectos, previu que o Poder Concedente acompanhasse essa implantação, porém sem maiores detalhamentos desse processo. Observou-se a necessidade de elaboração de documento que estabelecesse procedimento a respeito da forma e dos limites da atuação do Poder Concedente na aprovação de fontes de receitas, de maneira a garantir a fiscalização adequada do contrato e simultaneamente mitigar os riscos de prejuízos ao cumprimento das obrigações contratuais, em sintonia com o Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei 13.655/2018:

Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.

A título de exemplo, o presente projeto poderia estabelecer que a concessionária somente poderá empreender nova fonte de receita após prévia autorização do poder concedente e que essa aprovação ficará condicionada à apresentação, pela concessionária, de um plano de ocupação que descreverá, pelo menos:

- as atividades econômicas a serem instaladas;
- as características dos empreendimentos, abrangendo a descrição geral das dimensões estruturais das edificações, se for o caso;
- os estudos e análise que demonstram o impacto social, ambiental, econômico e urbano na vizinhança;
- o prazo para a implantação e desmobilização da atividade;
- o estudo econômico-financeiro do empreendimento;
- a estimativa de impacto que a receita decorrente da exploração do projeto associado causaria no pagamento de outorgas;

Assim, o edital deve prever procedimentos de aprovação, por parte do Poder Concedente, a respeito das fontes de receita a serem instaladas pela concessionária nos parques.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 29/30 e peça 52, fls. 291/294):

A Origem indica que exigir a aprovação do Poder Concedente para novas fontes de receita pela Concessionária é pertinente, porém deve ser analisada com cautela, uma vez que o instrumento de Concessão pressupõe uma margem de autonomia para a Concessionária na gestão do empreendimento, incluindo a exploração de novas fontes de receita, com mecanismos e compartilhamento de receita beneficiando o interesse público.

Além disso, ela declara que foi adicionada à Minuta do Contrato (peça 58, fl. 47) as subcláusulas 17.1 e 17.2, que enumeram fontes de receita que podem ser implementadas sem a necessidade de prévia autorização do Poder Concedente:

17.1. As FONTES DE RECEITAS a serem auferidas pela CONCESSIONÁRIA decorrerão da exploração comercial dos PARQUES.

17.2. A CONCESSIONÁRIA somente poderá explorar FONTES DE RECEITA diversas daquelas explicitamente previstas na subcláusula

17.2.1 após prévia e expressa autorização do PODER CONCEDENTE vendas; 17.2.1. Prescinde de autorização do PODER CONCEDENTE a exploração de FONTES DE RECEITA pela CONCESSIONÁRIA que tenham por natureza:

c) Venda de produtos, alimentos e bebidas, inclusive por meio de máquinas de d) Instalação e cessão de espaço em Mobiliários Urbanos para Informação – MUPIs. nos termos da legislação aplicável;

e) Instalação e exploração de Quiosques; f) Cessão de Uso de Espaço;

g) Cessão de espaço para Filmagens; h) Realização de Atividades e Eventos Esportivos;

i) Instalação e exploração de Estacionamento; Página 47 de 126

j) Realização de aulas e workshops;

k) Exploração de visitas guiadas e trilhas ecológicas;

l) Exploração de Serviços Gastronômicos;

m) Cessão de espaço para Publicidade e Patrocínios, nos termos da Lei Cidade Limpa;

n) Aluguel de Equipamentos esportivos e de lazer, incluindo equipamentos de esportes náuticos;

o) Instalação e exploração de equipamentos de mobilidade, como funicular e transporte de van/micro-ônibus entre PARQUES; e

p) Realização de Passeios e Transporte Náutico.

Para outras fontes, será necessária autorização prévia. Tal cláusula busca equilibrar a necessidade de controle gerencial com a flexibilidade na exploração comercial da Concessão, garantindo agilidade à Concessionária e supervisão do Poder Concedente sobre atividades com potencial significativo.

Análise da Coordenadoria:

Confirma-se a alteração da Minuta do Contrato, em que foram adicionadas as subcláusulas 17.1 e 17.2. No entanto, questiona-se a ausência dos itens a) e b) na subcláusula 17.2. Apesar da

alteração feita na Minuta do Contrato, observa-se que o principal ponto do achado 3.7.7 não foi respondido pela Origem, que seria a previsão de procedimentos de aprovação exatamente nos casos em que a receita não está prevista na subcláusula 17.2 e que seria necessária a autorização do Poder Concedente.

Desse modo, ao se definir um procedimento, gera-se segurança jurídica para o Concessionário, uma vez que a referida autorização seguirá ritos com atos e prazos pré-definidos.

Assim, o edital deve prever procedimentos de aprovação, por parte do Poder Concedente, nos casos em que as receitas não estejam previstas na Minuta do Contrato.

Pelo exposto, reitera-se o achado.

3.7.8. O edital não prevê procedimentos de acompanhamento gerencial, por parte do Poder Concedente, a respeito da execução das fontes de receita a serem instaladas pela concessionária nos parques. A ausência dessa previsão é prejudicial à fiscalização e à gestão do contrato porque: i) pode dificultar a fiscalização da consistência nas informações a respeito do total de receitas informado para fins de apuração das parcelas de outorga variável; ii) pode prejudicar a gestão de informações no âmbito da concessão, o que pode ser importante nos processos de Revisão Ordinária do contrato ou Extraordinária, de modo a evitar problemas de assimetria de informação em eventual reequilíbrio econômico-financeiro.

Quando do acompanhamento de execução contratual do Contrato de Concessão nº 057/SVMA/2019, firmado entre a SVMA, SGM e a concessionária Urbia Gestão de Parques SPE, cujo objeto é a Concessão para a prestação dos serviços de gestão, operação e manutenção dos parques Ibirapuera, Jacintho Alberto, Eucaliptos, Tenente Brigadeiro Faria Lima, Lajeado e Jardim Felicidade, no TC nº 05557/2021, item 3.7, observou-se a ausência, pelo Poder Concedente, de adequado acompanhamento da execução das fontes de receitas pela concessionária, para fins gerenciais e de prevenção da assimetria informacional.

Além do dever de acompanhar a implantação das fontes de receita para fins de colaboração e atuação cooperativa para o sucesso da execução do objeto contratual, bem como de prevenir os riscos assumidos, deve-se ressaltar ainda a importância de que o Poder Concedente mantenha acompanhamento, para fins gerenciais, das fontes de receita implementadas pela concessionária.

Isso porque o efetivo conhecimento e registro da situação econômica da concessão é de importância crucial para fins de redução da assimetria de informações. O conhecimento mínimo a respeito da exploração econômica do objeto concedido é de grande valia tanto na fiscalização da consistência nas informações a respeito do total de receitas informado para fins de apuração das parcelas de outorga variável, quanto na avaliação de eventual Revisão Ordinária ou Extraordinária do contrato.

Com efeito, a assimetria de informação é problema importante e frequente em contratos de concessão, especialmente por conta do longo prazo de duração e da complexidade e abrangência dos ajustes, podendo gerar prejuízos financeiros em situações de reequilíbrio e ainda dificultar a exigência do cumprimento das obrigações da concessionária.

Na presente minuta de edital e seus anexos, não se identificou a descrição de procedimentos de acompanhamento gerencial, por parte do Poder Concedente, da implantação das fontes de receita pela concessionária.

É prevista a apresentação de prestação de contas anual pela concessionária (Cláusula 30ª da minuta do contrato), bem como relatórios financeiros semestrais (item 48 do Anexo III do contrato – Caderno de Encargos), mas nada consta a respeito da avaliação dessa documentação pelo Poder concedente.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fls. 30/31 e peça 52, fls. 294/295):

Para a Origem, a apresentação dos relatórios financeiros anuais e semestrais, exigidos pelo contrato, fornece informações suficientes para o Poder Concedente acompanhar a execução das fontes de receita. Além disso, a cláusula 31.7 do Contrato permite que o Poder Concedente demande, a qualquer momento, informações técnicas, operacionais, econômicas, financeiras e contábeis da Concessionária, com prazo razoável para atendimento.

Outro argumento utilizado pela origem seria de que o Anexo VI do Contrato – Penalidades (peça 70, fl. 3) estipula uma multa de R\$ 713.739,25, caso a Concessionária não apresente, archive ou negue acesso a informações.

Por fim, indica que a exigência de procedimentos adicionais de acompanhamento gerencial seria redundante e geraria sobre trabalho desnecessários à gestão contratual.

Análise da Coordenadoria:

Apesar de o contrato exigir a publicação dos relatórios financeiros anuais auditados e semestrais e de existir a penalidade para casos em que não se apresente, archive ou negue acesso de informações, percebe-se que, na prática, a exigência desses relatórios financeiros não tem sido suficiente para o adequado acompanhamento da execução das fontes de receitas pela concessionária, para fins gerenciais e de prevenção da assimetria informacional.

Casos como os expostos acima ocorreram em recentes concessões, como se observou na inspeção – Concessão de Serviços Cemiteriais eTCM 15.633/2024, em que a análise de indicadores contábeis indicou a necessidade de se exigir informações adicionais, para que se efetive uma avaliação quanto à capacidade de se manter a execução contratual.

Vale lembrar que o efetivo conhecimento e registro da situação econômica da concessão é de grande importância para fins de redução da assimetria de informações. O conhecimento mínimo a respeito da exploração econômica do objeto concedido é de grande valia tanto para a fiscalização das informações a respeito do total de receitas para fins de apuração das parcelas de outorga variável, quanto para a avaliação de eventual Revisão Ordinária ou Extraordinária do contrato.

Além disso, vale ressaltar que a previsão de penalidades relacionadas à não apresentação, ao arquivamento e a de negativa ao acesso a informações não tem impedido as Concessionárias de promover condutas que aumentem a assimetria de informação.

Com efeito, a assimetria de informação é um problema importante e frequente em contratos de concessão, especialmente por conta do longo prazo de duração e da complexidade e abrangência dos ajustes, podendo gerar prejuízos financeiros em situações de reequilíbrio e ainda dificultar a exigência do cumprimento das obrigações da concessionária.

Diante do exposto, mantém-se o posicionamento de que o edital deve prever procedimentos de acompanhamento gerencial, por parte do Poder Concedente, a respeito da execução das fontes de receita a serem instaladas pela concessionária nos parques.

Pelo exposto, reitera-se o achado.

3.7.9. O edital não prevê procedimentos de atestação e aprovação trimestral pelo Poder Concedente da documentação a ser enviada pela concessionária, através do gestor e do fiscal designados para esse contrato, tendo em vista as atribuições previstas no arts. 118 e 120 do DM nº 62.100/2022 (idem para documentação a ser apresentada semestral e anualmente).

A minuta contratual e seus anexos preveem a entrega trimestral, pela concessionária, de diversa documentação:

- Relatório de Operação e Gestão cláusula 14.2. da minuta do contrato, (peça 11, fl. 26);
- Relatório do Instituto de Pesquisa compreendendo o resultado Nota Final da Pesquisa de Satisfação do Usuário (NFPS), bem como todas as informações pertinentes quanto à pesquisa conduzida, inclusive o perfil demográfico dos Usuários item 12.4 do Anexo IV do contrato, peça 21 fls. 36);
- Relatório de Desempenho compreendendo o resultado do fator de desempenho (FDE) bem como todas as informações utilizadas para a sua aferição e dos indicadores de desempenho que o compõem item 12.5 do Anexo IV do contrato (peça 21, fl. 37);
- Demonstrações Financeiras trimestrais da concessionária (item 1.4 do Anexo V do contrato, peça 22, fl. 3).

Não consta do edital e seus anexos previsão de procedimento de atestação e aprovação trimestral pelo Poder Concedente da documentação a ser enviada pela concessionária, através do gestor e do fiscal designados para esse contrato, tendo em vista suas atribuições previstas no art. 118 (gestor) e 120 (fiscal) do DM nº 62.100/2022. Além disso, há previsão de documentação a ser enviada semestralmente, e anualmente, tal como:

- Relatório Financeiro e de Regularidade Fiscal e Trabalhista, que comprove o atendimento dos encargos, determinações legais e regulamentares quanto às obrigações financeiras, tributárias, trabalhistas e previdenciárias (semestral - cláusulas 14.2. e 30.1 da minuta do contrato, peça 11, fls. 26 e 63, e item 48 do Anexo III do contrato, Caderno de Encargos, peça 16, fl. 78);
- Relatório auditado de sua situação contábil, incluindo, dentre outros itens: (i) as demonstrações contábeis, acompanhadas de notas explicativas e balancete analítico, revisadas por auditores independentes cujos trabalhos e relatórios obedeçam às Normas Brasileiras de Contabilidade editadas pelo CFC; (ii) balanço patrimonial; e (iii) demonstração de resultados correspondentes, a ser incluído no Relatório Financeiro e de Regularidade Fiscal e Trabalhista (anual – cláusula 30.2 da minuta do contrato, peça 11, fl. 63);
- Relatório de Operação e Gestão Anual (cláusula 14.2 e 28.6 da minuta do contrato, peça 11, fls. 26 e 61);

Logo, assim como no caso da documentação trimestral, recomenda-se a previsão de procedimento de atestação e aprovação pelo Poder Concedente da documentação semestral e anual a ser enviada pela concessionária, através do gestor e do fiscal do contrato, tendo em vista suas atribuições definidas pelo DM nº 62.100/2022.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 31 e peça 52, fl. 296):

A Origem declara que a Auditoria deve considerar a existência da cláusula 31.7 da Minuta do Contrato (peça 58, fl. 65), que confere ao Poder Concedente a autoridade para solicitar, a qualquer tempo, informações adicionais. Essa cláusula, juntamente com as penalidades previstas para o não cumprimento das obrigações contratuais, já estabelece mecanismo de controle e fiscalização.

Ademais, a Origem argumenta que a exigência de um procedimento formal de atestação e aprovação para cada relatório individual seria redundante. Isso porque a cláusula 31.7 permite ao Poder Concedente realizar uma análise mais aprofundada das informações quando necessário.

Análise da Coordenadoria:

Apesar de a SPP indicar que o Poder Concedente pode solicitar informações adicionais a qualquer momento, de acordo com a Cláusula 31.7 da Minuta do Contrato (peça 58, fl. 65), não é razoável assumir que tal prerrogativa é redundante com um procedimento de atestação e aprovação, em que o Poder Concedente teria a obrigação de analisar a documentação relacionada à execução do contrato.

Além disso, como na prática não há análise das documentações relacionadas à execução contratual, não há levantamento de provas para que sejam aplicadas as penalidades previstas sobre o não cumprimento das obrigações contratuais. Desse modo, o mecanismo de controle citado na Nota Técnica (peça 47, fl. 31 e peça 52, fl. 296) não se mostra válido.

Diante do exposto, mantém-se a recomendação sobre a previsão do procedimento de atestação e aprovação pelo Poder Concedente sobre a documentação trimestral, semestral e anual a ser enviada pela concessionária, através do gestor e do fiscal do contrato, tendo em vista suas atribuições definidas pelo DM nº 62.100/2022.

3.7.10. Inconsistência na fórmula de cálculo do Fator de Desempenho Anual, em que ocorre um arredondamento que desincentiva a concessionária a seguir os objetivos do SMD.

No presente caso, o Sistema de Mensuração de Desempenho (SMD), conforme descrito no Anexo VI da minuta de contrato (peça 21, fl. 3), tem como objetivo estabelecer os níveis mínimos de qualidade e disponibilidade exigidos pelo Poder Concedente, além de possibilitar a avaliação do desempenho da Concessionária em suas atividades.

O art. 23, inciso III, da LF nº 8.987/95 determina como cláusula essencial nos contratos de concessão a que deve especificar os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade dos serviços. No mesmo sentido, prevê o art. 3º, inciso III, da LM nº 16.211/15 critérios, metas, índices e indicadores de qualidade, eficiência e atualidade dos investimentos e serviços a serem executados, disponibilizados e prestados pela Concessionária.

O Fator de Desempenho (FDE) será calculado trimestralmente pela soma da Nota Final da Avaliação de Desempenho (NFAD) e da Nota Final da Pesquisa de Satisfação (NFPS), conforme a fórmula a seguir: $FDE = 0,7xNFAD + 0,3xNFPS$

Abaixo encontram-se os componentes do NFAD e do NFPS que serão apurados trimestralmente:

Tabela 17: Componentes do NFAD

Componentes da Avaliação de Desempenho		
Dimensão de Avaliação	Indicadores de Desempenho	Peso do Indicador no FDE
Zeladoria	Limpeza (ID1)	10%
	Conservação, Manutenção e Disponibilidade (ID2)	10%
Manejo e Educação Ambiental	Manejo de Fauna (ID3)	10%
	Manejo de Áreas Verdes (ID4)	15%
	Parque Escola (ID5)	5%
Bem-estar e Experiência do Usuário	Segurança (ID6)	10%
	Conformidade (ID7)	10%
Total		70%

Fonte: Elaboração SP Parcerias, alterado pela auditoria.

Tabela 18: Componentes do NFPS

Componentes do Pesquisa do Usuário		
Dimensão de Avaliação	Indicadores de Desempenho	Peso do Indicador no FDE
Zeladoria	Satisfação com a Zeladoria (PS1)	10%
Manejo e Educação Ambiental	Satisfação com o Manejo e Educação Ambiental (PS2)	10%
Bem-estar e Experiência do Usuário	Experiência do Usuário (PS3)	10%
Total		30%

Fonte: Elaboração SP parcerias, alterado pela auditoria.

O Fator de Desempenho Anual (FDA) influencia o valor do Adicional de Desempenho (AD) que a Concessionária deve pagar anualmente ao Poder Concedente. Ambos os índices são inversamente proporcionais, ou seja, é quanto menor for a avaliação do FDA, maior será o valor do AD a ser pago pela Concessionária.

O FDA deverá ser calculado anualmente por intermédio da seguinte fórmula (peça 21, fls. 5):

$$Se \frac{(FDE_1 + FDE_2 + FDE_3 + FDE_4)}{4} \geq 0,80, \text{então: } FDA = 1$$

$$\text{Se } \frac{(FDE_1 + FDE_2 + FDE_3 + FDE_4)}{4} < 0,80, \text{ então: } FDA = \frac{(FDE_1 + FDE_2 + FDE_3 + FDE_4)}{4}$$

- FDA é o fator de desempenho anual

- FDE_i é o fator de desempenho de cada um dos trimestres anteriores.

A fórmula do FDA apresenta uma inconsistência. Como mencionado anteriormente, o SMD visa estimular a qualidade na prestação dos serviços. No entanto, ao permitir que uma nota entre 0,80 e 0,99 seja “majorada” para 1,00, são admitidos cenários que não refletem condutas alinhadas aos objetivos do SMD.

Por exemplo, em um ano em que a concessionária obtém nota 0,00 em Manejo de Áreas Verdes (ID4) e nota máxima nos demais indicadores, por 4 trimestres consecutivos, seu FDA seria calculado em 0,85. Contudo, segundo o cálculo atual, essa pontuação seria considerada um FDA de 1,00, a nota máxima de desempenho, mesmo diante de uma avaliação insatisfatória na dimensão de manejo, o que indicaria uma baixa qualidade na prestação dos serviços.

Diante do exposto, a Origem deve reavaliar as fórmulas do FDA do Anexo IV do contrato, uma vez que permitem situações em que os objetivos do SMD, como qualidade e disponibilidade, não são atendidos, mas ainda assim resultam em uma nota máxima de 1,00 para o FDA.

Manifestação Prévia da Origem (peça 52, fls. 297):

A Origem indica que o Sistema de Mensuração de Desempenho foi calculado e regulamentado de forma que a Concessionária seja penalizada caso obtenha uma nota inferior 0,50 em um indicador por dois trimestres consecutivos. Diante disso, a Concessionária terá que apresentar um plano de ação para reduzir e corrigir os problemas identificados. Caso contrário, sua nota permanecerá sendo zero, refletindo um aumento de Outorga Variável.

Além disso, a Origem alega que esse sistema de arredondamento utilizado no referido SMD já foi aprovado e aplicado em outros contratos de PPPs e concessões, que foram validadas pelo TCM, e que sua aplicação proporciona uma menor variância no caixa da Concessionária.

Por fim, a Origem alega que foram adicionadas 3 penalidades no Anexo VI do Contrato – Penalidades (peça 70, fls. 9/13) relacionadas a casos em que a Nota de Avaliação de Desempenho seja inferior a 0,5.

Análise da Coordenadoria:

Apesar do SMD ter sido estruturado para penalizar a Concessionária caso a nota seja inferior a 0,50 por dois trimestres consecutivos e existirem diversas penalidades relacionadas a uma Nota de Avaliação de Desempenho inferior a 0,50, o foco do achado são os casos em que a referida avaliação fique em valores entre 0,8 e 0,99.

Reitera-se que os casos em que a nota se encontra dentro do intervalo do arredondamento, por exemplo, 0,80, mas com uma nota zero em um índice de alta importância, como o Manejo de Áreas Verdes (ID4), peso 0,2, ou uma nota zero em 2 índices, como a Limpeza (ID1) e a Conformidade (ID7), ambos com peso 0,1, a NAD será considerada 1, indicando que um arredondamento incentiva práticas indesejáveis por parte do Concessionário e que vão contra os objetivos do SMD.

Ademais, percebe-se que nas últimas avaliações de concessões promovidas pelo município de São Paulo, as NADs apuradas apresentaram valores entre 0,9 e 1. Por exemplo, na Concessão do Parque Trianon, cujo Fator de Desempenho do Ano 1 (2023-2024) foi de 0,916.

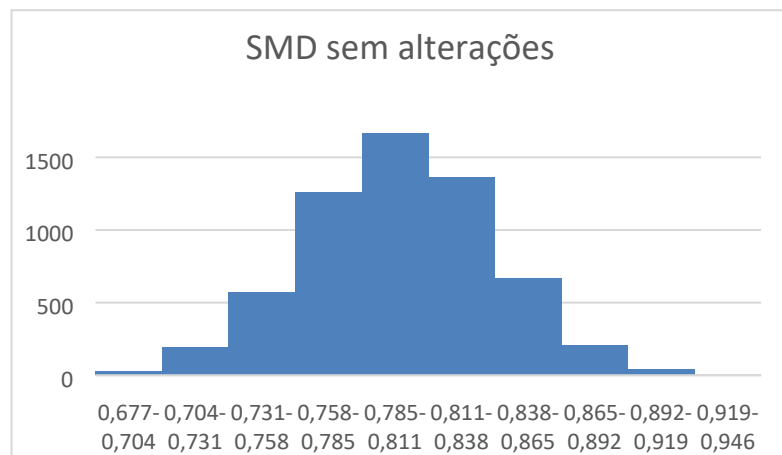
Por fim, foi feita uma simulação, baseada no método de Monte Carlo³⁵, com 5000 possíveis notas para o SMD, no qual cada índice um entre os 10 que compõem o FDA foram modelados por uma distribuição de probabilidade³⁶ independente. Após essa etapa inicial, utilizou-se os dados da simulação para calcular uma nota sem a influência do arredondamento, denominado de “SMD sem Alterações”, posteriormente, utilizou-se os mesmos dados para calcular a nota com o arredondamento adicionado à fórmula, denominado de “SMD com arredondamento”, ao

³⁵ Simulação de Monte Carlo - Designa-se por método de Montecarlo (MMC) qualquer método de uma classe de métodos estatísticos que se baseiam em amostragens aleatórias massivas para obter resultados numéricos. Em suma, utilizam a aleatoriedade de dados para gerar um resultado para problemas que a priori são determinísticos. São utilizados mais comumente em problemas de física e de matemática onde são muito difíceis ou impossível de serem resolvidos com outros métodos.

³⁶ Distribuição Uniforme – distribuição de probabilidades contínua mais simples de conceituar: a probabilidade de se gerar qualquer ponto em um intervalo contido no espaço amostral é proporcional ao tamanho do intervalo, visto que na distribuição uniforme a $f(x)$ é igual para qualquer valor de x no intervalo considerado.

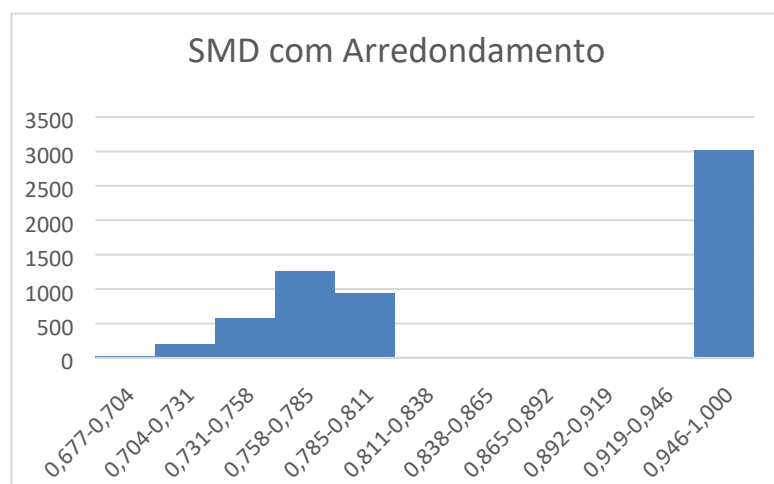
plotarmos os resultados em 2 histogramas, consegue-se facilmente perceber os impactos que um arredondamento discricionário causa na distribuição de notas.

Figura 3: Histograma da Simulação do SMD sem alterações.



Fonte: Calculado pela auditoria.

Figura 4: Histograma da Simulação do SMD com alterações.



Fonte: Calculado pela auditoria.

Ao observar os histogramas acima, percebe-se que quando o SMD não sofre a distorção causada pelo arredondamento da nota, a distribuição de notas se assemelha com uma distribuição em forma de sino. Entretanto, ao se introduzir o arredondamento, observa-se que toda a distribuição de notas ficou desfigurada, perdendo a sua característica de forma de sino,

descrevendo um alto viés para a nota máxima 1,00 e, por consequência, um desincentivo para o Concessionário em promover a boa qualidade do serviço.

Diante do exposto, persiste o posicionamento de que a Origem deve reavaliar as fórmulas do FDA do Anexo IV do contrato, uma vez que permitem situações em que os objetivos do SMD, como qualidade e disponibilidade, não são atendidos, mas ainda assim resultam em uma nota máxima de 1,00 para o FDA.

Pelo exposto, reitera-se o achado.

3.8. Achado relativo ao Reequilíbrio Econômico-Financeiro

3.8.1. A possibilidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato através da modalidade prorrogação contratual é inadequada, tendo em vista o empecilho do prazo do contrato da PMSP entre a EMAE, referente à cessão das áreas dos sete parques objeto dessa concessão.

Estabelece a cláusula 39.7 da minuta de contrato (peça 11, fl. 86):

39.7. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro será efetivada mediante as seguintes modalidades:

- a) prorrogação ou redução do prazo da CONCESSÃO;
- b) readequação dos índices que compõem o FATOR DE DESEMPENHO previstos no ANEXO IV – SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO;
- c) revisão dos encargos e obrigações assumidos pela CONCESSIONÁRIA, inclusive prazos vinculantes à CONCESSIONÁRIA;
- d) revisão do valor devido a título de OUTORGA FIXA ou OUTORGA VARIÁVEL ao PODER CONCEDENTE, para mais ou para menos;
- e) pagamento de indenização em dinheiro;
- f) incorporação de investimentos não contratualizados;
- g) outra forma definida em comum acordo entre o PODER CONCEDENTE e a CONCESSIONÁRIA;
- h) combinação das modalidades anteriores; ou
- i) quaisquer outras medidas legalmente admitidas e aptas a estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO.

Destaca-se que a cláusula 39.7.a da minuta de contrato prevê a modalidade de reequilíbrio econômico-financeiro através da prorrogação de prazo da concessão, estabelecido em 18

(dezoito) anos, conforme cláusula sexta do edital (peça 8, fl. 10), e cláusula sétima da minuta contratual (peça 11, fl. 15).

Também é mencionada essa previsão na cláusula 40.17 da minuta de contrato (peça 11, fl. 91):

40.17. No caso de o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO ser recomposto por alteração do prazo da CONCESSÃO, deverá ser incluído no cálculo, caso haja, os custos e despesas com os reinvestimentos em decorrência da depreciação dos BENS REVERSÍVEIS.

Como já argumentado no item 3.2.2 desse relatório (relativo ao prazo da concessão), a SGM enviou a esta Corte um contrato firmado entre a EMAE e a PMSP cujo objeto é a cessão das áreas dos sete parques objeto dessa concessão, de propriedade da EMAE, à prefeitura de São Paulo (peça 28). Esse contrato tem vigência até 07.01.2043, ou seja, significa 18 (dezoito) anos a partir de 08.01.2025. Pelos motivos apresentados por esta Coordenadoria no citado item, concluiu-se que a Origem deve reavaliar o prazo estabelecido para essa concessão, tendo em vista a possibilidade de descompasso entre esse prazo e o prazo do contrato da PMSP com a EMAE.

Desse modo, a Origem deve reavaliar a redação das cláusulas 39.7 e 40.17 da minuta contratual, uma vez que permitem a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato através da modalidade prorrogação contratual, tendo em vista o empecilho do prazo do contrato da PMSP entre a EMAE, referente à cessão das áreas dos sete parques objeto dessa concessão.

Manifestação Prévia da Origem (peça 47, fl. 32 e peça 52, fls. 290/291):

A SGM argumenta que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato por prorrogação é legalmente prevista e foi estabelecida de forma abstrata. Ressalta que:

[...] na prática, caso se constate que a prorrogação do prazo contratual ultrapassaria o prazo estipulado no termo de cessão, tal possibilidade seria automaticamente inviabilizada. Isso ocorre porque o termo de cessão, que integra o contrato de concessão, estabelece expressamente que o término do prazo da concessão deve coincidir com o término do contrato de concessão celebrado com a EMAE.

Já a SPP resume sua argumentação da seguinte forma:

- A possibilidade de recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão por meio da prorrogação contratual se trata de disposição legal prevista na Lei Federal nº 8.987;
- Em termos práticos, constatando-se que a prorrogação do prazo contratual extrapolaria o prazo do termo de cessão, tal possibilidade deixaria de existir, uma vez que o termo de cessão – parte integrante do contrato – prevê expressamente que o término do prazo da concessão deverá coincidir com término do contrato de concessão da EMAE; e
- A fim de garantir maior conforto a este E. TCM, optou-se por incluir na minuta contratual que a modalidade da prorrogação contratual somente poderá ser considerada em um cenário de prorrogação ou renovação do Termo de Cessão da EMAE com a SVMA.

Análise da Coordenadoria:

A Origem informa que acolheu o apontamento. Ademais, verifica-se alteração na cláusula 40.7.1 da Minuta Contratual (peça 48, fl. 77).

Ressalte-se, contudo, que conforme mencionado no item 3.2.1 deste relatório, tal variável deveria ter sido considerada quando da definição do prazo contratual, a fim de viabilizar a prorrogação como medida para reequilibrar a equação econômico-financeira do contrato, o que não ocorreu.

O achado pode ser considerado superado.

4. COMENTÁRIOS DO GESTOR

Após remessa dos autos à Origem, nos termos do artigo 19, §1º, da LM nº 9.167/80, foi apresentada manifestação prévia pela SGM (peça 47) e Nota Técnica pela SPP (peça 52), cujos principais argumentos encontram-se resumidos e analisados nos itens dos achados a que se referem.

Ressaltamos que, após análise das referidas manifestações, foram superados os Achados, 3.2.5, 3.3.2, 3.3.6, 3.3.7, 3.3.9, 3.3.11, 3.4.2, 3.4.6, 3.4.8, 3.5.1, 3.5.3, 3.5.4, 3.5.6, 3.5.7, 3.5.8, 3.6.3, 3.6.4, 3.7.2, 3.7.6 e 3.8.1, tendo em vista a alteração do edital conforme os apontamentos ou esclarecimentos, conforme análise nos itens respectivos, sendo mantidos os demais.

5. CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que o edital da Concorrência EC/001/2024/SGM-SEDP, tendo por objeto a Concessão para a prestação dos serviços de gestão, operação e manutenção dos Parques Municipais da Orla da Represa Guarapiranga, **não reúne condições de prosseguimento**, em razão das seguintes infringências, irregularidades e impropriedades detalhadas no item 3 do presente Relatório:

- 3.1.1. A justificativa para o contrato de concessão de serviços públicos se mostrou insuficiente e não foi publicada, em infringência ao princípio da motivação, ao art. 5º da LF 8.987/1995, bem como ao art. 5º e seu parágrafo único da LM 16.703/2017. Verificou-se a ausência de embasamento das premissas apresentadas e não restou demonstrada a vantajosidade da opção.
- 3.1.2. Infringência aos arts. 5º e 13 da LF 14.133/2021, bem como afronta os princípios da transparência e publicidade, em razão da restrição de acesso no Portal de Processos da PMSP à documentação que instrui o SEI 6011.2021/0003165-5.
- 3.1.3. O parecer jurídico conclusivo deixou de abordar de forma mais aprofundada os aspectos legais relevantes destacados nesta análise, de forma que o projeto incorre em alto risco fiscal para o Poder Concedente ou até mesmo de frustração de seus objetivos, deixando, portanto, de atender plenamente ao desiderato do art. 53 da LF 14.133/2021, quanto ao prévio controle de legalidade da contratação.
- 3.1.5. Falta de indicação da previsão da contratação no Plano de contratações anual, em infringência ao art. 12, VII da LF 14.133/2021.
- 3.1.6. As licenças ambientais prévias das intervenções obrigatórias não foram obtidas pela SVMA, em inobservância ao art. 6º, XXIV, e) e 18, §1º, XII da Lei de Licitações.
- 3.1.7. Ausência de junção da planilha de modelagem econômico-financeira no processo da licitação, em desacordo com o inciso IV do art. 18 da LF nº 14.133/21.

- 3.1.8. Infringência ao art. 12, inc. I da LF 14.133/2021, uma vez que a Nota Técnica Consolidada de Modelagem do projeto não se encontra datada e assinada pelos responsáveis.
- 3.2.1. O prazo de 18 anos definido para o presente projeto de concessão não está devidamente justificado, por ter desconsiderado a equação econômico-financeira do projeto e o prazo de amortização dos investimentos, tendo sido estabelecido com base em contratos de cessão dos terrenos.
- 3.2.2. A habilitação econômico-financeira das licitantes deve ser comprovada de forma objetiva, por meio de coeficientes e índices econômicos previstos no edital, conforme preceitua o art. 69 da LF 14.133/2021.
- 3.2.3. O critério de qualificação técnica proposto infringe os requisitos do art. 18, IX da Lei de Licitações
- 3.2.4. O edital não define parâmetros para a avaliação de exequibilidade das propostas comerciais, em infringência aos incisos III e IV do art. 59 da LF 14.133/2021.
- 3.3.1. Contraria a segurança jurídica o emprego de expressões imprecisas na minuta do contrato e outros anexos, como: “prazo razoável”, “prazo acordado”, “em tempo razoável”, devendo ser definidos prazos específicos para o cumprimento das disposições relacionadas.
- 3.3.3. Necessidade de complementação das disposições contratuais específicas, voltadas ao atendimento do princípio da modicidade tarifária nas atividades comerciais associadas a serem desenvolvidas ou exploradas pela concessionária, a fim de resguardar o caráter público do espaço e evitar que a concessão dos parques públicos recaia em desvirtuamento de sua função social, passando a ser orientada à arrecadação de recursos (§1º do art. 6, da LF 8.987/1995).

- 3.3.5. A possibilidade de integralização do capital social mínimo exclusivamente com bens, prevista na subcláusula 9.2 da Minuta do Contrato, expõe a risco a disponibilidade de recursos para a execução do objeto.
- 3.3.12. O dispositivo relativo a subcontratação não se adequa ao art. 25, §1º da LF nº 8.987/95 e ao art. 122 da LF nº 14.133/21.
- 3.3.13. A minuta contratual não contém disposição em que seja prevista a possibilidade de percentual de compartilhamento de receitas diverso da regra geral definida, quando houver receita extraordinária e o compartilhamento não se mostrar adequado e consoante ao interesse público.
- 3.4.1. O objeto e as condições necessárias à prestação dos serviços da Concessão não se encontram adequadamente definidos, em ofensa ao art. 18 da LF 8.987/95.
- 3.4.3. A delegação do Programa Permanente de Educação Ambiental – Parque Escola ao concessionário carece de fundamentação legal, por ser prerrogativa da SVMA e não pertencer ao conjunto de atividades relacionadas ao serviço público concedido.
- 3.4.4. Ausência de cronograma físico-financeiro consolidado das intervenções obrigatórias, em infringência ao art. 23, parágrafo único, I da LF 8.987/1995.
- 3.4.5. A participação do CMDP de forma supletiva, prevista no item 2.3 do CEC, carece de esclarecimentos quanto a sua abrangência e fundamentação legal.
- 3.5.2. No cálculo do VfM do “método tradicional”, foram utilizadas estimativas de custos de licitações e de necessidade de periodicidade de licitação injustificadas.
- 3.5.5. No cálculo do VfM do “método tradicional” foi utilizada fonte de valores de custos para “limpeza de áreas verdes” que não se mostra razoável.
- 3.5.9. No cálculo do VfM, verificou-se a ausência de indicação de fonte de algumas premissas, levando, por exemplo, à adoção de taxa de spread subestimada.

- 3.5.10. A modelagem do VfM está comprometida, com uma distorção no VPL de magnitude mínima de 113 milhões de reais, discrepâncias em todos os componentes básicos de um modelo de avaliação e ausência de transparência.
- 3.6.1. O CAPEX não foi propriamente calculado, em infringência ao art. 18, IV da LF 14133/2021.
- 3.6.2. Ausência de diversificação entre as fontes de receita, indicando risco na viabilidade da concessão.
- 3.6.5. O cálculo do modelo econômico-financeiro adota fontes de estimativa de custos de “limpeza e manejo” injustificadas.
- 3.7.1. A definição de 48 meses como prazo para o pagamento da segunda parcela ao término do programa de intervenção do contrato oferece incertezas à origem em decorrência de possíveis atrasos em obras obrigatórias.
- 3.7.3. A redação do item 11 do Anexo IV do contrato não define como se dará a escolha final das empresas a serem contratadas como verificador independente e instituto de pesquisa.
- 3.7.4. Não se justifica a opção pela apuração dos indicadores e do Sistema de Desempenho após o 13º mês da contratação, tendo em vista que a concessionária já assume a área da concessão e pode implementar atividades de receitas no terceiro mês após a data da ordem de início.
- 3.7.5. A vinculação do início da elaboração da Pesquisa de Satisfação do Usuário pelo Instituto de Pesquisa à finalização do Programa de Intervenções não se justifica, tendo em vista que a exploração da área da concessão se inicia no terceiro mês da execução contratual e o programa de intervenções tem prazo de 48 meses para sua finalização.

- 3.7.7. O edital não dispõe de procedimentos de aprovação, por parte do Poder Concedente, a respeito das fontes de receita a serem instaladas pela concessionária nos parques.
- 3.7.8. O edital não prevê procedimentos de acompanhamento gerencial, por parte do Poder Concedente, a respeito da execução das fontes de receita a serem instaladas pela concessionária nos parques. A ausência dessa previsão é prejudicial à fiscalização e à gestão do contrato porque: i) pode dificultar a fiscalização da consistência nas informações a respeito do total de receitas informado para fins de apuração das parcelas de outorga variável; ii) pode prejudicar a gestão de informações no âmbito da concessão, o que pode ser importante nos processos de Revisão Ordinária do contrato ou Extraordinária, de modo a evitar problemas de assimetria de informação em eventual reequilíbrio econômico-financeiro.
- 3.7.9. O edital não prevê procedimentos de atestação e aprovação trimestral pelo Poder Concedente da documentação a ser enviada pela concessionária, através do gestor e do fiscal designados para esse contrato, tendo em vista as atribuições previstas no arts. 118 e 120 do DM nº 62.100/2022 (idem para documentação a ser apresentada semestral e anualmente).
- 3.7.10. Inconsistência na fórmula de cálculo do Fator de Desempenho Anual, em que ocorre um arredondamento que desincentiva a concessionária a seguir os objetivos do SMD.

Ademais, foram formuladas as seguintes recomendações:

- 3.1.4. Recomenda-se a promoção de nova consulta pública e nova audiência pública diante do lapso temporal havido e da reformulação do projeto, para o efetivo cumprimento da legislação. Ademais, recomenda-se que toda a documentação relacionada à comprovação da realização desses mecanismos de participação da sociedade seja inserida ao processo administrativo da licitação, a fim de que se comprove a efetividade e o atendimento do desiderato desses institutos.

- 3.1.8. Recomenda-se que o documento seja encartado ao SEI 6011.2021/0003165-5, conferindo maior clareza e objetividade ao referido processo.
- 3.3.4. Recomenda-se que a minuta do contrato disponha acerca da necessidade de instauração de procedimento para acompanhamento pelo Poder Concedente da capacidade econômico-financeira da concessionária, em caso de ser constatada circunstância que possa comprometer a execução do objeto, com base no relatório auditado da situação contábil da SPE e outras variáveis.
- 3.3.8. Recomenda-se que a incorporação de alterações à contratação, por aditivo, da solução amigável alcançada pelas partes seja acompanhada de estudos do impacto econômico-financeiro no contrato. Ademais, considera-se necessária a elucidação da disposição específica contida na subcláusula 48.10, tendo em vista a possibilidade de existirem outros contratos de concessão que, eventualmente, possam ser afetados pela controvérsia.
- 3.3.10. Recomenda-se que a adoção da arbitragem seja previamente avaliada concretamente quanto ao cumprimento de requisito que trate de direitos patrimoniais disponíveis, mediante manifestação específica da PGM, preservando-se o atendimento do requisito legal e do interesse público.
- 3.4.7. Considera-se pertinente a fixação de período mínimo de funcionamento dos parques, em razão da possibilidade de alteração dos horários disposta no item 33.4 do CEC.
- 3.6.6. Inconsistência no uso de variáveis e estimativas do WACC em relação aos PNRs de outras modelagens no Setor de Parques.

6. ANÁLISE DOS ELEMENTOS DE RESPONSABILIZAÇÃO

Conforme Anexo IV ao Manual de Auditoria Governamental (MAG), a Análise dos Elementos da Responsabilização não se aplica ao produto Acompanhamento de Edital.

Em 13.12.2024

LUCAS KENJI ISHII
Auditor de Controle Externo

ANDRÉ SALES ARAGÃO BUNDUKI
Auditor de Controle Externo

FERNANDA C. BELCHIOR GONÇALO
Auditora de Controle Externo

GUILHERME C. MONTICELLI³⁷
Auditor de Controle Externo

TARCILA DE ARRUDA MIRANDA
Supervisora de Controle Externo

³⁷ Indisponibilidade, por motivo de férias, na data da saída do relatório.