

RELATÓRIO CONCLUSIVO DE ACOMPANHAMENTO DE EDITAL

1. ORDEM DE SERVIÇO

Ordem de Serviço nº 2020/04236.

2. IDENTIFICAÇÃO

2.1. Objeto

Edital – Acompanhamento – Concorrência nº 020/SGM/2020.

2.2. Objetivo

Verificar a regularidade do Edital examinado quanto aos aspectos da legalidade, formalidade e mérito.

2.3. Área auditada

Secretaria do Governo Municipal – SGM.

2.4. Período de realização

01.10.2020 a 16.10.2020.

2.5. Período de abrangência

Não aplicável.

2.6. Equipe técnica

Pedro Luís de Vasconcelos Oliveira

RF nº 20.268

Leonardo André de Oliveira

RF nº 20.308

2.7. Procedimentos

- Consultar o Processo SEI nº 6011.2020/0002676-5, que trata do processo licitatório no âmbito da SGM, até o documento nº 034152073, analisando os aspectos considerados mais relevantes.

- Obter o Edital e demais documentos pertinentes ao procedimento licitatório.
- Solicitar aos servidores responsáveis pelo procedimento licitatório as informações e/ou esclarecimentos que se fizerem necessários;
- Analisar o Edital da Concorrência nº 020/SGM/2020 e demais documentos pertinentes ao procedimento licitatório à luz dos dispositivos legais pertinentes, em especial a Constituição Federal, Lei Orgânica do Município de São Paulo, Lei Municipal nº 16.703/2017, Lei Federal nº 8.987/1995, Lei Federal nº 8.666/1993, Lei Municipal nº 13.278/2002, Decreto Municipal nº 44.279/2003, Decreto Municipal nº 57.678/2017, Decreto Municipal nº 48.042/2006, Lei Municipal nº 14.887/2009, Decreto Municipal nº 38.184/2007 e Decreto Municipal nº 50.977/2009.

2.8. Abreviaturas

CEC	Caderno de Encargos da Concessionária
CF	Constituição Federal
DOC	Diário Oficial da Cidade de São Paulo
DPH	Departamento Patrimônio Histórico
FDE	Fator de Desempenho
LOMSP	Lei Orgânica do Município de São Paulo
PA	Processo Administrativo
PMD	Plano Municipal de Desestatização
PMI	Procedimento de Manifestação de Interesse
PMSP	Prefeitura do Município de São Paulo
SEI	Sistema Eletrônico de Informações
SGM	Secretaria do Governo Municipal
SVMA	Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente
WACC	Custo Médio Ponderado de Capital (<i>Weighted Average Cost of Capital</i>)

3. RESULTADO

3.1. Introdução

Trata-se de procedimento de fiscalização do tipo Acompanhamento de Edital, que tem como finalidade o exame do Edital da Concorrência nº 020/SGM/2020 e dos demais elementos que instruem o Processo Administrativo (PA) 6011.2020/0002676-5.

Conforme fls. 14 e 15, da peça 04, dos presentes autos, o objeto da licitação é a concessão, com outorga onerosa, para a prestação dos serviços de gestão, operação e manutenção dos Parques Municipais Prefeito Mário Covas e Tenente Siqueira Campos (Trianon), incluindo a Praça Alexandre de Gusmão, nos termos do Edital e seus Anexos, especialmente do Anexo II do Edital – Minuta do Contrato, pelo período de 25 anos, e cujo valor estimado é de R\$ 54.287.968,00 (cinquenta e quatro milhões, duzentos e oitenta e sete mil, novecentos e sessenta e oito reais).

Destacamos que a utilização do modelo de concessão para a prestação dos serviços de gestão, operação e manutenção de parques urbanos se trata de iniciativa inovadora da Prefeitura do Município de São Paulo (PMSP). Dada a novidade desta utilização, não só na PMSP como também em outras unidades federativas, não houve ainda tempo hábil para que a experiência prática tenha mostrado quais as principais dificuldades na execução contratual e tido reflexos na sistematização da matéria pela doutrina ou pela jurisprudência.

A sessão de abertura dos envelopes estava prevista para ocorrer no dia 29.10.20, às 16h, no endereço à Rua Líbero Badaró, Edifício Othon, nº 190, auditório do 25º andar, Centro, São Paulo – SP (Peça 04, fl. 05), porém, conforme Despacho Autorizatório (peça 55) e Comunicado de Suspensão (peça 56), publicados no DOC de terça-feira, dia 27.10.20 (peça 57), houve a suspensão "sine die" do certame e demais prazos vinculados ao procedimento licitatório.

Cabe ressaltar que o edital aqui analisado é relativamente semelhante, em sua estrutura, aos que foram publicados para o primeiro e segundo lote de parques (Edital nº 001/SVMA/2018 e nº 001/SVMA/2019). A Análise feita aqui envolveu, assim, o aproveitamento das informações já colhidas nestes processos. Nesse sentido, note-se, o edital publicado já contém as correções de algumas das questões apontadas pela Auditoria no relatório do Parque Ibirapuera e do Parque Municipal Chácara do Jockey, TC/003970/2018 e TC/001272/2019, respectivamente.

Com base nos elementos que instruem o PA 6011.2020/0002676-5 e nas informações juntadas neste TC, apresentamos, a seguir, a análise dos principais aspectos do procedimento licitatório.

Em conformidade com o disposto no art. 2º da Resolução nº 18/2019 deste TCMSP, o Relatório Preliminar foi encaminhado à Origem e a manifestação prévia apresentada foi levada em consideração na elaboração deste Relatório Conclusivo (e encontra-se juntada como peças nº 49/51 deste processo).

3.2. Considerações gerais sobre a legislação aplicável

Dispõe o art. 175 da Constituição Federal (CF) que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo (LOMSP), em seu art. 13, VII, estabeleceu que cabe à Câmara, com sanção do Prefeito, dispor sobre as matérias de competência do Município, especialmente autorizar a concessão de serviços públicos (o art. 114 da LOMSP dispõe que os bens municipais poderão ser utilizados por terceiros, mediante concessão, permissão, autorização e locação social, conforme o caso e o interesse público ou social, devidamente justificado, o exigir).

Ressaltamos que, nos termos do art. 123 da LOMSP, os serviços públicos constituem dever do Município (lembrando que seu art. 126 estabelece que os serviços públicos municipais serão prestados pelo Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, nos termos da lei), e, conforme o parágrafo único do citado art. 123, ao usuário fica garantido serviço público compatível com sua dignidade humana, prestado com eficiência, regularidade, pontualidade, uniformidade, conforto e segurança, sem distinção de qualquer espécie.

Em obediência aos artigos 13, VII, e 128¹, da LOMSP, foi promulgada a Lei Municipal (LM) nº 16.703/2017, que disciplina as concessões e permissões de serviços, obras e bens públicos

¹ Art. 128. Lei Municipal disporá sobre:

I - o regime das concessões e permissões de serviços públicos, o caráter especial do respectivo contrato ou ato, o prazo de duração e eventual prorrogação, admitida esta apenas excepcionalmente, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão e da permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - a política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

que serão realizadas no âmbito do Plano Municipal de Desestatização (PMD). Nesta LM, encontramos exigências específicas que devem ser observadas no âmbito do procedimento da licitação para a concessão ora em análise.

A Lei Federal (LF) nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão de serviços públicos previsto no artigo 175 da CF, também deve ser observada. Conforme seu art. 1º, as concessões de serviços públicos e de obras públicas reger-se-ão pelos termos do art. 175 da CF, pelos termos da própria LF nº 8.987/1995, pelas normas legais pertinentes (LM nº 16.703/2017) e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

O art. 18 da LF nº 8.987/1995 estabelece, ainda, que o edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couberem, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos. Ou seja, temos que observar, em conjunto com as duas Leis acima, as disposições da LF nº 8.666/1993, que regulamenta o art. 37, XI, da CF e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, destacando-se o art. 2º da citada LF nº 8.666/1993, que expressamente estabelece que as concessões serão necessariamente precedidas de licitação.

O art. 124 da LF nº 8.666/1993 estabelece que se aplicam à licitação e ao contrato para concessão de serviços públicos os dispositivos dela que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto (LM nº 16.703/2017 e LF nº 8.987/1995).

Por fim, cabe lembrar que devemos também observar a LM nº 13.278/2002, que dispõe sobre normas específicas em matéria de licitação e contratos administrativos no âmbito do Município de São Paulo, e o DM nº 44.279/2003, que regulamenta os dispositivos da LM nº 13.278/2002.

3.3. Considerações sobre o PMI - Edital de Chamamento Público nº 01/2017

O Edital da Concorrência nº 020/SGM/2020, lançado por meio do PA 6011.2020/0002676-5, teve por base, além da experiência previamente adquirida pela modelagem de concessão dos Parques Ibirapuera e Chácara do Jockey, o PA 6071.2017/0000055-5, em que foi aberto chamamento público para a elaboração de estudos de modelagem operacional, econômico-financeira, jurídica e de engenharia e arquitetura para a revitalização, modernização, operação, manutenção e gestão de 14 dos 119 parques municipais.

O Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) é um instrumento utilizado antes da fase de elaboração de editais e visa a obter subsídios aprofundados em matérias específicas ou viabilizar a estruturação integrada. Tal procedimento é regulamentado pelo DM nº 57.678/2017. Os autores dos estudos utilizados pelo Poder Público têm direito a ressarcimento estabelecido no edital de chamamento, nos termos do art. 17 deste Decreto².

Consta da Nota Técnica que (peça 05, fl. 10):

No âmbito do Chamamento Público nº 01/2017 para Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para os Parques Urbanos, foi recebido o estudo da VEC Engenharia e Gestão Ltda EPP, com mapeamento das áreas existentes no parque Trianon em 2017 e tratando de aspectos relativos a sua possível operação em uma concessão conjunta com o parque da Luz.

A subcláusula 13.7.f do Edital de Concessão (peça 04, fl. 28) determina que os valores a serem pagos a título de ressarcimento aos autores dos estudos aproveitados em razão do Edital de Chamamento Público nº 01/2017 – SMDP serão de R\$16.910,00 (dezesseis mil, novecentos e dez reais), sendo que referidos valores deverão ser reajustados pelo IPCA entre o mês de setembro de 2017 e a data de pagamento do ressarcimento, e a subcláusula 22.3.c do edital (peça 04, fl. 51) exige, antes da assinatura do contrato, que o adjudicatário comprove ao poder concedente que pagou os responsáveis pela elaboração dos estudos. Tal cláusula é de presença obrigatória no edital, uma vez que foram utilizados estudos enviados no âmbito do PMI, conforme disposto no art. 18 do DM nº 57.678/2017³.

3.4. Fase Interna

3.4.1. Processo administrativo

O processo administrativo eletrônico (SEI) foi autuado sob o nº 6011.2020/0002676-5.

3.4.2. Consulta Pública e Audiência Pública Virtual

² Art. 17. Os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos deste decreto, serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados tenham sido efetivamente utilizados no certame.

³ Art. 18. O edital do procedimento licitatório para contratação do empreendimento de que trata o artigo 1º deste decreto conterá obrigatoriamente cláusula que condicione a assinatura do contrato pelo vencedor da licitação ao ressarcimento dos valores relativos à elaboração de projetos, levantamentos, investigações e estudos utilizados na licitação.

Na esteira da ampla publicidade, estabelece o artigo 7º da LM 16.703/17 que a Administração Pública Municipal poderá receber contribuições de interessados no processo de estruturação da desestatização, incluída a realização de audiências e consultas públicas e dos procedimentos de que trata o art. 21 da LF nº 8.987/1995.

Consta, no DOC de 17.06.20, a comunicação de realização de consulta pública e de audiência pública, “objetivando colher da sociedade civil contribuições para o aprimoramento dos documentos que informam a Concorrência Internacional” (peça 06).

O período para recebimento das contribuições da consulta pública foi de 17.06.20 a 06.07.20. Diante do atual cenário de crise sanitária, em razão da pandemia provocada pelo novo Coronavírus (COVID-19), a audiência pública foi realizada através de videoconferência no dia 03.07.20, às 10h30, por vídeo conferência, através da plataforma “Zoom”. A gravação realizada da Audiência Pública Virtual pode ser acessada através do link: <https://www.youtube.com/watch?v=fjsZRwpMZJA>⁴.

O documento contendo as considerações em relação às contribuições recebidas durante o período de Consulta Pública e na Audiência Pública Virtual está disponível para consulta no seguinte link:

https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/desestatizacao_projetos/parques/index.php?p=301906⁵.

3.4.3. Justificativa

O art. 5º da LF nº 8.987/95, estabelece que o poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

Conforme peça 06 dos presentes autos, no mesmo ato de comunicação de realização de consulta pública e de audiência pública (DOC de 17.06.20), que objetivou colher da sociedade civil contribuições para o aprimoramento dos documentos que informam a Concorrência Pública,

⁴ Acesso em 06.10.20.

⁵ Acesso em 06.10.20.

estão presentes os endereços eletrônicos para consulta das Minutas do Edital de Licitação e Anexos, além da justificativa técnica para a Consulta Pública.

A justificativa da conveniência da outorga de concessão, caracterizando seu objeto, área e prazo está disponível no endereço eletrônico

https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/desestatizacao_projetos/parques/index.php?p=298203⁶.

Nos termos do próprio documento (peça 08, fl. 02):

As restrições orçamentárias enfrentadas pela PMSP dificultam a operação eficiente e a realização de investimentos nos parques municipais. Ademais, a geração de receitas nos parques não representa valor expressivo, vislumbrando-se a possibilidade de exploração de novas fontes de receita nesses equipamentos públicos sem que isso descaracterize a função dos parques urbanos.

Para o cidadão, fica nítida a influência que tais restrições exercem sobre o nível de serviço executado na manutenção dos parques municipais, sendo clara a necessidade de se promover novas formas de atuação da administração municipal em relação à gestão desses equipamentos, no sentido de possibilitar que a exploração dos parques por um parceiro privado possa tornar sua operação autossustentável.

[...]

Além disso, a justificativa é exposta também na Nota Técnica de Modelagem anexada ao processo administrativo (SEI nº 6011.2020/0002676-5, peça 05)

Nesse sentido, o modelo de Concessão dos Parques Prefeito Mario Covas, Tenente Siqueira Campos e Praça Alexandre de Gusmão, assim como o modelo do Edital de Concorrência Internacional 001/SVMA/2018, emerge como formato contratual que permite que a exploração de atividades geradoras de receita por parte do parceiro privado viabilize **a melhoria no nível de serviço executado, a desoneração do erário em relação à gestão desses equipamentos e a manutenção das características dos Parques como espaço público, bem como estimule o usufruto desses espaços pelos cidadãos.**

Destaca-se que tal modelo parte da vedação da instituição de cobrança de tarifas ou taxas de admissão nos parques municipais, nos termos da Lei Municipal nº 16.703/2017. Portanto, é **ancorado na inventividade da iniciativa privada em**

⁶ Link específico: <https://drive.google.com/file/d/1w0JYnnZPhpH0m9xvBzja1GPzKXIHVfgk/view>. Acesso em 06.10.20.

conceber novas fontes de receitas, desde que possuam sinergia com as características dos parques.

Adicionalmente à possibilidade de geração de receitas por parte do parceiro privado, a própria formatação do contrato de concessão altera a composição dos incentivos à execução dos serviços envolvidos na operação dos parques. Trata-se de agrupar, em um único contrato, arranjos contratuais hoje isolados. O conjunto de serviços e obras é contratado pelo Poder Público de forma unificada e controlado mediante indicadores de desempenho, que constituem parâmetros de qualidade e resultam na atribuição de nota pelo desempenho. Por sua vez, essa nota impactará no pagamento da outorga.

O foco da fiscalização pelo Poder Público, nesse caso, estará nos resultados da operação – e não nos meios adotados – o que conferirá flexibilidade para o gestor do Parque e ganhos de eficiência. Cumpre ressaltar que a pertinente execução contratual é subordinada à criação de incentivos adequados e à distribuição cabível de riscos entre os parceiros envolvidos.

A escolha pela forma contratual de concessão é reforçada também pela possibilidade de se estabelecer uma relação contratual de prazo maior, adequado à necessidade de investimentos nos equipamentos. A alternativa de se estabelecer termo de cooperação para a gestão unificada esbarra na duração máxima imposta pelo artigo 50 da Lei Municipal nº 14.223/2006, de 3 (três) anos, o que restringiria a realização dos investimentos necessários a viabilização da parceria. Adicionalmente, o prazo alongado permite que se ofereça tempo suficiente para maturação de novas fontes de receitas, que hoje são incipientes nos parques e que necessitam do estabelecimento uma nova relação com os usuários destes equipamentos. (grifos nossos)

Assim, verifica-se que a opção pelo formato concessório está ancorada, basicamente, nos objetivos de: i) desoneração da prefeitura; ii) melhoria do serviço por meio de novo arranjo de incentivos; iii) obtenção de investimentos em alguns dos equipamentos.

Em relação ao prazo da concessão, estabelecido em 25 anos, constata-se que não houve efetivamente “cálculo” do prazo mínimo para amortizar o determinado valor de investimentos dentro da concessão, derivado dos encargos atribuídos à concessionária, mas sim, inversamente, opção por buscar englobar, dentro do excedente econômico gerado pelos Parques no prazo predefinido de 25 anos, um valor de outorga mínimo escolhido (R\$ 250.000,00), e um conjunto de investimentos mínimos pré-definido (além dos encargos normais de manutenção dos Parques Trianon e Mário Covas). A justificativa apresentada para tal prazo de 25 anos está centrada, pela prefeitura: i) no oferecimento de prazo suficiente para a recuperação dos investimentos; ii) no oferecimento de tempo suficiente para a maturação de

novas fontes de receitas; iii) na desoneração dos cofres públicos, iv) na obtenção de um valor de outorga mínimo. É nesse sentido que dispõe, mais à frente, a Nota Técnica, peça 05:

A partir da estruturação, por parte do Poder Público, do modelo referencial do projeto, e considerando as diretrizes do Poder Executivo no sentido de potencializar a desoneração dos cofres públicos, verifica-se que o prazo de 25 (vinte e cinco) anos é condizente com os objetivos estratégicos da PMSP. O referido prazo **comporta a amortização dos investimentos a serem realizados**, além da **remuneração compatível com a assunção de custos e despesas** dos encargos considerada a **opção da Administração Pública Municipal por receber parcela de outorga fixa no valor mínimo de R\$ 250.000,00** (duzentos e cinquenta mil reais). Ressalta-se que **o modelo privilegia a desoneração**, tendo em vista que o prazo permite a Concessionária **remunerar o investimento** sem a necessidade de aporte público. (grifos nossos)

Para concessões comuns, não se verificam indicadores legais para os parâmetros aplicáveis à determinação do prazo dos contratos pelo agente público, diferentemente do que ocorre para as parcerias público privadas (para as quais há o determinado no art. 5º da Lei 11.079/2005).

Mesmo não havendo previsão legal, o longo prazo dos contratos de concessão costuma ser associado, na doutrina, à realização de investimentos de grande porte/complexidade, o que é reafirmado pela própria PMSP na Nota Técnica de Modelagem (fl. 85 da peça 05). Verificou-se, nessa senda, que, diferentemente de outros projetos de concessão, como o do Parque Ibirapuera, os investimentos, nesse caso, são de pequeno porte (fl. 30 da peça 05). Além disso, não se verifica ter havido, como no caso do referido primeiro lote, busca por englobar o máximo de encargos/desoneração compatível com a viabilidade financeira do negócio, de forma que a outorga mínima ficasse apenas como residual, mas sim opção por fixar um valor de outorga mínimo que corresponde a cerca de 20% do valor previsto para os investimentos. A recuperação econômica desse valor de outorga mínimo consome, no estudo que embasou a modelagem, todo o excedente financeiro projetado para os últimos 8 anos de contrato⁷, de forma que o contrato poderia ser, sem a fixação desse valor mínimo, tido como viável em prazo 8 anos mais curto. Diante desse panorama, questionou-se a PMSP a respeito da conveniência referente a tal escolha (exigência de valor de outorga mínimo *versus* prazo mais curto), a Administração enviou a resposta às fls. 16/19 da peça 22, cujos principais pontos colacionamos abaixo:

⁷ Com base em valores do estudo de viabilidade realizado pela PMSP e enviado à Auditoria como resposta à requisição de peça 14)

Nota-se também que esse cenário [de recuperação do retorno do investimento e da outorga no prazo de 25 anos] se trataria de uma situação na qual não haveria nenhuma contingência para a operação da Concessionária. Ou seja, a futura operadora do parque não poderia sofrer revés algum de distanciamento da receita auferida ao longo da concessão em relação àquela projetada inicialmente. Isso porque esta não teria tempo, ou prazo, hábil de se recuperar economicamente de tal revés.

No presente projeto, a preocupação com esse possível desfecho é reforçada pela necessidade de maturação de fontes de receitas na área da concessão, que hoje são incipientes. Ou seja, é fundamental que o prazo seja compatível com a garantia de um período mínimo para a estruturação de fontes de receita que são incertas.

[...]

Diferentemente do Parque Ibirapuera, o histórico recente dos parques Trianon, Mário Covas, e nem mesmo da Praça Alexandre de Gusmão, não apresenta fortes indícios de que seria trivial efetivar fontes de receitas nestes espaços.

[...]

Isto posto, resta claro que o sucesso econômico da concessão depende da criação dessa nova relação entre os parques e seus usuários. Nesse sentido, a **Administração Municipal considera relevante que se ofereça um prazo adicional para acomodar eventuais desarranjos de fluxo de caixa.**

Espera-se que **o prazo do contrato mitigue eventuais riscos a serem precificados pelos licitantes e ofereça maior atratividade** ao certame, resultando em uma **maior competição na licitação.**

Nota-se, por outro lado, que o prazo da Concessão está sendo devidamente remunerado à Municipalidade por meio da outorga fixa, ou seja, não se está oferecendo anos gratuitos de operação ao privado.

Ademais, a **fixação de um valor mínimo de outorga de maneira inicial no projeto reforça o comprometimento dos licitantes com a operação do parque, afastando eventuais interessados que não possuam o mínimo de robustez financeira** para dar início a operação.

Por fim, salienta-se que o prazo do projeto **está em linha com outros projetos de concessão de Parques recentemente lançados no Brasil**, conforme é possível verificar na tabela abaixo [...] (grifos nossos)

Ou seja, à justificativa que já estava inserida na Nota Técnica (prazo para maturação das fontes de extração de receitas, ainda incipientes, o que se denota ser o *learning-by-doing*⁸), foram acrescentados elementos justificadores referentes a: i) maior mitigação de riscos; ii) maior

⁸ IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; VELLEZ, M. **Contract design in public-private partnerships**. Report for the World Bank, 2007, pp. 73-79. Disponível em https://www.researchgate.net/profile/Elisabetta_Iossa/publication/327285899_Contract_Design_in_Public-Private_Partnerships_Report_prepared_for_the_World_Bank/links/5b86badb92851c1e123b108d/Contract-Design-in-Public-Private-Partnerships-Report-prepared-for-the-World-Bank.pdf. Acesso em 08.10.2020.

atratividade do certame; iii) reforço ao comprometimento dos licitantes e afirmação de sua robustez financeira; iv) prazo comparável ao de outras concessões de parques.

Em relação especificamente ao terceiro elemento, tem-se que essa alegada função de verificação da capacidade econômico-financeira do licitante e a garantia de comprometimento devem ser concretizadas por outros elementos, e não pela outorga mínima (respectivamente, a qualificação econômico-financeira e o depósito de garantia contratual). No entanto, com relação aos primeiros dois elementos trazidos (mitigação de riscos e ampliação da atratividade), com efeito, a extensão do prazo (até certo ponto) pode ser, ao menos em tese, no presente caso, mecanismo apto à diluição do risco percebido, concretizando maior possibilidade de implementação de alternativas referentes à sua recuperação e ampliando a probabilidade de aproximação do retorno efetivo ao referente à média esperada⁹, elemento não captado pelo fluxo determinístico. Por outro lado, poder-se-ia vislumbrar também que o maior prazo, a partir de certa duração, atrairia mais risco e maior exigência de retorno, uma vez que o investidor se verá obrigado a arcar, por mais tempo, com as despesas obrigatórias referentes à operação do parque¹⁰. Tudo isso a denotar que a extensão ou o encurtamento do prazo têm vantagens e desvantagens.

Economicamente, o *trade off* entre a fixação de um valor de outorga e os demais parâmetros contratuais (prazo, investimentos exigidos, encargos) é inevitável, uma vez que qualquer valor pago a título de outorga sempre implicará, para que haja viabilidade econômica, na imposição de mais prazo ou na redução de custos (*capex* ou *opex*). Assim, avalia-se, em conclusão, diante das ponderações e explicações trazidas que, não havendo como extrair solução legal unívoca¹¹ para o referido confronto entre esses parâmetros, sua fixação (que se dá necessariamente em conjunto, haja vista sua interdependência e os mencionados *trade offs*) tem que ser realizada

⁹ Consoante didática explicação constante do site *Investopedia*: “With a longer time horizon, investors have more time to recoup any possible losses and are therefore theoretically more tolerant of higher risks. For example, if that \$20,000 is meant for a lakeside cottage that you are planning to buy in 10 years, you can invest the money into higher-risk stocks. Why? Because there is more time available to recover any losses and less likelihood of being forced to sell out of the position too early”. Disponível em <https://www.investopedia.com/articles/basics/03/050203.asp>. Acesso em 13.10.2020.

¹⁰ Deve-se notar que tais questões evidenciam as vulnerabilidades referentes à modelagem com base em modelo determinístico, observando-se que a taxa de desconto utilizada para descontar o fluxo já se presta a considerar os riscos ínsitos ao empreendimento (fl. 46 da peça 05), mas não é sensível ao prazo do empreendimento.

¹¹ Como já afirmado, não se verificam parâmetros legais que imponham critérios para a fixação do valor de outorga mínimo em concessões, ou que indiquem elementos para sua ponderação com relação a seus necessários efeitos sobre o prazo para recuperação do investimento e sobre a quantidade de encargos exigível do concessionário. A realização da concessão com base em valor de outorga se encontra disciplinada na Lei 8.987/1995 (art. 15, II e §3º, parte final).

pela Administração no exercício de competência discricionária¹², cabendo apenas exigir que apresente justificativas referentes à opção adotada.

3.4.4. Estudo de viabilidade Econômica – Nota Técnica e Anexo VI do Edital (Plano de Negócios de Referência)

Os estudos de viabilidade econômica foram expostos às fls. 29/50 da peça 05, tendo também sido apresentados, de forma resumida, no Anexo VI do edital (Plano de Negócios de Referência, peça 13).

Verificando tais documentos, e avaliando a consistência e a existência de justificativas para uma amostra selecionada das premissas adotadas, a Auditoria enviou Requisição de Informações à Administração, peça 14, solicitando esclarecimentos sobre aparentes inconsistências e/ou premissas sem efetiva exposição da fundamentação.

A resposta enviada pela Administração consta à peça 22.

A partir da leitura de tal resposta e da avaliação de mais algumas das premissas expostas, a seguir, relatamos as inconsistências identificadas.

Estimativa dos custos com segurança: Constata-se, consoante explicação contida na Nota Técnica (fl. 34 da peça 05), que a PMSP baseou suas estimativas no Contrato nº 05/SVMA/2017, peça 23. No entanto, constata-se que houve equívoco pela PMSP, ao trocar os valores referentes às premissas de custo do Posto Noturno e do Posto com função de Líder:

¹² Tal como colocado por Celso Antônio Bandeira de Mello: “Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei”. (grifo nosso) Referência: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, 2013, p.

Figura 1 – Preços unitários Contrato SVMA nº05/2017

B) Posto diurno, 12 horas diárias, das 07h00 às 19h00, de segunda-feira a domingo, com função de líder.	
Quantidade: 04 postos	
Preço Unitário: R\$ 284,53	(duzentos e oitenta e quatro reais e cinquenta e três centavos)
Quantidade de dias trabalhados: 365.	
Subtotal: R\$ 415.413,80 (quatrocentos e quinze mil, quatrocentos e treze reais e oitenta centavos)	
C) Posto noturno, 12 horas diárias, das 19h00 às 07h00, de segunda-feira a domingo, para ronda.	
Quantidade: 22 postos	
Preço Unitário: R\$ 309,45	(trezentos e nove reais e quarenta e cinco centavos)
Quantidade de dias trabalhados: 365.	
Subtotal: R\$ 2.484.883,50 (dois milhões, quatrocentos e oitenta e quatro mil, oitocentos e oitenta e três reais e cinquenta centavos)	

Fonte: Peça 23

Figura 2 – Valores considerados pela PMSP

Componentes	Valor do contrato
Postos Diurnos	263,72
Postos Noturnos	284,53
Líder Diurno	309,45

Fonte: Estudo de viabilidade da PMSP enviado à Auditoria

Verifica-se que houve troca entre os valores “Posto Noturno” e “Líder Diurno”. É que, como observado na Figura 1, o valor do Posto Noturno é que é de R\$ 309,45 (antes da correção pelo IPCA), enquanto o valor de R\$ 284,53 se refere ao posto de Líder Diurno, ao contrário do considerado pela PMSP.

Essa troca já havia sido questionada à PMSP na Requisição de peça 14 que, no entanto, apenas reafirmou genericamente estarem corretos os valores considerados (fl. 7 da peça 22).

Ocorre que, como demonstrado, a confusão parece evidente, e tal equívoco influencia no cálculo final, uma vez que este considerou 2 postos noturnos e apenas 1 posto de líder.

Em manifestação prévia a Origem informa:

Com base no apontamento da Auditoria, **foram alterados os valores relativos aos postos de vigilância noturnos e de líder diurno.**

Assim, os valores originais e reajustados pela inflação foram considerados na forma que segue:

Figura 3 – Postos de Segurança

Componentes	Valor do contrato de SVMA	Valor reajustado
Postos Diurnos	263,72	291,89
Postos Noturnos	309,45	342,51
Líder	284,53	314,93

Nesse sentido, o valor global relativo aos postos de segurança passou a ser de R\$780.304,00 ao ano, que somado aos custos de monitoramento eletrônico, totaliza R\$814.202,00 ao ano de custos em segurança e vigilância no modelo referencial. (fl.6, da peça 49, grifos no original).

Desse modo, a inconsistência apontada foi corrigida, conforme fls. 417/418, da peça 50, constando o valor total atualizado.

Benefício fiscal considerado no cálculo da taxa de desconto (WACC): Observando o fluxo de caixa enviado pela PMSP em resposta à requisição da Auditoria, denota-se que foi considerado *tax shield* de 34% para o custo de capital de terceiros. No entanto, tal premissa, que considera IRPJ de 25% e CSLL de 9%, superestima o efetivo benefício fiscal a ser auferido com a participação de capital de terceiros, uma vez que a empresa se encontra, consoante aba “IRPJ”, dentro dos limites para tributação do IRPJ na alíquota de 15%, sem os 10% que excedem àquilo que passar de R\$ 20.000,00 mensais (art. 29, §1º da IN RFB nº 1.700/2017). Nesse caso, seria mais compatível com o modelo considerar no cálculo do custo de capital, além dos 9% de CSLL (art. 29, III da mesma IN), cerca de 15% de IRPJ efetivos, e não 25%.

Em manifestação prévia a origem informa que corrigiu a alíquota utilizada para aferição do WACC, alterando a taxa para 8,8 % (fl. 6, da peça 49), com cálculo à folha 13 da peça 51.

Desse modo, a inconsistência foi corrigida.

Estimativa dos custos com manejo: Do exposto na Nota Técnica, fl. 35 da peça 05, denota-se que os valores foram estimados apenas com base no custo efetivo realizado em um único processo de pagamento do contrato, referente ao mês de dezembro de 2019, SEI nº 6027.2020/0000077-1. No entanto, observando-se os processos de pagamentos, desse mesmo contrato, referentes a outros meses, constata-se que o valor despendido é variável mensalmente, destoando do valor adotado (normalmente superando-o), a exemplo dos meses de julho e agosto de 2020, peças 25 e 26.

Em manifestação prévia a Origem informa que:

Diante do exposto pela Auditoria em seu relatório, **foi alterado o parâmetro de valor mensal do custo de manejo referente ao Contrato de SVMA relativo aos parques do grupo Centro Oeste**. Considerando os últimos 12 meses de dados disponíveis, foram encontrados os valores elencados abaixo:

Figura 4 – Custos com Manejo

Ano	Mês	Valor (R\$)
2019	Setembro	196.489
2019	Outubro	182.585
2019	Novembro	189.880
2019	Dezembro	186.770
2020	Janeiro	182.964
2020	Fevereiro	172.108
2020	Março	186.485
2020	Abril	177.830
2020	Maio	175.850
2020	Junho	182.438
2020	Julho	166.680
2020	Agosto	143.059
Média	-	178.595

Fonte: Elaboração Própria

Assim, ponderando-se a média obtida na tabela acima pelos número de postos já destacado na NT de modelagem[3], chega-se ao custo anual de R\$204.109,00 relativo ao Manejo. (fls. 6/7, da peça 49, grifo no original)

Em consulta aos processos de pagamentos desse mesmo contrato (SEI 6027.2017/0000253-1), referentes a todos os meses citados pela Origem na elaboração do quadro, constata-se divergência de valores e que o valor despendido foi:

Figura 4 – Custo com Manejo

Ano	Mês	Processo de Pagamento (SEI)	Valor (R\$)
2019	Setembro	6027.2019/0008749-2	166.679,79
	Outubro	6027.2019/0009721-8	182.438,08
	Novembro	6027.2019/0010749-3	175.849,80
	Dezembro	6027.2020/0000077-1	177.829,60
2020	Janeiro	6027.2020/0001411-0	186.485,27
	Fevereiro	6027.2020/0002578-2	172.107,64
	Março	6027.2020/0004020-0	182.963,64
	Abril	6027.2020/0004733-6	186.769,96
	Maio	6027.2020/0005416-2	189.880,36
	Junho	6027.2020/0006563-6	182.584,82
	Julho	6027.2020/0007934-3	196.489,28

	Agosto	6027.2020/0009330-3	191.532,81
	Média		182.634,25

Fontes: Notas de Liquidação e Pagamento dos SEIS's (peça 58).

Assim, pela tabela acima, o custo médio de manejo é de R\$ 182.634,25 para os 21 postos do grupo por mês. Como Trianon e Covas possuem 1 posto cada um, o custo para estes dois parques foi rateado, atingindo R\$ 17.393,73 por mês ou R\$ 208.724,86 no ano.

Água e Energia: Na Nota Técnica, informa-se que “O custo unitário com Água e Energia Elétrica, agrupados em Utilidades, foram estimados em R\$ 0,14 (quatorze centavos) por m² de área de terreno da concessão e R\$ 6,02 (seis reais e dois centavos) por m² de área construída respectivamente, que tiveram como fonte dados históricos de SVMA para os parques Trianon e Mário Covas”. No entanto, não consta a respectiva documentação real contendo tal histórico. Questionada, a PMSP informou que referido embasamento se encontraria no arquivo excel referente aos estudos de viabilidade. Nesse arquivo, contudo, constam meramente valores fechados, sem qualquer rastreabilidade ou indicação de fonte, o que não permite apurar, efetivamente, a consistência do embasamento dessa premissa. Note-se que a iluminação do parque continuará sendo de responsabilidade da prefeitura, consoante item 2.26 do Anexo III do contrato (peça 15).

Em manifestação prévia a Origem informa que: “A respeito desses custos serão enviadas, em Anexo, planilhas em que constam a fonte dos dados históricos apresentados” (fl. 7, da peça 49). Consta-se a existência, nas fls. 1/12, da peça 51, das planilhas enviadas pela Origem.

Custos com contabilidade: a fonte indicada pela PMSP <https://www.contabilizei.com.br/quanto-custa-contabilizei/>, da qual se adotou o custo de R\$ 389 mensais, não parece considerar as complexidades referentes a uma empresa que, a despeito de seu pequeno porte, teria obrigações adicionais referentes à tributação pelo Lucro Real, já que essa foi a modalidade considerada na modelagem realizada (o site trazido como fonte indica como condição a tributação apenas pelo Simples Nacional) e obrigada à publicação regular de demonstrações financeiras (art. 23, XIV da Lei Federal nº 8.987/1995).

Em manifestação prévia a Origem informa que: “...tomando em conta tais considerações, **foram alterados os valores tendo como parâmetros valores efetivamente realizados pela SP Parcerias nos termos da sua operação cotidiana** (fl. 7, da peça 49, grifo no original).

Número de visitantes do parque e receitas de publicidade: a PMSP explicou não possuir informações a respeito da visita no parque Mário Covas e na Praça Alexandre de Gusmão, motivo pelo qual desconsiderou eventuais receitas de publicidade em tais equipamentos. Além disso, a fonte referente à visita no Parque Trianon é proveniente meramente de “consultas com os gestores dos parques, que fizeram uma estimativa numérica baseada em impressões visuais acerca do número de visitantes”. Essa informação consta de documento publicado por ocasião do PMI, conforme afirmado à fl. 14 da peça 22. O mesmo documento explica ainda que tal levantamento “não emprega nenhuma metodologia de pesquisa e tampouco pode ser usado como referência precisa, apenas demonstra um número estimado de visitantes”. Além disso, a adoção dos valores unitários de receita por visitante proveniente do PMI do Parque Ibirapuera, sem qualquer tipo de adaptação, pode não ser adequada, haja vista a diferença na forma de utilização destes parques, consoante colocado pela própria PMSP à peça 22 (fls. 17/18). A estimativa com receitas de publicidade, nessa senda, parte de valores de fundamentação frágil, que não resta clara a eventuais licitantes, no Plano de Negócios de Referência, peça 13, onde consta apenas o valor fechado estimado (de R\$ 638.000 anuais).

Em manifestação prévia a Origem informa que:

... foi alterada a maneira de se estimar a premissa relativa à receita de publicidade do projeto referencial...

... para que fosse possível capturar diferenças entre o potencial do parque Ibirapuera no tema e das áreas da concessão em questão, buscou-se ponderar pelo limite máximo para recepção de pessoas nas áreas disponíveis para eventos constantes nos Planos Diretores desses parques. Assim, busca-se afastar a utilização dos dados relativos ao histórico de visitantes, considerado pouco robusto, e passa-se a vincular à limitação de público imposta por documentos oficiais.

... chegou-se ao valor de R\$621.104,00 por ano. (fls. 9/10, da peça 49, grifos no original).

Consideração de BDI em algumas estimativas de custo, e não em outras: informa a PMSP, peça 5, que o investimento CAPEX com a acessibilidade na área externa do parque Trianon e na

Praça Alexandre de Gusmão (calçadas) totalizaria R\$ 420.000,00. Tal estimativa seria "oriunda da multiplicação da metragem da calçada do entorno do Parque Trianon e da Praça, que totaliza 3.712 m² (três mil, setecentos e doze metros quadrados) pelo custo de R\$ 113 (centro e treze reais) por m², extraído do contrato 104/SMSUB/COGEL/2019". Presume-se que o valor de R\$ 113 originou-se da proporção do valor estimado para o agrupamento sem BDI (R\$ 8.397.639,44) dividido pela área estimada (74.319,26 m²) (peça 27, fl.14). Verificando, nesse sentido, a aba "Premissas Capex" do estudo de viabilidade, nota-se que para algumas das premissas, como a reforma da Casa do Administrador e as reformas nos "Caminhos", houve consideração de custos com BDI, o que não ocorreu para outras, entre elas: i) a já mencionada obra de acessibilidade no Parque Trianon e na Praça Alexandre de Gusmão (calçadas); ii) a instalação de bebedouros. Tal diferença nos critérios não se encontra justificada.

Em manifestação prévia a Origem informa:

A respeito do BDI, a partir da consideração da Auditoria da Corte de Contas, este foi incorporado aos seguintes itens:

- a) Instalação de novos bebedouros;
- b) Transformação dos bebedouros já existentes em pets;
- c) Lixeiras;
- d) Sinalização e comunicação visual; e
- e) Instalação de Armários.

Quanto aos itens abaixo, estes já apresentavam BDI em sua pesquisa de preço:

- a) Reformas das entradas de energia e instalações elétricas;
- b) Paraciclos;
- c) Plataforma Elevatória - Casa do Administrador;
- d) Plataforma Digital;
- e) Restauro Bebedouro Trianon; e
- f) Laudo Estrutural - Garagem - Praça Alexandre de Gusmão.

O Projeto Executivo é apresentado como verba, ou seja, incide como percentual sobre as obras, que, por sua vez, já possuem BDI contabilizado. (fl. 8, da peça 49).

Premissas em data-base incompatível/desatualizada: verifica-se que, enquanto para algumas premissas houve utilização do valor atualizado (2019/2020), ou de valor proveniente de dado atual, para outras houve utilização de valor em datas-bases antigas, notadamente de 2017, sem atualização monetária. Para a premissa de Água e Energia, por exemplo, houve efetiva atualização pelo IPCA, como se verifica no arquivo *excel* enviado (no caso de Água e Energia); da mesma forma, para o caso da vigilância (contrato SVMA nº 05/2017), também houve atualização pela IPCA (fl. 34 da peça 05). Por outro lado, houve premissas para as quais permaneceu utilizado o preço base de 2017, sem a devida atualização, como, por exemplo, para o contrato de zeladoria de sanitários, para o qual foi adotado o valor nominal do contrato nº 027/SVMA/2017¹³, que é de outubro de 2017 (o valor de R\$ 1.794.582,34 foi utilizado para estimar o valor mensal por posto, sem que houvesse posterior correção¹⁴). Outros exemplos de estimativa para as quais não houve atualização é a referente ao valor a ser recebido por barraca nas feiras, que também se baseia em número de 2017 (fl. 41 da peça 05), é o valor de receita estimado com *food trucks*, que replica no fluxo valor contido em edital de 2017 (Edital de Concorrência nº 01/2017/CPU¹⁵, fl. 42 da peça 05).

Em manifestação prévia a Origem informa:

A respeito desse tema foram realizados ajustes pelo IPCA mantendo-se a data base da modelagem do projeto.

Assim, foram reajustados os seguintes itens após considerações do TCM:

- a) Custo de Limpeza de Sanitários, que passou a ser de R\$170.988,00 ao ano;
- b) Receita de eventos, que passou a ser de R\$1.236.283,00 ao ano; e
- c) Receita com foodtrucks, que passou a ser de R\$241.633,00 ao ano. (fl. 8, da peça 49).

3.4.5. Autorização de abertura

¹³ Disponível em https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/027_17compressed.pdf. Acesso em 19.10.2020.

¹⁴ Planilha excel enviada à Auditoria, aba Resumo_Premissas, células f36/f40.

¹⁵ Disponível em <https://smastr16.blob.core.windows.net/editais/2017/03/edital-01-2017-cpu-concorrenca-permissao-de-uso-pvl-e-cp.pdf>. Acesso em 19.10.2020.

O despacho autorizando a abertura de procedimento licitatório foi assinado em 28.09.20 por Rubens Naman Rizek Junior, Secretário do Governo Municipal (peça 09). Foi publicado no DOC de 29.09.20 (peça 10).

3.4.6. Prazo de publicidade

O primeiro aviso de abertura de licitação foi publicado no DOC de terça-feira, dia 29.09.20 (peça 10) e a publicação em jornal de grande circulação ocorreu na quarta-feira, dia 30.09.20 (peça 11). A data de recebimento e abertura dos envelopes está designada para quinta-feira, dia 29.10.20.

Prazo mínimo de 30 dias deve mediar entre a primeira publicação do aviso e a data para recebimento de documentação e propostas, em respeito ao art. 17, I, da LM nº 13.278/02¹⁶.

Sobre a contagem de prazos, trazemos os ensinamentos de Marçal Justen Filho¹⁷:

Devem ser utilizados os princípios de contagem dos “prazos dilatórios” do Direito Processual Civil. Segundo tais princípios, o prazo se conta retroativamente, a partir da data em que o ato deverá ser praticado. Excluir-se-á a data de começo e se incluirá a data de término do prazo. [...]

Nos termos do art. 31, parágrafo único, da LM nº 13.278/02, só se iniciam e vencem os prazos em dia de expediente normal.

No presente caso a data de entrega dos envelopes está prevista para quinta-feira, dia 29.10.20. O cômputo do prazo se faz a partir do primeiro dia útil anterior. O prazo se conta a partir de quarta-feira, dia 28.10.20, inclusive. Os 30 dias se encerram na terça-feira, dia 29.09.20.

Portanto, para que o recebimento de documentação e propostas ocorra na quinta-feira, dia 29.10.20, a primeira publicação do aviso da concorrência deveria ter ocorrido antes de terça-feira, dia 29.09.20.

¹⁶ Art. 17 - As formas e prazos de publicidade de atos convocatórios são aqueles a seguir definidos:

I - editais de concorrência e de concurso serão publicados, ao menos uma vez, no Diário Oficial do Município e em jornal de grande circulação local, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias entre a primeira publicação e a data para recebimento de documentação e propostas ou para recebimento dos trabalhos;

¹⁷ Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª edição revista, atualizada e ampliada. 4ª tiragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 410.

Como o primeiro aviso de abertura de licitação foi publicado no DOC de terça-feira, dia 29.09.20, a data para recebimento de documentação e propostas não pode ser anterior a terça-feira, dia 03.11.20, pois, caso contrário, está a se desrespeitar o prazo de publicidade do ato convocatório previsto no art. 17, I, da LM 13.278/02.

Destaca-se que a validade da licitação depende da ampla divulgação de sua existência, efetivada com antecedência que assegure a participação dos eventuais interessados e o conhecimento de toda a sociedade. O defeito na divulgação do instrumento convocatório constitui indevida restrição à participação dos interessados e vicia de nulidade o procedimento licitatório.

Em manifestação prévia a Origem informa “que o Edital será republicado, estipulando-se nova data para o recebimento dos envelopes e respeitando-se a antecedência mínima de 30 (trinta) dias mencionada pela Auditoria” (fl. 1 da peça 49).

Caso na republicação do Edital seja respeitado o prazo mínimo de 30 dias que deve mediar entre a primeira publicação do aviso e a data para recebimento de documentação e propostas, em respeito ao art. 17, I, da LM nº 13.278/02, considerar-se-á superado o apontamento.

3.4.7. Projeto de Conservação Arquitetônica e de Reforma da Casa do Administrador do Parque Trianon

Consta, no âmbito do SEI 6011.2020/0002676-5, o encaminhamento dos autos pela SGM/SEDP/CDP/PARQUES à SMC/DPH/GABINETE, em 12.08.20, para ciência deste Departamento, ficando facultado ao Departamento do Patrimônio Histórico (DPH) a possibilidade de sugerir a inclusão no Data Room de disposições e/ou especificações técnicas para complementação da documentação (peça 28).

Embora tenha ocorrido o encaminhamento, a SGM/SEDP/CDP/PARQUES não aguardou resposta da SMC/DPH/GABINETE e deu normal andamento ao processo, não sendo de conhecimento público, até o presente momento, a existência de Projeto de Conservação Arquitetônica e de Reforma da Casa do Administrador do Parque Trianon, conforme consta da Informação SMC/DPH-NPRC Nº 034116821 (peça 29), destacando-se a seguinte sugestão, à fl. 5 da peça 29:

Na medida em que houve um esforço técnico de qualidade do DPH para subsidiar as soluções dos problemas que afetavam, e ainda afetam, essa importante referência arquitetônica do Parque Trianon, e não encontramos referência a essas diretrizes ou memoriais técnicos no conjunto de documentos que subsidia esta Licitação, sugerimos que esses documentos técnicos sejam incluídos como diretrizes para intervenções na Casa do Administrador, quando da elaboração da versão final do Contrato de Concessão e respectivo Caderno de Encargos, após a escolha da Concessionária responsável pela gestão do Trianon. (grifo no original)

Ressaltamos que referida sugestão foi endossada pelo Núcleo de Projeto, Restauro e Conservação e pela Supervisão de Salvaguarda do DPH da Secretaria Municipal de Cultura (peças 30 e 31).

Em manifestação prévia a Origem informa:

Levando em conta as diretrizes apresentadas junto a Informação SMC/DPH-NPRC Nº 034116821 através do Projeto de Conservação Arquitetônica e de Reforma da Casa do Administrador do Parque Trianon, foi incluído como Apêndice do Anexo III do Edital – Memorial Descritivo da Área, o projeto, bem como os demais documentos elaborados pelo DPH disponíveis no processo SEI nº 6027.2018/000825-6.

Além disso, atendendo a recomendação do Despacho parcialmente deferido do CONPRES P a respeito do conjunto de documentos que integra o Edital de Licitação do 3º Lote de Parques (processo 6011.2020/0002676-5), foi previsto do Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos da Concessionária, as seguintes cláusulas:

4.5. Devem ser observadas as diretrizes de restauro e obra para a Casa do Administrador e o Anexo Operacional realizados pelo Departamento de Patrimônio Histórico (DPH), que constam no APÊNDICE II do ANEXO III do EDITAL – MEMORIAL DESCRITIVO DA ÁREA.

4.5.1. A CONCESSIONÁRIA pode propor alterações em relação às diretrizes dispostas no APÊNDICE II do ANEXO III do EDITAL – MEMORIAL DESCRITIVO DA ÁREA, que deverão ser avaliadas pelo DPH, bem como pelo CONPRES P e CONDEPHAAT.

4.5.2. O exibido no APÊNDICE II do ANEXO III do EDITAL – MEMORIAL DESCRITIVO DA ÁREA não produz efeitos vinculantes para fins de avaliação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (fl. 13 da peça 49).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a presença dos Apêndices II e IV do Anexo III do Edital – Memorial Descritivo da Área da Concessão – contendo as Diretrizes de Restauro e Obra da Casa do Administrador do Parque Tenente Siqueira Campos (Trianon) e a Aprovação do Edital pelo CONPRES P,

respectivamente (fls. 216/320 e 323/324, da peça 50, respectivamente), bem como a presença das referidas cláusulas 4.5, 4.5.1 e 4.5.2 no Anexo III da Minuta de Contrato – Caderno de Encargos da Concessionária (fl. 438, da peça 50).

Caso na republicação do Edital estejam previstas as alterações propostas, considerar-se-á acatada a sugestão.

3.5. Edital e Anexos

3.5.1. Do edital

O edital e os anexos ora analisados encontram-se inseridos no processo SEI nº 6011.2020/0002676-5 (documento SEI nº 033273188) e no site da PMSP¹⁸.

3.5.2. Da responsabilidade solidária dos consorciados

Dispõem os itens 8.7 e 14.1.3.e do Edital, e o item *f* da Letra E – Declarações Gerais – do Anexo I – Modelos e Declarações – do Edital:

8.7. A responsabilidade solidária dos CONSORCIADOS cessará, para fins das obrigações assumidas em virtude da presente LICITAÇÃO:

a) no caso de o CONSÓRCIO ter sido o LICITANTE vencedor, após a DATA DE PUBLICAÇÃO DO CONTRATO; e

b) no caso de o CONSÓRCIO não ter sido o LICITANTE vencedor, em até 30 (trinta) dias contados da DATA DE PUBLICAÇÃO DO CONTRATO.

...

14.1.3. No caso de CONSÓRCIO, também deverá ser apresentado o correspondente termo de compromisso de constituição de SPE, firmado de acordo com as leis brasileiras, subscrito pelos CONSORCIADOS, conforme modelo de Declarações Gerais do ANEXO I – MODELOS E DECLARAÇÕES, contendo:

...

e) declaração expressa de todos os participantes do CONSÓRCIO, vigente a partir da DATA DE ENTREGA DAS PROPOSTAS, de aceitação de responsabilidade solidária, nos termos do art. 33 da Lei Federal nº 8.666/1993, no

¹⁸ https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/desestatizacao_projetos/parques/terceiro_lote_de_parques/index.php?p=301927 e <http://www.e-negocioscidadesp.prefeitura.sp.gov.br/DetailLicitacao.aspx?l=2jdFacgcr78%3d> Acesso em 07.10.20

tocante ao OBJETO desta LICITAÇÃO, cobrindo integralmente todas as obrigações assumidas na proposta apresentada, sendo que tal responsabilidade solidária somente cessará, no caso de o CONSÓRCIO ter sido o LICITANTE vencedor, após a DATA DE PUBLICAÇÃO DO CONTRATO; e, no caso de o CONSÓRCIO não ter sido o LICITANTE vencedor, em até 30 (trinta) dias contados da DATA DE PUBLICAÇÃO DO CONTRATO.

...

E – DECLARAÇÕES GERAIS

...

f) [apenas válido para o caso de CONSÓRCIO] que aceita a responsabilidade solidária, nos termos do art. 33 da Lei Federal nº 8.666/1993, no tocante ao OBJETO desta LICITAÇÃO, cobrindo integralmente todas as obrigações assumidas na PROPOSTA apresentada, sendo que tal responsabilidade solidária somente cessará, no caso de o CONSÓRCIO ter sido o LICITANTE vencedor, após a DATA DE PUBLICAÇÃO DO CONTRATO; e, no caso de o CONSÓRCIO não ter sido o LICITANTE vencedor, em até 30 (trinta) dias contados da DATA DE PUBLICAÇÃO DO CONTRATO.

O art. 19, § 2º, da LF 8.987/95, dispõe que a empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

O art. 33, V, da LF 8.666/93, estabelece que quando permitida na licitação a participação de empresas em consórcio observar-se-á a responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

Os itens 8.7 e 14.1.3.e do Edital, e o item *f* da Letra E – Declarações Gerais – do Anexo I – Modelos e Declarações – do Edital, cessam a responsabilidade solidária dos consorciados para fins das obrigações assumidas em virtude da licitação, deixando de observar a responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio na fase de execução do contrato, conforme previsto no art. 19, § 2º, da LF 8.987/95 e no art. 33, V, da LF 8.666/93.

Em manifestação prévia a Origem esclarece que:

... enquanto os membros do consórcio são solidários em relação aos atos cometidos durante a licitação, os sócios ou acionistas da SPE – que são as sociedades anteriormente consorciadas – passam a ser responsáveis pelos atos da Concessionária, de acordo com as normas aplicáveis ao tipo societário. É por

isso que, uma vez constituída a SPE, não há mais que se falar em responsabilidade das consorciadas, considerando que o consórcio, específico para participar da licitação, desaparecerá, dando lugar à SPE, que será a Concessionária. (fl. 5, da peça 49)

Razão pela qual, cessa-se a responsabilidade solidária dos consorciados para fins das obrigações assumidas em virtude da licitação.

3.5.3. Da exigência de comprovante de registro do regulamento do fundo de investimento perante o Registro de Títulos e Documentos competente

O subitem 14.2.1.3 do edital dispõe que, para a habilitação jurídica de fundos de investimento, será necessário apresentar comprovante de “registro do regulamento do fundo de investimento perante o Registro de Títulos e Documentos competente”.

Ocorre que, consoante §3º do artigo 1.368-C do Código Civil, recentemente incluído no Código pela Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), tal exigência não parece possuir razões práticas:

§ 3º O registro dos regulamentos dos fundos de investimentos na Comissão de Valores Mobiliários é condição suficiente para garantir a sua publicidade e a oponibilidade de efeitos em relação a terceiros

Assim, inserir a referida exigência no edital, diante da atual disposição legal supracitada, pode criar empecilhos desnecessários ao prosseguimento do certame.

Em manifestação prévia a Origem informa:

Em atenção ao apontamento do Relatório Preliminar, a exigência foi excluída do Edital, conforme nova redação dada ao item 14.2.1.3, a seguir:

14.2.1.3. no caso de fundos, os documentos listados no item 14.2.1. deverão ser acompanhados do ato constitutivo com a última alteração arquivada perante o órgão competente; da prova de contratação de gestor, se houver, bem como de eleição do administrador em exercício; do comprovante de registro do fundo de investimento na Comissão de Valores Mobiliários – CVM; do regulamento do fundo de investimento e, se houver, de suas posteriores alterações; da comprovação de que o fundo de investimento foi devidamente autorizado a participar da LICITAÇÃO e de que o seu representante pode representá-lo em todos os atos e para todos os efeitos da LICITAÇÃO, assumindo, em nome do fundo de investimento, todas as obrigações e direitos que dela decorrerem; e do comprovante de qualificação do administrador e, se houver, do gestor do fundo de investimento, perante a CVM; (fls. 11/12, da peça 49).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a presença da referida cláusula (fl. 33, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja prevista mencionada alteração, vale dizer, que para a habilitação jurídica de fundos de investimento não seja necessário apresentar comprovante de registro do regulamento do fundo de investimento perante o Registro de Títulos e Documentos competente, considerar-se-á superado o apontamento.

3.5.4. Da forma de apresentação dos documentos

Dispõem os itens 11.6 e 14.5.10 do Edital:

11.6. Os documentos deverão ser apresentados em sua forma original ou cópia autenticada em cartório, sendo admitidas, quanto à GARANTIA DE PROPOSTA, apólices de seguro-garantia emitidas digitalmente, situação em que a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO atestará a sua autenticidade por intermédio de consulta ao sítio eletrônico da SUSEP.

...

14.5.10. O(s) atestado(s) deverão apresentar de forma clara e inequívoca as informações exigidas, em papel timbrado do responsável pela atestação, no original ou em cópia autenticada, devendo ainda conter, no mínimo, as seguintes informações:

Os itens 11.6 e 14.5.10 do Edital estabelecem obrigatoriedade que os documentos apresentados sejam originais ou cópias autenticadas.

O art. 32 da LF nº 8.666/93 estabelece que os documentos necessários à habilitação podem ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da administração ou publicação em órgão da imprensa oficial.

O art. 3º, II, da LF 13.726/2018 dispensa a exigência de autenticação de cópia de documento, cabendo ao agente administrativo, mediante a comparação entre o original e a cópia, atestar a autenticidade.

O art. 67, § 1º, do DM nº 51.714/10 estabelece que a autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita por servidor público do respectivo órgão administrativo.

Constata-se, portanto, a ausência da possibilidade de os documentos necessários à habilitação poderem ser apresentados em cópia e autenticada por servidor da administração, cabendo ao agente administrativo, mediante a comparação entre o original e a cópia, atestar a autenticidade, conforme estabelece o art. 32 da LF nº 8.666/93, o art. 3º, II, da LF 13.726/2018 e o art. 67, § 1º, do DM nº 51.714/10.

Em manifestação prévia a Origem informa que:

... alterou-se o Edital, no intuito de atender os comentários da Auditoria.

Portando, **foi alterado o item 11.6 do Edital, que passou a prever a possibilidade de apresentação de cópias autenticadas por servidor da Administração**, cabendo ao agente administrativo, conforme estabelece o art. 32 da Lei Federal nº 8.666/93, o art. 3º, II, da Lei Federal nº 13.726/2018 e o art. 67, § 1º, do Decreto Municipal nº 51.714/10, conforme a seguir:

11.6. Os documentos deverão ser apresentados em sua forma original, cópia autenticada em cartório, ou ainda em cópia autenticada por servidor da administração, cabendo ao agente administrativo, mediante a comparação entre o original e a cópia, atestar a autenticidade, conforme estabelece o art. 32 da Lei Federal nº 8.666/93, o art. 3º, II, da Lei Federal nº 13.726/2018 e o art. 67, §1º, do Decreto Municipal nº 51.714/10.

11.6.1. Especificamente quanto à GARANTIA DE PROPOSTA, apólices de seguro-garantia poderão ser emitidas digitalmente, situação em que a COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO atestará a sua autenticidade por intermédio de consulta ao sítio eletrônico da SUSEP. (fl. 2, da peça 49, grifo no original)

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a presença das mencionadas cláusulas (fls. 25/26, da peça 50).

Caso na republicação do Edital estejam previstas mencionadas cláusulas, vale dizer, a possibilidade de os documentos necessários à habilitação poderem ser apresentados em cópia e autenticada por servidor da administração, cabendo ao agente administrativo, mediante a comparação entre o original e a cópia, atestar a autenticidade, conforme estabelece o art. 32 da LF nº 8.666/93, o art. 3º, II, da LF 13.726/2018 e o art. 67, § 1º, do DM nº 51.714/10, considerar-se-á superado o apontamento.

3.5.5. Da garantia de proposta

Dispõe o item 14.6.14.1 do Edital:

14.6.14.1. Independentemente de prévia provocação da COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO, caberá ao LICITANTE promover a renovação tempestiva da sua GARANTIA DE PROPOSTA, pelo mesmo prazo de 240 (duzentos e quarenta) dias, em até 5 (cinco) dias úteis antes da sua expiração, sob pena de execução imediata da GARANTIA DA PROPOSTA, devendo o LICITANTE comunicar à COMISSÃO ESPECIAL DE LICITAÇÃO de tal expediente. (grifo nosso)

Questiona-se, neste ponto, a viabilidade de execução imediata da garantia de proposta expirada.

O item 14.6.16.d do Edital, por sua vez, assim estabelece:

14.6.16. As GARANTIAS DE PROPOSTA dos LICITANTES serão liberadas em até 30 (trinta) dias após:

...

d) o vencimento do prazo de que trata o subitem 14.6.13 quando não houver renovação da GARANTIA DE PROPOSTA pelo LICITANTE.

Indaga-se se a garantia da proposta não renovada pelo licitante será imediatamente executada, nos termos do item 14.6.14.1 do Edital, ou será liberada em até 30 dias, nos termos do item 14.6.16.d do Edital.

Sugere-se a revisão dos dispositivos, com o fim de não gerar dúvidas quanto ao tratamento dado às garantias de propostas não renovadas, sem prejuízo da análise, pela Origem, da viabilidade de execução imediata da garantia de proposta expirada.

Em manifestação prévia a Origem informa:

Em atenção aos apontamentos do Relatório Preliminar, assim, excluiu-se a alínea “d” do item 14.6.16, sobre a liberação de garantia de proposta dos licitantes após o vencimento do prazo obrigatório, quando não for exigida renovação.

Por outro lado, manteve-se a disposição do item 14.6.14.1, sobre a execução de garantia que não seja renovada em até 5 (cinco) dias úteis antes de sua expiração. Importante frisar que a opção pela manutenção advém do fato de que não se trata, portanto de execução de garantia com prazo expirado, como entendeu o E. TCM, mas sim de execução de garantia dentro de sua vigência. O prazo estabelecido na cláusula foi estabelecido para que, justamente, a renovação da garantia se dê de maneira anterior a sua efetiva expiração. (fl. 12, da peça 49, grifo no original)

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a ausência da mencionada alínea “d” do item 14.6.16 (fl. 43, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja prevista mencionada alteração, com o fim de não gerar dúvidas quanto ao tratamento dado às garantias de propostas não renovadas, considerar-se-á acatada a recomendação.

3.5.6. Anexo I do Edital – Modelos e Declarações

3.5.6.1. B – Modelo de Fiança Bancária

O Modelo de Fiança Bancária, constante da Letra B do Anexo I do Edital (peça 18, fls. 5/6), exige a assinatura do(s) representante(s) legal(is), com firma(s) reconhecida(s), da Licitante, e não do Banco Fiador. Recomenda-se a revisão do Modelo de Fiança Bancária, constante da Letra B do Anexo I do Edital.

Em manifestação prévia a Origem informa: “O documento foi alterado, a fim de se prever a assinatura do representante do Banco Fiador (fl. 12, da peça 49).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a mencionada alteração (fl. 66, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja prevista mencionada alteração, considerar-se-á acatada a recomendação.

3.5.6.2. N – Termo de Responsabilidade Correspondente à Execução dos Contratos Vigentes na Área da Concessão

O termo de responsabilidade correspondente à execução dos contratos vigentes na área da concessão, constante da Letra N do Anexo I do Edital (peça 18, fl. 20) prescreve, em seu item c, o seguinte:

A ADJUDICATÁRIA declara, sob as penas da legislação aplicável, estar ciente da celebração, pelo , [SIC] dos contratos listados no ANEXO IV do EDITAL - CONTRATOS E TERMOS DE COOPERAÇÃO VIGENTES NA ÁREA DA CONCESSÃO, conforme os contratos anexos.

A CONCESSIONÁRIA responsabiliza-se, a partir da DATA DA ORDEM DE INÍCIO, a:

...

c) receber os valores correspondentes aos referidos contratos, exceto se já tiverem sido percebidos pelo PODER CONCEDENTE - caso em que já comporão a PROPOSTA COMERCIAL; e

Consultando o Anexo IV do Edital – contratos e termos de cooperação vigentes na área da concessão – constata-se a existência de 3 contratos vigentes, a saber:

Figura 5 - Contratos vigentes na área de concessão.

Contrato	Objeto	Parte	Data de término da vigência	Valor Estimado
025/SVMA/2017 (objeto do TA 069/2018)	Contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos de manejo e conservação para os parques que integram o grupo centro-oeste	PLENA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EIRELI	30/10/2020	R\$ 2.388.836,67
005/SVMA/2017 (objeto dos TAs 118/2017, 042/2018, 050/2018 e 068/2018)	Prestação do serviço de vigilância/segurança patrimonial desarmada, nos Parques Municipais do Grupo Centro	PRESSSEG SERVIÇOS DE SEGURANÇA EIRELI	31/10/2020	R\$ 6.972.416,90
027/SVMA/2017 (objeto do TAs 085/2018 e 009/2019)	Contratação de empresa especializada na prestação de serviços técnicos de zeladoria de sanitários para o grupo centro-oeste	AT & SANTOS CONSULTORIA E SERVIÇOS EIRELI	30/04/2021	R\$ 1.918.133,46

Fonte: ANEXO IV do EDITAL - CONTRATOS E TERMOS DE COOPERAÇÃO VIGENTES NA ÁREA DA CONCESSÃO (peça 19, fl. 2)

Da leitura do quadro acima, denota-se que os 3 contratos vigentes na área da concessão são de custos e não de recebimento, razão pela qual não se vislumbra como a concessionária poderá receber valores correspondentes aos referidos contratos e, ainda, como tais valores comporão a proposta comercial da empresa licitante.

Sugere-se a revisão do item c, da Letra N – Termo de responsabilidade correspondente à execução dos contratos vigentes na área da concessão – do Anexo I – Modelos e Declarações – do Edital.

Em manifestação prévia a Origem informa: “O documento foi modificado, a fim de se excluir à alínea “c”, em atenção aos comentários da Auditoria (fl. 12, da peça 49).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a referida modificação (fl. 66, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja prevista mencionada alteração, considerar-se-á acatada a recomendação.

3.6. Minuta do Contrato e Anexos

Em relação à minuta de contrato e seus anexos, identificamos os seguintes apontamentos:

3.6.1. Subcláusula 13.5 (prazo para licenças) c/c subcláusula 31.5.a

De forma idêntica à que vem sendo feita na maioria dos editais de concessão da PMSP, como, a título de exemplo, no primeiro e no segundo lote de parques (Edital nº 001/SVMA/2018 e nº 001/SVMA/2019) e na parceria público-privada dos piscinões (Concorrência nº 003/SGM/2020), a subcláusula 13.5 da minuta de contrato (peça 12) estabelece que dará ensejo a reequilíbrio econômico a demora em prazo superior a 12 (doze) meses do protocolo do pedido regularmente instruído pela concessionária na obtenção de licenças, permissões e autorizações exigidas para a plena execução do objeto, ou mesmo para a exploração de fontes de receita, por fato imputável ao Poder Público, em nível municipal, estadual ou federal (o que é reafirmado pela subcláusula 31.5.a).

Não consta, no âmbito do processo administrativo, histórico de dados que indique a adequabilidade do prazo de 12 meses. Assim, o estabelecimento deste prazo deixa de considerar as melhores informações possíveis, carecendo de fundamentação mais robusta, podendo implicar a assunção de riscos pouco conhecidos e dificultar seu eventual gerenciamento.

Além disso, importante ressaltar que o referido dispositivo prevê aumento automático do prazo contratual a partir de verificada referida demora, colocando as demais formas de reequilíbrio como subsidiárias. Ao fazê-lo, aparentemente restringe às partes o espaço para a avaliação da melhor forma de equilíbrio aplicável ao caso concreto. Isso porque, diante do caso concreto, o aumento do prazo pode não se mostrar como a forma mais adequada de estabelecimento do reequilíbrio, dentre as previstas na subcláusula 35.3 do contrato, podendo não ser interessante para uma ou para ambas as partes. Vale notar que o aumento do prazo já é uma das opções previstas na subcláusula 35.3 para reequilíbrio do contrato, não havendo justificativas para que se restrinja o campo de escolha aplicável diante desse tipo de evento (nada impede que,

avaliando as circunstâncias, decida-se que, naquela ocasião, o aumento do prazo é a melhor forma de reequilíbrio, mas não há justificativas para que, de antemão, ela seja definida como a forma aplicável). Assim, o mais adequado seria que, diante da materialização da hipótese de reequilíbrio em comento, o tratamento fosse o mesmo dado aos demais, cabendo qualquer das formas de reequilíbrio, sem imposição obrigatória de aumento no prazo do contrato. Recomenda-se, portanto, que o dispositivo seja alterado nesse sentido.

Em conformidade com o disposto no art. 2º da Resolução nº 18/2019 deste TCMSP, o Relatório Preliminar foi encaminhado à Origem e a manifestação prévia apresentada foi levada em consideração na elaboração deste Relatório Conclusivo (e encontra-se juntada como peças nº 49/51 deste processo).

Importante observar que a manifestação prévia da Origem (logo após o relatório preliminar) não se trata ainda da fase de contraditório, o que só acontecerá após o Relatório Conclusivo, razão pela qual, mesmo observando que a alegação da Origem de que esta margem de 12 (doze) meses para alocação dos riscos vem sendo empregada em diversos projetos sem ter sido objeto de questionamentos deste Tribunal não corresponde aos fatos, pois no âmbito do primeiro e do segundo lote de parques (Edital nº 001/SVMA/2018 e nº 001/SVMA/2019) e da parceria público-privada dos piscinões (Concorrência nº 003/SGM/2020) o mesmo apontamento foi feito pela Auditoria do TCMSP, ela não foi enfrentada ponto a ponto, mas foi levada em consideração como um todo.

A Origem não apresenta em sua manifestação prévia o histórico de dados que indique a adequabilidade do prazo de 12 meses, apenas tenta justificar o estabelecimento desse prazo, em linhas gerais, com base na alocação do risco à parte que tem maiores condições de mitigá-lo ou de gerir seus efeitos com maior eficiência. No entanto, ainda que do ponto de vista jurídico a cláusula atenda às demandas legais de taxatividade e de previsibilidade das relações jurídicas advindas de um contrato (conforme entendimento da Douta Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE – deste TCMSP, exarado no âmbito do TC/003970/2018, que teve como objeto a análise do Edital de Concessão do primeiro lote de parques), do ponto de vista técnico, o estabelecimento deste prazo continua a deixar de considerar as melhores informações possíveis,

carecendo de fundamentação mais robusta, podendo implicar a assunção de riscos pouco conhecidos e dificultar seu eventual gerenciamento.

Segundo a Origem: “Acredita-se que esta seja a melhor solução disponível para lidar com o risco de demora na obtenção de licenças, permissões e autorizações pelo Concessionário, considerando-se que alguma parcela de incerteza lhe é intrínseca” (fl.2, da peça 49).

Quanto ao fato de que o mais adequado seria, diante da materialização da hipótese de reequilíbrio em comento, ser dispensado o mesmo tratamento dado aos demais casos, cabendo qualquer das formas de reequilíbrio, sem imposição obrigatória de aumento no prazo do contrato, a Origem informa que:

... alterou-se a cláusula 13.5 do Contrato, que passou a prever apenas que a demora na obtenção de licenças, permissões e autorizações poderá ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor da Concessionária, sem, contudo, determinar qual será a forma de reequilíbrio adotada:

13.5. A demora na obtenção de licenças, permissões e autorizações exigidas para a plena execução do OBJETO, ou mesmo para a exploração de FONTES DE RECEITA, por fato imputável ao Poder Público, em nível municipal, estadual ou federal, assim entendida como a demora decorrente de fato não imputável à CONCESSIONÁRIA, em prazo superior a 12 (doze) meses do protocolo do pedido regularmente instruído, poderá ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor da CONCESSIONÁRIA. (fl. 3, da peça 49, grifo no original)

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a presença da mencionada cláusula, mas com o texto um pouco diferente do acima mencionado (fl. 118, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja previsto o conteúdo da mencionada cláusula, vale dizer, que, diante da materialização da hipótese de reequilíbrio em comento, o tratamento seja o mesmo dado aos demais casos, cabendo qualquer das formas de reequilíbrio, sem imposição obrigatória de aumento no prazo do contrato, considerar-se-á superado o apontamento quanto ao método de reequilíbrio.

3.6.2. Cláusula 31 (riscos alocados ao poder concedente)

Da leitura da Minuta do Contrato, constata-se que foram alocados ao poder concedente uma série de riscos, entre eles: riscos de engenharia e operação (31.3); riscos ambientais (31.4); riscos jurídicos (31.5).

Além disso, há dois outros riscos dispostos conjuntamente no caput da subcláusula 31.6, em aparente erro de redação.

Consoante Nota Técnica de Modelagem, fl. 86 da peça 05, a alocação de riscos teria tido como finalidade alocar cada risco à parte mais bem capacitada para gerenciá-lo:

Com vistas a adotar uma conformação própria moldada às especificidades do objeto, a matriz de risco do contrato proposto foi elaborada para alocar cada risco à parte que tem melhor capacidade de geri-lo, de acordo com a capacidade técnica e econômica dos parceiros e o objetivo de minimizar os custos relacionados aos riscos repartidos

A seguir, passamos a avaliar, com base nesse objetivo declarado pela Prefeitura (teoria dos motivos determinantes), algumas das cláusulas de alocação de riscos inseridas no contrato.

3.6.2.1. Subcláusula 31.3.d

A referente cláusula aloca ao Poder Público o risco decorrente de

31.3 Constituem, dentre outros, riscos de engenharia e operação assumidos pelo PODER CONCEDENTE:

[...]

31.3.d) Restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de órgãos ou entidades públicos, exceto se decorrente de fato imputável à CONCESSIONÁRIA

Ocorre que tal definição parece excessivamente ampla, o que pode levar a problemas de interpretação do contrato ou mesmo a avaliações equivocadas a respeito da distribuição de riscos.

Isso porque, quando a decisão proferida pelo órgão ou agente público for de natureza declaratória ou mesmo constitutiva, apenas afirmando e/ou determinando, no exercício regular da atividade administrativa (especialmente poder de polícia) ou judicial, a impossibilidade de realização de determinada atividade operacional pela concessionária, porque entendida pelo órgão competente como contrária a disposições legais ou administrativas já existentes, não

haverá que se falar, por óbvio, em realização de reequilíbrios contratuais, sob pena de imunizar a concessionária de quaisquer efeitos da própria atividade fiscalizatória regular exercida pela administração (assim entendida não apenas a fiscalização do cumprimento do contrato, mas as demais atividades de poder de polícia exercidas pelos órgãos municipais, estaduais e federais).

No entanto, a referida cláusula 3.1.3.d, em sua literalidade, expressa entendimento contrário a tal lógica.

Recomenda-se, assim, a revisão da presente cláusula.

Em manifestação prévia a Origem informa:

Em atenção a este apontamento, **alterou-se previsão da subcláusula 31.1 “d”**, para que o risco previsto se restrinja à omissão ou decisão de órgãos ou entidades públicos fora de sua competência fiscalizatória ou regulatória, e exceto se decorrente de fato imputável à Concessionária, conforme nova redação a seguir:

31.3. Constituem, dentre outros, riscos de engenharia e operação assumidos pelo PODER CONCEDENTE:

(...)

d) Restrição operacional decorrente de omissão ou decisão de órgãos ou entidades públicos, quando tomada fora de sua competência fiscalizatória ou regulatória legalmente prevista, e exceto se decorrente de fato imputável à CONCESSIONÁRIA; (fl. 4, da peça 49, grifo no original).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a presença da referida cláusula (fl. 142, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja prevista mencionada alteração, ou seja, caso não haja uma previsão excessivamente ampla, que pode levar a problemas de interpretação do contrato ou mesmo a avaliações equivocadas a respeito da distribuição de riscos, considerar-se-á superado o apontamento.

3.6.2.2. Subcláusulas 31.3.f e 3.1.3.g

A subcláusula 31.3.f e 31.3.g alocam ao Poder Público os riscos decorrentes de

31.3 Constituem, dentre outros, riscos de engenharia e operação assumidos pelo PODER CONCEDENTE:

31.3.f) Verificação de **vícios ocultos** que impeçam a execução do PROGRAMA DE INTERVENÇÃO na ÁREA DA CONCESSÃO.

3.1.3.g) Verificação de **vícios nos imóveis** nos quais se encontram implantados os PARQUES, existentes antes da DATA DA ORDEM DE INÍCIO”

Ou seja, tanto vícios ocultos como vícios aparentes foram dados como de responsabilidade do poder público.

Ocorre que esses dispositivos são frontalmente contraditórios à subcláusula 30.4.p, que dispõe ser risco da concessionária:

30.4 Constituem, dentre outros, riscos de engenharia e operação assumidos pela CONCESSIONÁRIA:

30.4.p) Custos e investimentos atinentes à recuperação e melhorias em razão de **vícios ocultos ou aparentes** nos bens da CONCESSÃO ou na ÁREA DA CONCESSÃO, e/ou funcionalidade e qualidade inferior às esperadas;

Também são frontalmente opostos à subcláusula 30.4.c, que dispõe ser risco da concessionária:

30.4 Constituem, dentre outros, riscos de engenharia e operação assumidos pela CONCESSIONÁRIA:

30.4.c) Identificação de **vícios, defeitos, irregularidades e inconformidades** nas construções e reformas de edificações nos PARQUES e/ou PRAÇA;

Ou seja, há alocação contraditória e inconsistente dos riscos referentes a vícios ocultos e aparentes nos imóveis e na área da concessão.

Com efeito, a alocação ao Poder Concedente de riscos referentes a problemas nos imóveis, especialmente a subcláusula 31.3.g (que se refere à mera constatação de quaisquer vícios, independentemente de sua condição aparente ou de suas consequências), contrasta com a própria finalidade da concessão em comento, de que o concessionário deverá conhecer e avaliar as áreas referentes à exploração da concessão, reformá-las e melhorá-las, especialmente os imóveis, os quais se espera que serão utilizados como fontes de receita. Ora, se os problemas e as necessidades de melhorias nos imóveis e bens da concessão constituem o próprio motivo fundante da realização da concessão, não faz sentido que o poder concedente fique responsável por compensar a concessionária pela existência de tais problemas, que é esperada e inclusive dada como certa. Vale ressaltar que os subitens 2.5 e 2.6, 9.1, 9.5 e 9.6 do edital, e o item 2.2 do

Anexo III do Contrato, deixam expressa a obrigação, da concessionária, de avaliar e conhecer a área objeto da concessão.

Em manifestação prévia a Origem informa: “A fim de sanar o apontado, **excluiu-se do rol de riscos alocados ao Poder Concedente (cláusula 31.3) aqueles inicialmente previstos nas alíneas “f” e “g”...**” (fl. 3, da peça 49, grifo no original).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a ausência das referidas alíneas (fl. 142, da peça 50).

Caso na republicação do Edital não estejam previstas mencionadas alíneas, vale dizer, caso não haja alocação contraditória e inconsistente dos riscos referentes a vícios ocultos e aparentes nos imóveis e na área da concessão, considerar-se-á superado o apontamento.

3.6.2.3. Subcláusulas 31.4.a e 30.6.c

A subcláusula 31.4.a aloca ao Poder Concedente os riscos decorrentes de

31.4. Constituem, dentre outros, riscos ambientais assumidos pelo PODER CONCEDENTE:

31.4.a) Existência de condições adversas do solo/terrenos nos quais serão realizadas as obras do PROGRAMA DE INTERVENÇÃO, que comprovadamente atrasem o cronograma ou impeçam a execução das referidas obras;

Contraditoriamente, a subcláusula 30.6.c dispõe ser risco da concessionária:

30.6. Constituem, dentre outros, riscos ambientais a serem assumidos pela CONCESSIONÁRIA:

30.6.c) Existência de condições adversas do solo/terreno da ÁREA DA CONCESSÃO que comprovadamente atrasem o cronograma do PROGRAMA DE INTERVENÇÃO ou impeçam a execução de obras.

A área da concessão, naturalmente, engloba as áreas onde serão realizadas as obras do programa de intervenção.

Assim, as duas subcláusulas contêm conteúdo contraditório.

Em manifestação prévia a Origem informa:

A fim de esclarecer o ponto, **alterou-se a redação do risco alocado ao Poder Concedente**, para que trate apenas da hipótese na qual as condições adversas do solo/terrenos inviabilizem a execução das obras, conforme abaixo:

31.4 Constituem, dentre outros, riscos ambientais assumidos pelo PODER CONCEDENTE:

a) Existência de condições adversas do solo/terrenos nos quais serão realizadas as obras do PROGRAMA DE INTERVENÇÃO, que comprovadamente impeçam a execução das referidas obras; e (fl. 3, da peça 49, grifo no original).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a alteração tanto do risco alocado à concessionária quanto do risco alocado ao poder concedente (fls. 140 e 142, da peça 50).

Caso na republicação do Edital estejam previstas as alterações, vale dizer, sem subcláusulas com conteúdo contraditório, considerar-se-á superado o apontamento.

3.6.2.4. Subcláusulas 31.3.j e 31.3.k

Tais subcláusulas colocam como risco do Poder Concedente os eventuais prejuízos decorrentes do resultado de laudo estrutural, a ser obtido pela concessionária, e a respeito da possibilidade de realização de eventos com menos de 150 pessoas na Praça Alexandre de Gusmão:

31.3 Constituem, dentre outros, riscos de engenharia e operação assumidos pelo PODER CONCEDENTE:

31.3.j) A inviabilidade da CONCESSIONÁRIA ou seus prepostos terem acesso à área do estacionamento no subsolo na PRAÇA para realização do laudo estrutural previsto na subcláusula 15.1.1, “a)”, por circunstâncias alheias à atuação da CONCESSIONÁRIA; e

31.3.k) A impossibilidade de realização de eventos na PRAÇA com público igual ou inferior a 150 (cento e cinquenta) pessoas em decorrência do resultado do laudo estrutural previsto na subcláusula 15.1.1, “a)”.

Por outro lado, à concessionária foi alocado o risco caso o laudo indique que o local não é apropriado para a realização de eventos com mais de 150 pessoas:

30.4 Constituem, dentre outros, riscos de engenharia e operação assumidos pela CONCESSIONÁRIA:

30.4.y) A impossibilidade de realização de eventos na PRAÇA com público superior a 150 (cento e cinquenta) pessoas em decorrência do resultado do laudo estrutural previsto na subcláusula 15.1.1, “a)”.

Constata-se que tais alocações de risco sobrevieram após a realização da consulta pública, em que foi informada, por uma munícipe, a existência de tal risco referente à segurança estrutural da praça, e a consequente necessidade de realização do laudo estrutural antes de sua utilização como local de eventos¹⁹.

Como consequência do informado pela munícipe, determinou-se na subcláusula 15.1.1.a do contrato a obrigação da futura concessionária de realizar tais estudos:

15.1.1.a) A realização de eventos ou atividades que reúnam pessoas, infraestrutura e/ou equipamentos na PRAÇA ALEXANDRE DE GUSMÃO fica condicionada à prévia apresentação por parte da CONCESSIONÁRIA e aprovação, pelo PODER CONCEDENTE, de laudo de segurança estrutural que avalie a resistência da estrutura da garagem subterrânea presente no subsolo da PRAÇA;

Assim, informada da existência desse risco, a Prefeitura previu: i) a obrigação de a concessionária, após a assunção da concessão, obter o laudo estrutural como condição prévia, para a utilização da praça Alexandre de Gusmão para eventos; ii) a responsabilidade pelo resultado do laudo ao Poder Concedente, caso este conclua pela impossibilidade de eventos com número de pessoas inferior a 150; e para a concessionária, caso conclua pela impossibilidade de eventos com mais de 150 pessoas.

Inicialmente, não restava clara a razão da inserção da subcláusula 31.3.j, bem como por qual motivo não se teria acesso à área do estacionamento.

Ocorre que, verificando o modelo referencial adotado pela prefeitura, peças 5 e 13, constata-se que a realização de eventos na praça Alexandre de Gusmão se constitui na principal fonte de receita vislumbrada para a concessionária:

As receitas de eventos se estabilizam em R\$ 1.108.000,00 (um milhão, cento e oito mil reais), valor calculado pela soma entre **os R\$ 680.400,00 (seiscentos e oitenta mil e quatrocentos reais) estimados para a Praça Alexandre de Gusmão** e R\$ 427.700,00 (quatrocentos e vinte e sete mil e setecentos reais) no Parque Mário Covas. Para tanto, foram considerados eventos como feiras gastronômicas e de produtos, avaliando que estes espaços teriam maior apelo

¹⁹ Consoante peça 5: “Ressalta-se que, a partir de considerações tecidas pela sociedade civil no âmbito da consulta pública, foi adicionada a obrigação que para a realização de eventos na Praça Alexandre de Gusmão a Concessionária deverá apresentar laudo estrutural que certifique o local possui condições para recepcionar pessoas, infraestrutura e equipamentos, a ser aprovado pelo Poder Concedente”.

para a recepção de tais usos. **A receita de eventos na Praça é o produto entre as 21 (vinte e uma) barracas estimadas por evento**, a premissa de 6 (seis) eventos por mês e a receita de R\$ 450,00 (quatrocentos e cinquenta reais) por barraca.

Com efeito, tal cifra de R\$ 680.000,00 corresponde a 27% das receitas totais que, estima-se, irá o concessionário obter.

Figura 6 – Estimativas de receita

Tabela 5 – Estimativa de Receita ao ano

Fontes de Receitas	R\$ mil/ano
Eventos	1.108
Publicidade	638
Locação de áreas	514
Outras	239
Total	2.498

Fonte: Peça 5.

A frustração de tais receitas, com isso, tem grande potencial de comprometimento da própria viabilidade do modelo proposto. Por outro lado, como custo para a realização do laudo, estima-se o valor de apenas R\$ 47.000 (fl. 31 da peça 05).

Cediço que tais valores e projeções de custos/receitas são meramente referenciais, não vinculando Prefeitura nem concessionários, sendo que eventual concessionário poderá, em tese, nem sequer basear seu modelo de negócios na realização de eventos na praça. No entanto, ainda que suas projeções sejam meramente referenciais, as receitas com eventos na Praça Alexandre de Gusmão parecem integrar parte fundamental da modelagem contratual realizada, e se revelam ainda mais importantes diante da escassez de fontes de receita existentes na área da concessão. A frustração das receitas referentes a eventos na área tem o condão de tornar prejudicada toda a modelagem realizada para o contrato, o que contrasta com o baixo custo estimado para a realização do laudo, e demonstra a irrazoabilidade de se prever a

obtenção de tal laudo apenas posteriormente à realização da concessão nos moldes atuais, em vez de elaborar o documento já diante da posse de tal informação.

É dizer, dos estudos realizados pela prefeitura, denota-se que o custo referente ao gerenciamento e à mitigação desse risco, previamente à realização da concessão, é significativamente inferior aos potenciais efeitos de sua materialização no resultado da concessão, seja para o Poder Concedente, que poderá se ver obrigado a desembolsar elevados e incertos valores a título de reequilíbrio (caso se conclua pela impossibilidade de eventos para número de pessoas menor que 150), seja para o particular, que poderá ter o sucesso de seu negócio comprometido (caso se conclua pela impossibilidade de eventos com mais de 150 pessoas).

Desse modo, a mera alocação dos riscos referentes ao resultado do laudo estrutural da Praça Alexandre de Gusmão (subcláusulas 30.4.y, 31.3.k e 31.3.j), em vez de seu gerenciamento prévio, atenta contra a economicidade e é contraditória ao motivo exposto, pela própria PMSP, para a alocação de riscos realizada no contrato, qual seja, o “objetivo de minimizar os custos relacionados aos riscos repartidos” (fl. 86 da peça 05).

Em manifestação prévia, informa a Origem que “em atenção aos comentários da auditoria, resolveu-se por alocar o risco do resultado do laudo integralmente à Concessionária [...] Assim, **foi excluído do Contrato o risco previsto na subcláusula 31.3 ‘k’**” (fl. 5, da peça 49, grifo no original).

A Origem continua a optar pela alocação do risco referente ao resultado do laudo estrutural da Praça Alexandre de Gusmão, em vez de seu gerenciamento prévio, mas agora o aloca integralmente à Concessionária.

Acrescenta:

Por outro lado, não há evidências que permitam afirmar que a atratividade da licitação está comprometida pela exigência do laudo em questão. Importante destacar que, de acordo com o Relatório Técnico emitido por SIURB, as cargas prováveis admitidas variam entre 300 e 500 kgf/m². Como é possível extrair na tabela abaixo que mostra as cargas para cálculo de

estruturas de edificações e lajes, essa informação já permite inferir que o risco de não serem permitidos pequenos eventos na praça é baixo:

[...]

Observa-se que locais que recebem reuniões de um número considerável de pessoas, como restaurantes, arquibancadas, clubes, e até mesmo bibliotecas de depósito (que são notadamente espaços que exigem uma capacidade estrutural para recepção de carga estruturada) estão dentro da margem estimada por SIURB.

Também deve-se atentar para o fato de o Plano Diretor limitar ao máximo de 300 pessoas como público para eventos na Praça Alexandre de Gusmão, o que por si só já impede que os licitantes avaliem a realização de grandes eventos naquele espaço em sua proposta comercial.

[...]

Tendo em vista o exposto acima, com relação ao risco residual relacionado aos eventos a serem realizados na Praça, e em atenção aos comentários da auditoria, resolveu-se por alocar o risco do resultado do laudo integralmente à Concessionária. (fls. 4/5, da peça 49)

Diante dos argumentos da SGM, conclui-se que, independentemente da importância técnica do gerenciamento prévio de riscos e, quando viável, sua eliminação, as alterações propostas possibilitam o prosseguimento do certame, pois, como observado pela Origem:

... (i) os licitantes já saberiam de antemão que o risco seria por eles assumido e, por decorrência (ii) não haveria recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Caso esse risco seja tão grande a ponto de os licitantes considerarem que a execução contratual seria prejudicada pela não realização de eventos na praça, restaria, tão somente, uma licitação deserta. (fl. 5, da peça 49)

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se alteração textual nas subcláusulas 30.4.y e 31.3.j (apresentada na Minuta de Edital como 31.3.h), conforme fls. 138 e 142, da peça 50, bem como a ausência da citada subcláusula 31.3.k (fl. 142, da peça 50).

3.6.2.5. Subcláusulas 31.5.l, 31.5.m e 31.5.n

Tais subcláusulas colocam como risco do Poder Concedente:

31.5. Constituem, dentre outros, riscos jurídicos assumidos pelo PODER CONCEDENTE:

31.5.l) Retomada da CONCESSÃO por razões de interesse público;

31.5.m) Extinção da CONCESSÃO por vícios no processo de contratação, nos casos em que a CONCESSIONÁRIA não tiver concorrido com os vícios que geraram a anulação do CONTRATO;

31.5.n) Extinção da CONCESSÃO por descumprimento pelo PODER CONCEDENTE de suas obrigações, mediante ação judicial;

Em relação à subcláusula 31.5.l, subtende-se que se trata dos casos de encampação, que já encontra disciplina legal (arts. 35/37 da Lei Federal 8.987/1995). Além disso, a encampação, suas consequências e seus procedimentos, já estão previstos na cláusula 47ª do contrato.

Por outro lado, a previsão a que se relaciona a subcláusula 31.5.m já encontra disciplina nos arts. 49, §1º, e 59, ambos da Lei Federal nº 8.666/1993. Além disso, já se encontra prevista na cláusula 50ª do contrato.

Por fim, a hipótese elencada no art. 31.5.n se refere ao instituto da rescisão, já disciplinada nos arts. 35 e 39 da Lei Federal nº 8.987/1995), e também na cláusula 49ª do contrato.

Com isso, a previsão de todos esses elementos no bojo da matriz de riscos não se mostra adequada, uma vez que, para eles, já há disciplina legal e contratual referente às suas consequências, não havendo que se falar, no caso, em utilização dos mecanismos previstos no contrato para operacionalização do reequilíbrio contratual, ao qual se vincula à elaboração da matriz de riscos (conforme subcláusula 35.1), cuja função é a recondução do sinalagma contratual à situação de equivalência obrigacional (encargos/remuneração), visando principalmente à preservação do contrato e à redução de custos de transação.

Basta observar os mecanismos previstos na subcláusula 35.3 (aumento no prazo, revisão de encargos, revisão do valor de outorga variável, etc.), para verificar que não têm aplicabilidade adequada nas referidas hipóteses de extinção da concessão. O único mecanismo de reequilíbrio efetivamente aplicável, entre os ali previstos, seria a indenização, que, contudo, já encontra disciplina legal e até mesmo contratual, cláusulas 47ª, 49ª e 50ª.

A previsão destes elementos, tanto na matriz de riscos, como em cláusulas contratuais específicas, já elaboradas em conformidade com a disciplina legal aplicável, assim, pode conduzir a ambiguidades e prejudicar a interpretação do contrato.

Em manifestação prévia a Origem informa que **“foram excluídas as subcláusulas 31.5 “l”, 31.5 “m” e 31.5 “n” do contrato”** (fl. 3, da peça 49, grifo no original).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a ausência das referidas alíneas (fl. 144, da peça 50).

Caso na republicação do Edital não estejam previstas mencionadas alíneas, vale dizer, caso não haja a previsão destes elementos na matriz de riscos, pois pode conduzir a ambiguidades e prejudicar a interpretação do contrato, considerar-se-á superado o apontamento.

3.6.2.6. Subcláusula 31.5.q

A referida cláusula assim está disposta:

31.5. Constituem, dentre outros, riscos jurídicos assumidos pelo PODER CONCEDENTE:

q) Ajuizamento de ação, se necessário, ou condução de procedimento de extrajudicial;

A referida redação é confusa, não se identificando, em seus elementos, a descrição de qualquer evento, não se podendo compreender a que se refere tal hipótese, ou, por consequência, por que (e de que forma) se inseriria entre os riscos assumidos pelo poder concedente.

Com efeito, não se compreende a que se refere a subcláusula quando diz que “ajuizamento de ação” é um risco assumido pelo poder concedente, sequer se podendo saber a que tipo de “ação” se refere, ou por que isso seria um risco, que ainda foi assumido pelo poder concedente.

A parte final da subcláusula, “condução de procedimento de extrajudicial”, igualmente, não tem conteúdo claro.

Em manifestação prévia a Origem informa que “com o propósito de atender os apontados do Relatório Preliminar, concordou-se com **a exclusão da subcláusula 31.5 ‘q’**” (fl. 4, da peça 49, grifo no original).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a ausência da referida alínea (fl. 144, da peça 50).

Caso na republicação do Edital não esteja prevista mencionada alínea, que não tem conteúdo claro, considerar-se-á superado o apontamento.

3.6.2.7. Subcláusula 31.5.r

A referida cláusula assim está disposta:

31.5. Constituem, dentre outros, riscos jurídicos assumidos pelo PODER CONCEDENTE:

r) “Encampação branca”, tolerância oficial a condutas ilícitas que impactem diretamente a execução do CONTRATO, bem como quaisquer outras ações do PODER CONCEDENTE, comprovadamente motivadas por razões políticas;

Tal subcláusula indica a possibilidade de o poder público tolerar, e ainda *oficialmente*, condutas ilícitas que impactem a concessão. Além disso, tais condutas teriam que ser comprovadamente motivadas por razões políticas.

Ocorre que não se pode conceber que o Poder Público tolere oficialmente condutas ilícitas, as quais deveria reprimir de ofício, e ainda por razões de cunho comprovadamente político, uma vez que os agentes públicos responsáveis, se assim o fizessem, estariam incorrendo nos elementos do tipo previsto no art. 319 do Código Penal (prevaricação).

Outra interpretação é a de que quaisquer ações do Poder Concedente motivadas por “razões políticas” dariam azo a reequilíbrio, o que também não encontra guarida legal, ante a impossibilidade de se definir adequadamente o que seria uma “razão política”. A rigor, qualquer ato, naturalmente, tem algum tipo de motivação política. Para alterações unilaterais do contrato pelo Poder Concedente, ou para fato do príncipe e fato da administração, com impactos no contrato, já há previsão legal e contratual de reequilíbrio, independentemente da motivação vislumbrada.

Assim, referida cláusula dispensa previsão contratual.

Em manifestação prévia a Origem informa que “a fim de evitar questionamentos futuros, e em linha com as sugestões do Relatório Preliminar, optou-se por excluir a subcláusula 31.5 ‘r’.” (fl. 5, da peça 49, grifo no original).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a ausência da referida alínea (fl. 144, da peça 50).

Caso na republicação do Edital não esteja previsto o conteúdo da mencionada alínea, considerar-se-á superado o apontamento.

3.6.2.8. Subcláusula 31.5.p

Tal subcláusula se refere à realização de reequilíbrios em função de alterações unilaterais do contrato pelo Poder Concedente:

31.5. Constituem, dentre outros, riscos jurídicos assumidos pelo PODER CONCEDENTE:

31.5.p) Imposição pelo PODER CONCEDENTE de novas obrigações ou alteração unilateral das obrigações originalmente contempladas no CONTRATO que provoque impacto nos custos e encargos da CONCESSIONÁRIA;

Não se questiona que a alteração ou a ampliação do escopo obrigacional da concessionária, unilateralmente pelo poder concedente, seja fato ensejador de reequilíbrio (o que decorre das próprias Leis Federais nº 8.987/1995 e 8.666/1993), nem se discute a possibilidade que, em um contrato administrativo, seja praticado pela Administração tal tipo de ato, quando visando a interesse público, apenas reforçada pelo dispositivo contratual.

No entanto, em diversos trabalhos dessa auditoria em outros contratos de concessão²⁰ foi observado que a Administração Municipal praticou, ao longo dos anos, atos de gestão contratual a título de modificação de cláusulas contratuais de contratos de concessão, inclusive com repercussão econômica, apenas por meio do envio de ofícios e/ou ordens às concessionárias, sem a submissão a um procedimento formal de aditamento contratual, sem publicação dos atos

²⁰ Vide TCs 4696/2016 e 4684/2016, por exemplo, bem como eTCM 9868/2020.

em imprensa oficial, e sem conhecimento e definição do efetivo impacto econômico das medidas, cuja análise e definição foi postergada para o momento de revisão ordinária quinquenal dos contratos, em desacordo com diversos artigos da legislação relativa às contratações públicas. Entre eles, digno de nota o §4º do art. 9º da Lei 8.987/1995, que determina que alteração unilateral do contrato impõe a realização de reequilíbrio econômico-financeiro concomitante; e também o §6º do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993, que impõe a necessidade de aditamento²¹. Tais atos, para além de irregularidades formais, potencializaram impactos financeiros desproporcionais à prefeitura, por serem incompletos para fins de especificação da alteração contratual, não contendo as informações necessárias para a suficiente caracterização de seus efeitos obrigacionais e econômicos, e, com isso, criando prejuízos ao erário na ocasião dos reequilíbrios econômico-financeiros.

Nessa senda, embora já haja expresse regramento legal nesse sentido, diante do histórico verificado, recomenda-se a previsão específica em contrato de que, em havendo alteração unilateral do escopo obrigacional do contrato pelo Poder Concedente, seja realizado concomitante aditamento e reequilíbrio do contrato, conforme previsto no §4º do art. 9º da Lei Federal nº 8.987/1995 e no §6º do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993, seguindo-se também todas as demais formalidades aplicáveis, como as dos arts. 60 e 61 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Em manifestação prévia a Origem informa:

Em atenção aos comentários da Auditoria, foi incluída nova subcláusula 31.6 no Contrato, segundo a qual:

31.6 Na ocorrência do risco previsto na Subcláusula 31.5. “m”, deverão ser formalizados o reequilíbrio do CONTRATO e respectivo termo de aditamento a este CONTRATO, conforme previsto no §4º do art. 9º da Lei Federal nº 8.987/1995 e no §6º do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993, observadas as formalidades aplicáveis, como as descritas nos arts. 60 e 61 da Lei Federal nº 8.666/1993. (fl. 13, da peça 49).

²¹ Na doutrina, no mesmo sentido, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2013, p. 7): “A existência de disposição contratual que autorize esse tipo de aditivo reforça sua possibilidade jurídica, mas não torna desnecessária a formalização da alteração contratual em cada caso, bem como a negociação entre as partes do respectivo termo aditivo e das condições de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.”. Ref: RIBEIRO, M. P; PRADO, L. N. Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da administração pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais, 2013. Disponível em <https://portugalribeiro.com.br/wp-content/uploads/alteracao-de-contratos-administrativos.pdf>. Acesso em 16.10.2020.

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a presença da referida cláusula (fl. 144, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja previsto o conteúdo da referida cláusula, ou seja, a previsão específica em contrato de que, em havendo alteração unilateral do escopo obrigacional do contrato pelo Poder Concedente, seja realizado concomitante aditamento e reequilíbrio do contrato, conforme previsto no §4º do art. 9º da Lei Federal nº 8.987/1995 e no §6º do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993, seguindo-se também todas as demais formalidades aplicáveis, como as dos arts. 60 e 61 da Lei Federal nº 8.666/1993, considerar-se-á acatada a recomendação.

3.6.3. Anexo V do contrato (Contratação da entidade responsável pela pesquisa de satisfação e determinação do índice de desempenho)

A cláusula 9ª do Anexo V do contrato (Peça 16) dispõe a respeito da contratação do Verificador Independente e da entidade responsável por realizar a “Pesquisa de Satisfação do Usuário”, ambos os quais terão influência na avaliação de desempenho do contrato, previsto na cláusula 6ª do mesmo Anexo V (realizando, respectivamente, a avaliação de desempenho e a pesquisa de satisfação dos usuários).

Esse fator de desempenho, note-se, influenciará no valor a ser pago pela concessionária, ao Poder Concedente, a título de outorga variável (subcláusula 5.4 do Anexo IV do contrato, peça 17).

A contratação do verificador independente será realizada pela própria concessionária, após apresentação de lista tríplice de empresas ao Poder Concedente, o qual deverá homologar, avaliar e selecionar tais empresas (subcláusula 9.8), sendo posteriormente contratadas pela concessionária:

9.3.4 A CONCESSIONÁRIA deverá apresentar, para prévia homologação do PODER CONCEDENTE, no prazo de 9 (nove) meses da DATA DA ORDEM DE INÍCIO, **ao menos 3 (três) empresas** ou consórcios de empresas que reúnam as condições mínimas de qualificação para atuar como VERIFICADOR INDEPENDENTE e como INSTITUTO DE PESQUISA, devendo se tratar de empresas distintas entre si.

9.8 As propostas entregues pelas empresas pré-selecionadas serão avaliadas pelo PODER CONCEDENTE. A avaliação e seleção da proposta dos participantes

do processo serão realizadas observando cumulativamente aos seguintes critérios:

- a) Atendimento aos parâmetros estabelecidos neste Anexo;
- b) Preço compatível com o mercado;
- c) Experiência e qualificação compatível com o objeto do contrato.

Tal dispositivo é semelhante ao que fora originalmente previsto para o primeiro edital referente ao 1º lote de parques, que assim dispunha:

8.1.1 submissão de lista pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, indicando 3 (três) Institutos de Pesquisa e 3 (três) AGENTES DE APOIO À FISCALIZAÇÃO, todos comprovadamente qualificados e de reputação comprovadamente ilibada, em até 60 (sessenta) dias antes do prazo previsto para o início da aferição;

Previsão semelhante havia também no edital referente ao segundo lote, sendo que nesse caso a contratação se daria integralmente pela concessionária, sem participação do Poder Concedente.

Em tal certame, após apontamento da auditoria, de que com tal previsão não haveria observância ao art. 13 da Lei 16.703/2017 (que permite que verificador independente seja contratado pela concessionária, mas exige para tanto anuência do Poder Público e, ao exigir tal anuência, ato administrativo, implicitamente requer isonomia, impessoalidade e ampla publicidade), a PMSP modificou o edital do segundo lote para prever, por exemplo, a seguinte alteração, entre outras:

3.9.1. A contratação de entidade responsável, a despeito de seguir as normas de direito privado aplicáveis em conformidade com as atribuições, prazos e obrigações previstos neste ANEXO III – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA, deverá ser realizada pela CONCESSIONÁRIA com **observância dos princípios da impessoalidade, isonomia e da publicidade**, aplicando-se, como orientação e no que couber, os parâmetros de seleção previstos na Lei Federal nº 8.666/93, **obedecendo, portanto, aos requisitos de ampla divulgação do pedido de propostas de eventuais interessados e julgamento objetivo das propostas.**

Com efeito, especialmente considerando que a pesquisa de satisfação e a verificação independente impactarão diretamente na outorga a ser paga pelo concessionário ao Poder Concedente, a previsão de que o Poder Público fique limitado a escolher de uma lista de três empresas, todas selecionadas pela concessionária, sem critérios objetivos predefinidos,

ocasiona conflito de interesses, e não assegura que tal ato administrativo de escolha respeite as exigências legais aplicáveis (impressoalidade, isonomia, ampla publicidade, entre outros).

Além disso, no presente edital, ainda que haja, na mesma cláusula 9, restrições quanto às empresas que podem ser escolhidas pela concessionária (experiência, vedação a partes relacionadas, etc.), não se eliminam tais conflitos de interesses. Como exemplo de um conflito de interesses que permanece, nota-se que, com base no mecanismo previsto, de livre seleção das empresas pela concessionária, esta concessionária terá a liberdade de indicar ou não, em um determinado ano, na referida lista tríplice, a empresa que foi responsável por realizar sua avaliação no ano anterior. Com isso, podem-se configurar constrangimentos, ainda que indiretos, às empresas responsáveis pela realização da avaliação.

Assim, as diretrizes e procedimentos para seleção do verificador independente e do instituto de pesquisas não possuem, no edital sob análise, mecanismo que permita impessoalidade, publicidade e isonomia no ato de seleção e na necessária anuência pelo poder concedente, e que garanta minimização dos conflitos de interesse necessários para o devido funcionamento do sistema de mensuração de desempenho do contrato.

Em manifestação prévia a Origem informa:

A fim de atender às ressalvas da Auditoria, principalmente considerando que o Relatório Preliminar aponta como exemplos outros editais que adotaram soluções semelhantes, alterou-se o Anexo V do Contrato – Sistema de Mensuração de Desempenho, que passou a conter regramento similar ao disposto dos documentos do 1º e 2º lotes de Parques.

Assim, **o item 9.4 do Anexo V do Contrato – Sistema de Mensuração de Desempenho passou a prever que a contratação do Verificador Independente e do Instituto de Pesquisa deverá ser realizada pela concessionária de maneira análoga a uma contratação regida pela Lei Federal nº 8.666/93, obedecendo, portanto, aos parâmetros de seleção determinados no referido diploma legal**, conforme abaixo:

9.4. A contratação de entidade responsável, a despeito de seguir as normas de direito privado aplicáveis em conformidade com as atribuições, prazos e obrigações previstos neste ANEXO, deverá ser realizada pela CONCESSIONÁRIA de maneira análoga a uma contratação regida pela Lei Federal nº 8.666/93, obedecendo, portanto, aos parâmetros de seleção determinados no referido diploma legal para seleção do VERIFICADOR INDEPENDENTE e do INSTITUTO DE PESQUISA. (fl. 1, da peça 49, grifo no original)

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a presença da mencionada cláusula (fl. 492, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja prevista mencionada cláusula, vale dizer, mecanismo que permita impessoalidade, publicidade e isonomia no ato de seleção e na necessária anuência pelo poder concedente, e que garanta minimização dos conflitos de interesse necessários para o devido funcionamento do sistema de mensuração de desempenho do contrato, considerar-se-á superado o apontamento.

3.6.4. Ata de RP 039/SMSUB/COGEL e item 4.2.7.a do Anexo III – calçadas do perímetro externo do Parque Trianon

Consoante peça 27, já existe, no âmbito da PMSP, uma Ata de Registro de Preços (Ata de RP nº 039/SMSUB/COGEL/2019) para a readequação e manutenção dos passeios públicos, cujo objeto foi assim definido:

O objeto deste documento são as diretrizes executivas de serviços da SMSUB/PMSP para a **requalificação das calçadas** em ruas com até 12,5% (doze e meio por cento) de declividade e 1,70m (um metro e setenta centímetros) de largura mínima média, com **adequação da acessibilidade**. (grifos nossos)

Referido termo se baseou no Decreto Municipal nº 58.611/2019, posteriormente revogado pelo Decreto nº 59.671/2020, cujo objetivo é a padronização das calçadas na cidade de São Paulo (“Consolida os critérios para a padronização das calçadas, bem como regulamenta o disposto nos incisos VII e VIII do “caput” do artigo 240 do Plano Diretor Estratégico, o Capítulo III da Lei nº 15.442, de 9 de setembro de 2011, e a Lei nº 13.293, de 14 de janeiro de 2002”).

Assim, questiona-se a inclusão, como principal encargo obrigatório para a concessionária (que consome o maior volume de investimentos, conforme fl. 30 da peça 05), da realização de obras de acessibilidade no perímetro externo (calçadas) do Parque Trianon pela concessionária, consoante item 4.27.a do Anexo III do Contrato (peça 15):

4.2.7. No PARQUE TENENTE SIQUEIRA CAMPOS (TRIANON)

a) garantir a acessibilidade no perímetro externo do PARQUE TRIANON (calçadas) e da PRAÇA ALEXANDRE DE GUSMÃO, nos termos do item 2.13 deste ANEXO III – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA, exceção feita à calçada da Avenida Paulista.

Nessa senda, uma vez que já existe referida ata de RP em andamento, com objetivo de padronização das calçadas na cidade, e considerando que a colocação de mais encargos à concessionária pode, entre outros: afastar eventuais interessados na gestão do parque, ou mesmo impedir que se exijam da concessionária outros encargos e melhorias mais especificamente relacionados ao objeto de gestão e melhoria dos parques, recomenda-se que a PMSP reavalie, no âmbito de sua discricionariedade, a conveniência referente à exigência do encargo previsto na subcláusula 4.2.7.a do Anexo III.

Em manifestação prévia a Origem informa que

“... em reconsideração e diante do exposto, exclui-se tal obrigação do Programa de Intervenção da Concessão e, respectivamente, do Capex estimado.

...

Por sua vez, o excedente financeiro gerado no modelo referencial ao se retirar tal obrigação foi transformado em benefícios diretos aos usuários a partir da exigência mínima de 96 (noventa e seis) horas mensais de atividades de interesse coletivo. Em outras palavras, a Concessionária passa a ter a obrigação de oferecer atividades gratuitas à população que poderão ter cunho ambiental, educacional, esportivo e cultural, conforme pode ser visto no Caderno de Encargos da Concessão. (fls. 11/12, da peça 49).

Caso na republicação do Edital estejam previstas mencionadas alterações, considerar-se-á acatada a recomendação.

3.6.5. Utilização das projeções realizadas na licitação para determinação dos fluxos de caixa marginais

A subcláusula 36.9 da minuta de contrato assim dispõe:

36.9. Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais, deverão ser utilizadas as melhores informações disponíveis e atualizadas para se estimar o valor dos investimentos, dos custos e das despesas, bem como eventuais receitas e outros ganhos, resultantes do evento de desequilíbrio, tomando-se por base as melhores referências de preço do setor público e/ou do setor privado disponíveis no momento do pleito, incluindo-se valores praticados em contratos pretéritos celebrados pelo PODER CONCEDENTE, pelos acionistas ou quotistas da SPE, ou por outras empresas, levantamentos de mercado e publicações específicas sobre preços de itens e insumos utilizados em cada caso, e, na indisponibilidade de informações mais atuais, **das projeções realizadas por ocasião da LICITAÇÃO.** (grifo nosso)

Deduz-se que tais projeções, de utilização subsidiária e não preferível, referem-se específica e unicamente às elaboradas pelo Poder Concedente, uma vez que não se admite o envio dos planos de negócios das concessionárias (item 13.9 do edital).

No entanto, tal plano pode eventualmente ser solicitado para avaliação de exequibilidade, pela Comissão de Licitação (item 16.6.1).

Nessa senda, essa previsão contratual da subcláusula 36.9, que, pela lógica, deveria se referir exclusivamente às projeções elaboradas pelo poder concedente, pode levar a eventuais equívocos, levando o licitante/concessionário a pretender a utilização de suas próprias projeções como fonte para o reequilíbrio contratual, o que seria contraditório à intenção do Poder Concedente de evitar tal possibilidade, uma vez que expressamente veda o envio do Plano de Negócios pelos licitantes.

Com isso, recomenda-se a revisão da redação da subcláusula 36.9, para excluir a possibilidade de interpretação a respeito de eventual utilização das projeções dos próprios licitantes (plano de negócios) na eventual apuração de fluxos marginais.

Em manifestação prévia a Origem informa:

Assim, na linha dos comentários da auditoria, que sugere que a previsão contratual deveria se referir exclusivamente à projeções do Poder Concedente – com o que se concorda – alterou-se a subcláusula 36.9, que passa a prever que tais projeções tenham sido realizadas pelo Poder Concedente:

36.9. Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais, deverão ser utilizadas as melhores informações disponíveis e atualizadas para se estimar o valor dos investimentos, dos custos e das despesas, bem como eventuais receitas e outros ganhos, resultantes do evento de desequilíbrio, tomando-se por base as melhores referências de preço do setor público e/ou do setor privado disponíveis no momento do pleito, incluindo-se valores praticados em contratos pretéritos celebrados pelo PODER CONCEDENTE, pelos acionistas ou quotistas da SPE, ou por outras empresas, levantamentos de mercado e publicações específicas sobre preços de itens e insumos utilizados em cada caso, e, na indisponibilidade de informações mais atuais, das projeções realizadas pelo PODER CONCEDENTE por ocasião da LICITAÇÃO. (fl. 12, da peça 49, destaques no original)

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se a presença da mencionada cláusula (fl. 151, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja prevista mencionada alteração, vale dizer, a exclusão da possibilidade de interpretação a respeito de eventual utilização das projeções dos próprios licitantes (plano de negócios) na eventual apuração de fluxos marginais, considerar-se-á acatada a recomendação.

3.7. Erros textuais e de referência

A seguir, destacamos pontos dos documentos analisados em que foram constatados erros textuais ou de referência, potencialmente comprometedores da clareza e da aplicação do contrato.

3.7.1. Subcláusula 31.6 – Minuta de Contrato

A referida cláusula assim está disposta:

31.6. Alteração nos PLANOS DIRETORES dos PARQUES, ocorrida após a DATA DE ENTREGA DAS PROPOSTAS, que resulte em novas obrigações à CONCESSIONÁRIA e que traga efetivos e diretos prejuízos para a CONCESSIONÁRIA. Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, que incidam diretamente sobre os serviços prestados pela CONCESSIONÁRIA, e cuja criação, alteração ou extinção ocorra após a DATA DE ENTREGA DAS PROPOSTAS, com comprovada repercussão direta sobre o equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO, darão ensejo ao procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro em favor da CONCESSIONÁRIA ou do PODER CONCEDENTE, conforme o caso.

Ocorre que a parte em destaque, alusiva a alterações nos planos diretores, quer parecer, refere-se efetivamente a um dos riscos jurídicos assumidos pelo Poder Concedente, de forma que deveria ser, de fato, uma das alíneas da subcláusula 31.5, equivocadamente deslocada para a subcláusula 31.6.

Em manifestação prévia a Origem informa: “A numeração dos itens foi revista e retificada, conforme apontado pela Auditoria” (fl. 13, da peça 49).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se que houve alterações (fl. 144, da peça 50).

Caso na republicação do Edital estejam previstas as alterações propostas, considerar-se-á acatada a recomendação.

3.7.2. Subcláusula 15.1.e – Minuta de Contrato

A referida cláusula assim está disposta:

15.1. A CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo e adicionalmente a outros direitos previstos na legislação aplicável e neste CONTRATO, terá direito a:

e) explorar FONTES DE RECEITA por sua conta e risco, observada a vedação prevista na alíneas “c)” e “f)” da subcláusula 13.1.1;

Ocorre que a subcláusula 13.1.1 não possui alínea e, além disso, não se refere a vedações.

Aparentemente, tais vedações são as da subcláusula 13.2, e não 13.1.1.

Em manifestação prévia a Origem informa: “A numeração dos itens foi revista e retificada, conforme apontado pela Auditoria” (fl. 13, da peça 49).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se que houve alteração (fl. 121, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja prevista a alteração proposta, considerar-se-á acatada a recomendação.

3.7.3. Subcláusula 13.1.m – Minuta de Contrato

A referida cláusula assim está disposta:

13.1. Quanto à execução do OBJETO, a CONCESSIONÁRIA estará sempre vinculada ao disposto neste CONTRATO, no EDITAL, nos seus ANEXOS, na PROPOSTA COMERCIAL apresentada e na legislação brasileira. São obrigações da CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo das demais obrigações estabelecidas neste CONTRATO, em seus ANEXOS e na legislação aplicável:

m) assumir integralmente os contratos vigentes previstos no ANEXO IV do EDITAL - CONTRATOS VIGENTES NA ÁREA DA CONCESSÃO a partir do início ESTÁGIO 2 do PERÍODO DE TRANSIÇÃO DA CONCESSÃO, mediante sub-rogação integral dos seus direitos e deveres, conforme as condições contratadas e de acordo com o termo de responsabilidade firmado nos termos do modelo constante do ANEXO I do EDITAL – MODELOS E DECLARAÇÕES, **observado o previsto no item 13.1.1** Nos contratos vigentes que tenham por objeto a prestação de serviços ou fornecimento de bens envolvendo outros equipamentos públicos ou parques além dos PARQUES, a sub-rogação da CONCESSIONÁRIA será parcial e cobrirá apenas as atividades, obrigações e encargos relativos aos PARQUES;

Ocorre que a subcláusula 13.1.1 não possui conteúdo relacionado à assunção de contratos.

A subcláusula a que aparentemente o referido item 13.1.m buscou se referir é, de fato, a de número 13.1.2 (e não 13.1.1), que inclusive faz remissão a esse item 13.1.m.

Em manifestação prévia a Origem informa: “A numeração dos itens foi revista e retificada, conforme apontado pela Auditoria” (fl. 13, da peça 49).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se que houve alteração (fls. 109/110, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja prevista a alteração proposta, considerar-se-á acatada a recomendação.

3.7.4. Subcláusula sem numeração

Imediatamente após a subcláusula 19.1.f e antes da subcláusula 19.2 do Anexo II do Edital – Minuta de Contrato – consta o seguinte texto não numerado (peça 12, fl.42):

Sem prejuízo do previsto na subcláusula 19.1, “c)”, a partir da DATA DA ORDEM DE INÍCIO, o(s) representante(s) da CONCESSIONÁRIA e o(s) representante(s) do PODER CONCEDENTE se reunirão, mensalmente, ou em periodicidade definida em comum acordo, para discutir o andamento da CONCESSÃO e, eventualmente, buscar soluções conjuntas.

Sugere-se a numeração do texto e, conseqüentemente, a renumeração das subcláusulas seguintes.

Em manifestação prévia a Origem informa: “A numeração dos itens foi revista e retificada, conforme apontado pela Auditoria” (fl. 13, da peça 49).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se que houve alteração (fls. 126, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja prevista a alteração proposta, considerar-se-á acatada a recomendação.

3.7.1. Item 1.mm do edital

Referido item assim define o objeto do certame:

mm) **OBJETO:** a prestação dos serviços de gestão, operação e manutenção dos Parques Municipais Prefeito Mario Covas e Tenente Siqueira Campos (Trianon);

Assim, deixa de incluir a referência à Praça Alexandre de Gusmão, em contradição à redação, por exemplo, do item 3.1 do edital.

Recomenda-se a revisão desse item.

Em manifestação prévia a Origem informa: “A numeração dos itens foi revista e retificada, conforme apontado pela Auditoria” (fl. 13, da peça 49).

Em consulta à Minuta de Edital encaminhada anexa à manifestação prévia da Origem, constata-se que houve alteração (fls. 11, da peça 50).

Caso na republicação do Edital esteja prevista a alteração proposta, considerar-se-á acatada a recomendação.

3.8. Responsáveis

Item da Conclusão	Nome e Cargo/Função	RF	Peças
Todos	Eduardo de Castro, Secretário Municipal do Verde e Meio Ambiente	847.234.3	04 e 33
Todos	Rodrigo Pimentel Pinto Ravena, Presidente da Comissão Especial de Licitação	763.405.6	32 e 33
Todos	Rubens Naman Rizek Junior, Secretário do Governo Municipal	849.136.4	04, 09 e 33

4. CONCLUSÃO

Diante do exame efetuado, concluímos que o Edital da Concorrência nº 020/SGM/2020, nos moldes como foi publicado no DOC de terça-feira, dia 29.09.20 (peça 10), **não reúne** condições para prosseguimento, porém destacamos que, em conformidade com o disposto no art. 2º da Resolução nº 18/2019 deste TCMSP, o Relatório Preliminar foi encaminhado à Origem e a manifestação prévia apresentada foi levada em consideração na elaboração deste Relatório Conclusivo, de forma que as conclusões abaixo de números **4.1, 4.2, 4.3, 4.5, 4.6, 4.7, 4.8, 4.9, 4.10, 4.11, 4.12, 4.14, 4.15, 4.16, 4.17, 4.18, 4.19, 4.20 e 4.21**, são **superáveis**, caso na republicação do Edital conste as alterações propostas pela Origem em sua manifestação prévia.

Quanto à conclusão de número **4.4**, abaixo, não superada em sede de manifestação prévia, destacamos que, como aduz a Origem, alguma parcela de incerteza lhe é intrínseca, pois os prazos para a obtenção de licenças, permissões e autorizações poderão variar conforme a gama de atividades que a concessionária se proponha a executar, mas isso não diminui a importância técnica no estabelecimento de diretrizes que orientam a assunção dos riscos para as partes, pois o estabelecimento de prazos aleatórios pode implicar a assunção de riscos pouco conhecidos e dificultar seu eventual gerenciamento. Do ponto de vista jurídico, conforme entendimento da Doutrina AJCE deste TCMSP, exarado no âmbito do TC/003970/2018, que teve como objeto a análise do Edital de Concessão do primeiro lote de parques, a cláusula atende às demandas legais de taxatividade e de previsibilidade das relações jurídicas advindas de um contrato. À Auditoria cabe o papel de apontar e alertar para ausência de cálculo robusto de tal prazo.

Quanto à conclusão de número **4.13**, abaixo, embora a Auditoria tenha identificado inconsistência no valor apresentado pela Origem quanto à estimativa de custos com manejo, destaca-se que é diferença de pouco vulto dentro do todo, o que, *prima facie*, não compromete o prosseguimento do certame, sugerindo-se que a Origem reveja os cálculos dessa estimativa antes da republicação do Edital.

4.1. Defeito na divulgação do instrumento convocatório, constituindo indevida restrição à participação dos interessados e viciando de nulidade o procedimento licitatório, pois o prazo mínimo de 30 dias que deve mediar entre a primeira publicação do aviso e a data para recebimento de documentação e propostas não foi respeitado, em infringência ao art. 17, I, da LM 13.278/02 (item 3.4.6).

4.2. As diretrizes e procedimentos para seleção do verificador independente e do instituto de pesquisas (Anexo V do Contrato) não possuem, no edital sob análise, mecanismo que permita impessoalidade, publicidade e minimização de conflitos de interesse **(item 3.6.3)**.

4.3. Não foi prevista possibilidade de os documentos necessários à habilitação serem apresentados em cópia e autenticada por servidor da administração, cabendo ao agente administrativo, mediante a comparação entre o original e a cópia, atestar a autenticidade, conforme estabelece o art. 32 da LF nº 8.666/93, o art. 3º, II, da LF 13.726/2018 e o art. 67, § 1º, do DM nº 51.714/10 **(item 3.5.4)**.

4.4. O prazo de 12 meses, definido na subcláusula 13.5 do contrato para a obtenção de licenças, permissões e autorizações, a partir do qual se opera reequilíbrio, não se encontra acompanhando de dados que revelem ter sido definido com fundamentação robusta. **(item 3.6.1)**.

4.5. Na subcláusula 13.5, a previsão automática de aumento do prazo enquanto mecanismo de reequilíbrio limita de maneira desnecessária as opções relativas à operacionalização do reequilíbrio, em detrimento das outras possibilidades previstas na subcláusula 35.3, que poderiam se adequar melhor ao interesse público e privado revelado em cada situação **(item 3.6.1)**.

4.6. As subcláusulas 31.3.f e 31.3.g da minuta de contrato definem como riscos do poder concedente os impactos referentes a vícios ocultos e vícios aparentes nos imóveis e na área da concessão, em frontal contradição às subcláusulas 30.4.c e 30.4.p, que alocam tais riscos à concessionária. Além disso, a alocação de tais riscos ao poder concedente seria contraditória ao objeto da concessão, já que os problemas nos imóveis são pressuposto desta, cabendo à concessionária identificá-los, conhecê-los (subitens 2.5, 2.6, 9.1, 9.5 e 9.6 do edital, subitem 2.2 do Anexo III do Contrato) e realizar as reformas necessárias, o que se revela ainda mais evidente no caso dos vícios aparentes **(item 3.6.2.2)**.

4.7. A subcláusula 31.4.a da minuta de contrato define como risco do poder concedente os impactos referentes à existência de condições adversas do solo/terrenos nos quais serão

realizadas as obras do Programa de Intervenção, em frontal contradição à subcláusula 30.6.c, que atribui esse mesmo risco à concessionária. **(item 3.6.2.3).**

4.8. As subcláusulas 31.5.l, 31.5.m e 31.5.n colocam na matriz de riscos as hipóteses de encampação, anulação ou rescisão da concessão, as quais já possuem regramento em cláusulas próprias (47, 49 e 50) e nas Leis Federais 8.987/1995 e 8.666/1993. A previsão de todos esses elementos no bojo da matriz de riscos não se mostra adequada, uma vez que, já havendo disciplina legal e contratual referente às suas consequências, não devem ser objeto dos mecanismos previstos no contrato para operacionalização do reequilíbrio contratual, ao qual se vincula a matriz de riscos (subcláusulas 35.1 e 35.3) **(item 3.6.2.5).**

4.9. A subcláusula 31.5.q contém redação incompreensível e que não apresenta uma hipótese de evento que possa ser enquadrado como risco **(item 3.6.2.6).**

4.10. A subcláusula 31.3.d da minuta de contrato define como risco do poder concedente, apto a ensejar reequilíbrio em favor da concessionária, qualquer restrição operacional decorrente de decisão ou omissão de órgãos ou entidades públicos (exceto se por fato imputável à concessionária), abrangendo com isso eventuais decisões relativas à atividade fiscalizatória e regulatória normal exercida pelos órgãos da Administração, de mera aplicação dos dispositivos legais e infralegais aplicáveis à operação no parque, o que não encontra previsão legal **(item 3.6.2.1).**

4.11. A mera alocação às partes dos riscos referentes ao resultado do laudo estrutural da Praça Alexandre de Gusmão (subcláusulas 30.4.y, 31.3.j e 31.3.k da minuta de contrato), em vez de sua mitigação prévia, atenta contra a economicidade, uma vez que os impactos de tais riscos são de ordem muito superior ao custo de realização prévia do laudo, e torna o objeto concedido desnecessariamente sujeito a um risco que poderia ser eliminado, já que se espera que a possibilidade de realização de eventos na Praça Alexandre de Gusmão seja de grande importância para o modelo proposto **(item 3.6.2.4).**

4.12. A subcláusula 31.5.r dispensa previsão contratual, uma vez que não se pode conceber que o Poder Público tolere, oficialmente, condutas ilícitas, as quais deveria reprimir de ofício, e ainda por razões de cunho comprovadamente político, uma vez que, havendo tal comprovação, os

agentes públicos responsáveis, se assim o fizessem, estariam incorrendo nos elementos do tipo previsto no art. 319 do Código Penal (prevaricação). Além disso, não seria aplicável ou adequada a concessão de reequilíbrio por quaisquer atos apenas por terem “motivação política”, ante a impossibilidade de se definir adequadamente o significado deste conteúdo, notando-se que para atos unilaterais de modificação do contrato pela Administração, ou para fato do príncipe e fato da administração, já há previsão contratual de reequilíbrio, independentemente da motivação **(item 3.6.2.7)**.

4.13. Foram verificadas inconsistências nas premissas que compuseram o estudo de viabilidade utilizadas na estimativa dos custos com manejo **(item 3.4.4)**.

4.14. A exigência, para habilitação jurídica, de comprovante de registro do regulamento do fundo de investimento perante o Registro de Títulos e Documentos competente (subitem 14.2.3.1), é desnecessária, diante da atual disposição do §3º do artigo 1.368-C do Código Civil. **(item 3.5.3)**.

Além disso, acrescentamos as seguintes recomendações:

4.15. Revisão da redação da subcláusula 36.9, para excluir a possibilidade de interpretação a respeito de eventual utilização das projeções dos próprios licitantes (plano de negócios) na eventual apuração de fluxos marginais. **(item 3.6.5)**

4.16. Revisão dos itens 14.6.14.1 e/ou 14.6.16.d do Edital, com o fim de não gerar dúvidas quanto ao tratamento dado às garantias de propostas não renovadas, sem prejuízo da análise, pela Origem, da viabilidade de execução imediata da garantia de proposta expirada **(item 3.5.5)**.

4.17. Revisão do Modelo de Fiança Bancária constante da Letra B do Anexo I do Edital, pois o modelo exige a assinatura do(s) representante(s) legal(is), com firma(s) reconhecida(s), da Licitante, e não do Banco Fiador **(item 3.5.6.1)**.

4.18. Revisão do item c, da Letra N – Termo de responsabilidade correspondente à execução dos contratos vigentes na área da concessão – do Anexo I – Modelos e Declarações – do Edital, pois os 3 contratos vigentes na área da concessão são de custos e não de recebimento, razão pela qual não se vislumbra como a concessionária poderá receber valores correspondentes aos

referidos contratos e, ainda, como tais valores comporão a proposta comercial da empresa licitante. **(item 3.5.6.2).**

4.19. Embora já haja expresso regramento legal nesse sentido, diante do histórico verificado em outros contratos de concessão, recomenda-se a previsão específica em contrato de que, em havendo alteração unilateral do escopo obrigacional do contrato pelo Poder Concedente, seja realizado concomitante aditamento e reequilíbrio do contrato, conforme previsto no §4º do art. 9º da Lei Federal nº 8.987/1995 e no §6º do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/1993, seguindo-se também todas as demais formalidades aplicáveis, como as dos arts. 60 e 61 da Lei Federal nº 8.666/1993. **(item 3.6.2.8)**

4.20. Recomenda-se que seja observada a Informação SMC/DPH-NPRC Nº 034116821, sendo informada aos licitantes a existência de Projeto de Conservação Arquitetônica e de Reforma da Casa do Administrador do Parque Trianon. **(item 3.4.7)**

4.21. Numeração do texto que se encontra imediatamente após a subcláusula 19.1.f e antes da subcláusula 19.2 do Anexo II do Edital – Minuta de Contrato – (peça 12, fl.42) e, conseqüentemente, renumeração das subcláusulas seguintes. Adequação das referências, da redação e da numeração dos itens contida nas subcláusulas 31.6, 15.1.e, 1.mm, e 13.1m, que possuem equívocos. **(item 3.7)**

Em 09.12.2020.

LEONARDO ANDRÉ DE OLIVEIRA
Agente de Fiscalização

MAURÍCIO L. BERALDO
Supervisor de Equipes de Fiscalização e
Controle