Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

II – ACÓRDÃO

Processo - TC/000530/2015
Interessada - Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo (atual Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico, Trabalho e Turismo)
Acompanhamento do edital de Concorrência Pública 01-A/SDTE/2014
Objeto - Verificar a regularidade do edital, cujo objeto é a concessão de obra pública para a construção, implementação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras e dos projetos a ele associados no Município de São Paulo, quanto aos aspectos de legalidade, formalidade e mérito

3.227ª Sessão Ordinária

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. CONCORRÊNCIA. SMDET. Concessão de obra pública para a construção, implementação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras e dos projetos a ele associados no Município de São Paulo. 1. A limitação à participação de empresas em consórcio é decisão de competência discricionária da Administração, que, a rigor, pode inclusive vedá-la nos casos em casos que julgar inconveniente para o interesse público, devidamente motivados. 2. É vedada expressamente a exigência de experiência anterior em locais específicos, pois restringe o caráter competitivo do certame. Art. 30, § 5º, Lei 8.666/93. Art. 3º, § 1º, I, Lei 8.666/93. 3. A exigência de que a comprovação de experiência anterior seja limitada a 3 (três) atestados não encontra amparo na legislação. Art. 30, § 1º, Lei 8.666/93. REGULAR. DETERMINAÇÃO. 1. Nos próximos certames passe a consignar em ata os incidentes e os fundamentos fáticos, legais e técnicos das decisões da Comissão de Licitação, bem como cumpra rigorosamente os prazos fixados na legislação de regência. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/000530/2015 e TC/003712/2015, dos quais é Relator o Conselheiro MAURÍCIO FARIA.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, considerando os elementos constantes destes autos, as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria-Geral, em julgar regular o edital de Concorrência Pública 01-A/SDTE/2014.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar à Secretaria Municipal de Desenvolvimento Econômico, Trabalho e Turismo que, nos próximos certames, passe a consignar em ata, de forma minuciosa, os incidentes e os fundamentos fáticos, legais e técnicos das decisões da Comissão de Licitação, bem como cumpra rigorosamente os prazos fixados na legislação de regência.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar o envio de cópia do relatório e voto do Relator e deste Acórdão à Origem e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em cumprimento aos ofícios insertos nos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDUARDO TUMA e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 3 de agosto de 2022.

JOÃO ANTONIO – Presidente
MAURÍCIO FARIA – Relator

/smv

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO MAURÍCIO FARIA – RELATOR

Processos: **TC/000530/2015 e TC/003712/2015**
Interessada: Secretaria Municipal de Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo – SDTE
Objeto: Concessão de obra pública para a construção, implantação, operação, manutenção e exploração econômica do "Circuito das Compras"

Egrégio Plenário

Relatarei em conjunto os processos que tratam do Acompanhamento de Edital e do Acompanhamento da Licitação, tendo por objeto a Concorrência nº 01-a/SDTE/2014, promovido pela Secretaria Municipal de Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo – SDTE para a concessão de obra pública para a construção, implantação, operação, manutenção e exploração econômica do Circuito das Compras e dos projetos a ele associados no Município de São Paulo, autuados, respectivamente, nos **TC/000530/2015 e TC/003712/2015.**

I – **TC/000530/2015 – Acompanhamento de Edital**

A Subsecretaria de Fiscalização e Controle elaborou o Relatório de Acompanhamento de Edital, concluindo que o certame não reunia condições de prosseguimento, em razão das seguintes constatações:

"4.1. O prazo para realização do edital não foi atendido, o que pode ensejar a rescisão do Contrato de CDRU (item 3.2.2.a);

4.2. Não consta do PA demonstração das providências adotadas pela Administração para o atendimento do item VII da cláusula 7ª do Contrato de CDRU (item 3.2.2.d);

4.3. O plano de negócios de referência anexado ao edital é deficiente (item 3.2.3);

4.4. Os elementos técnicos de engenharia disponibilizados às licitantes constituem-se de anteprojetos e estudos preliminares, que não contemplam todas as intervenções a serem construídas e cujo grau de detalhamento não satisfaz às exigências do artigo 6º, inciso IX da Lei Federal nº 8.666/1993, em infringência ao artigo 18, inciso XV da Lei Federal 8.987/1995. Ademais, a previsão que consta do item 2.2 do edital, no sentido de que os Anexos VII – Arquitetura e Engenharia e VIII – Plantas Referenciais seriam 'meramente indicativos e referenciais' não encontra amparo na Lei Federal nº 8.987/1995 (item 3.2.4.a);

4.5. Os serviços e as quantidades da planilha orçamentária inserida no Anexo VII do edital – Arquitetura e Engenharia, não estão justificados com base nos projetos que constam do PA nº 2013-0.363.235-3. Ressalta-se ainda a presença de itens sem previsão de quantidades e a

ausência de demonstração dos montantes referentes aos serviços técnicos preliminares e urbanização e paisagismo. Dessa forma, constata-se o desrespeito aos artigos 6º, inciso IX, alínea "f" e 7º, § 4º da Lei Federal nº 8.666/1993, também infringindo o artigo 18, inciso XV da Lei Federal nº 8.987/1995. Em relação aos custos unitários da planilha orçamentária, não há menção às fontes consultadas e tampouco à data-base utilizada, razão pela qual não se verifica o atendimento ao artigo 7º, § 2º, inciso II da Lei Federal nº 8.666/1993 (item 3.2.4.b);

4.6. No PA 2013.0.363.235-3 não consta o cronograma físico-financeiro das obras vinculadas à concessão, em infringência ao artigo 23, parágrafo único, inciso I, da Lei Federal nº 8.987/1995;

4.7. Não consta do PA as alterações na composição da Comissão Especial de Licitação (item 3.2.7);

4.8. Não consta do PA comprovação da publicação do edital em jornal de grande circulação, em infringência ao disposto no art. 17, inciso I, da Lei nº 13. 278/2002 (item 3.2.10);

4.9. Não consta do PA, demonstração ou justificativa para o valor do contrato (item 3.3.1);

4.10. A limitação de número máximo de participantes em consórcio não encontra amparo na legislação (item 3.3.2);

4.11. A necessidade de que seja comprovada a construção de certos tipos de edificações fere o artigo 30, § 5º da Lei Federal nº 8.666/93, que veda expressamente a exigência de experiência anterior em locais específicos, e restringe o caráter competitivo do certame, infringindo o artigo 3º, § 1º, inciso I do mesmo diploma legal (item 3.3.3.a);

4.12. A exigência de que a comprovação de experiência anterior seja limitada a 3 atestados não encontra amparo na Lei Federal nº 8.666/1993, que em seu artigo 30, § 1º estabelece que a comprovação da aptidão da licitante seja feita por meio de atestados, sem especificar limitação para a quantidade desses atestados (item 3.3.3.b);

4.13. A necessidade de submissão dos demonstrativos contábeis à auditoria independente registrada na CVM é restritiva (item 3.2.4);

4.14. Não consta do edital ou dos estudos apresentados, justificativa para o valor mínimo aceito a título de outorga;

4.15. Não consta do PA justificativa para o valor do capital social mínimo exigido da SPE (item 3.3.6.a);

4.16. A exigência de comprovação de que o detentor da experiência exigida no inciso I do subitem 15.1 deste Edital detenha, no mínimo dez por cento do capital social da SPE não encontra amparo legal (item 3.3.6.b);

4.17. O edital não contém informações sobre a forma e as condições de ressarcimento dos

estudos preliminares, em detrimento ao disposto no art. 16 do Decreto nº 51.397/2010 (item 3.3.6.c).

Como ato contínuo, foi expedido ofício ao dirigente máximo da Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo (SDTE) para ciência das conclusões alcanças pela Auditoria, bem como para prestar as informações e esclarecimentos, no prazo de 24 horas.

Concomitantemente, os autos foram remetidos à Assessoria Jurídica de Controle Externo que, acompanhou a Subsecretaria de Fiscalização e Controle no sentido de que o certame não reunia condições de prosseguimento, destacando que a Administração suspendeu *sine die* o Edital ora analisado, para adequação dos seus termos aos apontamentos contidos no Relatório de Acompanhamento de Edital elaborado pela Coordenadoria III.

A Secretaria Municipal de Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo, em breve síntese, informou que: (i) houve erro formal no aditamento do Contrato de CDRU, sendo que deveria constar em seu item III da Cláusula 7ª que o prazo final para publicação era de 15 de dezembro de 2014 e não 15 de dezembro de 2013; (ii) a construção da Creche e da Unidade Básica de Saúde no terreno concedido pela União não foram incluídas no objeto da concorrência porque não há previsão no Contrato de CDRU que estas obras estejam contidas no objeto da licitação e também porque essas obras seguem lógicas da educação e da saúde, muito diversas da lógica deste Edital; (iii) o Plano de Negócios consta do caderno do edital e compõe o material a ser analisado pelos interessados em participar da concorrência; (iv) a legislação aplicável dispõe que nos casos de concessão de serviços de obras públicas prevê que o edital contenha elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização; (v) a responsabilidade pela execução dos projetos de engenharia é transferida para o concessionário e por tal razão seria impossível fixar a priori o cronograma físico-financeiro a ser observado durante a execução das obras, embora tenha havido a preocupação em criar limites temporais para sua entrega final; (vi) foram anexadas ao processo administrativo as portarias que determinaram a composição da Comissão de Licitação, bem como o comprovante de publicação da abertura do edital em jornal de grande circulação; (vii) o valor estimado para o contrato decorre do somatório das receitas a serem auferidas pelo futuro concessionário durante toda a concessão, trazido a valor presente, com aplicação da taxa de desconto; (viii) a decisão quanto à limitação de número máximo de participantes em consórcios é discricionária, não existindo previsão no texto legal para a limitação do número de empresas participantes; (ix) a exigência quanto à construção de certos tipos de edificação não se refere à tipologia de obra e serviços a ser exigida, mas a exigências que vinculem a comprovação de experiência pretérita dos licitantes em localizações geográficas específicas; (x) a limitação do número de atestados está em consonância com o entendimento do TCE e do TCU; (xi) o valor de R$ 20.000.000,00 foi definido a partir da

avaliação econômico-financeira do projeto, considerando o valor presente líquido dos fluxos de caixa projetados e a taxa de retorno considerada atrativa ao empreendimento, portanto, segundo o estudo de avaliação econômico-financeira do projeto, este seria o valor que o investidor interessado na concessão pagaria para construir, implementar, operar, manter e explorar economicamente o circuito das compras; (xii) o valor de R$ 90.000.000,00 a ser integralizado pela SPE, como condição para assinatura do Contrato, foi estipulado em referência ao percentual de 30% do investimento projetado (CAPEX) para a execução da concessão.

Ao analisar os esclarecimentos prestados pela Origem, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle considerou superados os itens 4.7 e 4.9, condicionou a superação dos itens 4.8, 4.13 e 4.17 ao cumprimento de certas condições, mantendo os demais apontamentos.

Por sua vez, a Assessoria Jurídica de Controle Externo asseverou a conformidade dos esclarecimentos apresentados pela Origem acerca do instituto da concessão de obra pública com o ordenamento jurídico atual, assinalando a possibilidade jurídica da adoção do modelo de concessão de obra pública à presente contratação.

Quanto aos apontamentos remanescentes, acompanhou a Auditoria.

O Assessor Jurídico Chefe à época, acompanhou o parecer preopinante, acrescentando que, em consonância com o posicionamento reiteradamente adotado no âmbito da Assessoria Jurídica de Controle Externo, que a limitação à participação de empresas em consórcio (item 4.10) é decisão de competência discricionária da Administração, que, a rigor, pode inclusive vedá-la nos casos em que julgar inconveniente para o interesse público.

Após justificativas apresentadas pela Origem, em despacho de fls. 763/779, esta Relatoria procedeu a análise dos apontamentos constantes dos autos, concluindo que as justificativas apresentadas se mostraram aptas a indicar a possibilidade de continuidade do certame, ressaltando, outrossim, o relevante interesse público e o caráter inovador da matéria. Referido despacho foi cientificado ao Colegiado desta Corte na 2.808ª Sessão Ordinária, realizada em 13/05/2015.

A Auditoria, após análise do Edital publicado, constatou que as alterações do edital propostas por esta Corte se mantiveram no novo edital. No mesmo sentido, a Assessoria Jurídica de Controle Externo.

A Procuradoria da Fazenda Municipal requereu o acolhimento do Edital de Concorrência tratado nestes autos.

Encerrando a instrução processual, a Secretaria-Geral opinou pelo acolhimento do Edital, com as ressalvas feitas pela Auditoria desta Corte.

II - TC/003712/2015 – Acompanhamento da Licitação

Em Relatório de Acompanhamento da Licitação, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, após acompanhar os trabalhos da Comissão Especial de Licitação durante a condução da Sessão Pública da Concorrência nº 01-B/SDTE/2014, apresentou as seguintes constatações:

"4.1. Não foi respeitado o prazo de até 03 dias úteis para resposta às impugnações ao edital apresentadas por 05 (cinco) interessados, em infringência ao § 1º, do art. 41 da Lei Federal nº 8.666/93 (item 3.3);

4.2. A abertura dos envelopes apresentados pelas empresas GG Administradora de Negócios Ltda. ME, [redacted] ME e Pool e [redacted] MEI e POOL, não caracterizados como o "Envelope 1" previsto no item 09 do edital infringiu o procedimento previsto no item 21.1 do mesmo edital (item 3.4.1)

4.3. Não localizamos no PA nº 2013-0.363.253-3, o Relatório com a análise dos documentos de habilitação e a aceitação da garantia da proposta, previsto no item 21.9 do edital (item 3.4.3)".

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou os apontamentos feitos pela Auditoria, no entanto, antes de manifestação conclusiva a respeito da matéria sugeriu a intimação da Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo.

Devidamente oficiada, a Origem prestou esclarecimentos (fls. 229/244).

Em breve síntese, a Administração Pública informou que: (i) embora as respostas às impugnações tenham ocorrido após o prazo, não houve prejuízo às partes, pois todas as impugnações foram respondidas em tempo hábil para que os interessados, caso entendessem necessário, interpusessem recurso contra a decisão que indeferiu a impugnação ao edital; (ii) no que diz respeito ao apontamento feito no item 2.2, os três interessados protocolaram no Gabinete da Secretaria apenas 1 envelope cada um, com a marca da empresa Correios e Telégrafos, sendo estes envelopes destinados a Secretaria, sem qualquer referência ou identificação ao processo licitatório de concorrência pública, sendo que no momento de abertura dos envelopes foi questionado ao representante das empresas GG Administradora de Negócios Ltda.ME, [redacted] ME e Pool e [redacted] ME a respeito do envio de apenas 01 envelope, ao que foi informado que dentro deste invólucro encontravam-se dois envelopes; (iii) ao abrir os envelopes foi constatado apenas um calhamaço de documentos que sequer reuniam condições para serem recebidos, conforme expresso em Ata da Sessão de Abertura de Propostas; (iv) no que diz respeito ao relatório detalhado, com a análise dos documentos de habilitação e aceitação da garantia das propostas, em 02/10/2015 foi encaminhado Relatório por meio eletrônico, mas por equívoco não foi juntado aos processo.

Ao analisar as justificativas apresentadas, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle manteve os apontamentos iniciais.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, por sua vez, acompanhou a Auditoria somente em relação à irregularidade assinalada no item 4.1. Quanto ao item 4.2 asseverou não ter havido irregularidade quanto à abertura dos envelopes genéricos, comportando recomendação à Comissão de Licitação para que passe a consignar em ata, de forma minuciosa, os incidentes e os fundamentos fáticos, legais e técnicos das decisões incidentais. Não obstante, entendeu ter havido descumprimento do art. 16, § 7º, da Lei Municipal nº 13.278/02, alterada pela Lei Municipal nº 14.145/06, porquanto houve a participação de uma única pessoa como representante de mais de um licitante, o que, a critério superior, pode ser comunicado ao Ministério Público, para que, caso entenda necessário, proceda a inquérito.

Ademais, opinou pela superação do apontamento feito no item 4.3, tendo em vista a notícia de juntada do relatório faltante aos autos do processo administrativo, bem como ausência de informações de prejuízo ao certame.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, considerando a presunção de legalidade dos atos administrativos; e considerando a ausência de registro de comportamento indevido de quem quer que seja ou de prejuízo ao erário, requereu o reconhecimento da regularidade do Edita ou, ao menos, o reconhecimento dos efeitos econômicos.

A Secretaria-Geral, a despeito da irregularidade no tocante ao item 4.1 do Relatório de Auditoria, considerando que a licitação atingiu sua finalidade sem outros questionamentos quanto ao aspecto abordado, opinou pela sua relevação.

É o Relatório.

VOTO

De início, reafirmo as considerações feitas por esta Relatoria no despacho de fls.763/779, o qual foi cientificado ao Colegiado desta Corte na 2.808ª Sessão Plenária, de que a Administração Pública Municipal, buscando novas alternativas para promover o desenvolvimento econômico e a geração de empregos na área central do Município, bem como visando apoiar outras iniciativas voltadas ao desenvolvimento urbano da região, objetivando, ainda, o equacionamento da logística do turismo de compras concebeu o projeto do Circuito das Compras, o qual tem como abrangência o Bairro do Bom Retiro, o Bairro do Brás, as Ruas Vinte e Cinco de Março, Santa Ifigênia e imediações. Tal concessão possui relevante escopo[1].

[1] a) a construção, implantação, operação, manutenção de terminais intermodais urbanos de embarque e desembarque de passageiros;

O projeto foi implantado predominantemente em área de **titularidade da União**, denominada Pátio do Pari, a qual foi concedida a título oneroso ao Município pelo prazo de 35 (trinta e cinco) anos, renovável por igual período, condicionada à promoção do fim específico de *"implementar, mediante licitação, projeto para fomento do comércio e desenvolvimento econômico dos polos comerciais do centro de São Paulo (Pari, Brás, Bom Retiro, Santa Efigênia e Sé), assim como implementar equipamentos urbanos na região"*.

Destaca-se que, de acordo com a Cláusula 6ª do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso, após o prazo de 35 (trinta e cinco) anos renovável por igual período, **o patrimônio reverterá à Concedente** (União), com incorporação de todas as edificações, acessões e benfeitorias, ainda que necessárias, sem direito à retenção e independentemente de qualquer pagamento ou indenização.

Para cumprimento desse contrato, o modelo jurídico adotado pela Municipalidade consiste na C*oncessão de Obra Pública* – contrato administrativo pelo qual o poder concedente transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante posterior remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona.

Pelo que consta de informações, consistiu na primeira experiência da adoção pela Municipalidade do instituto da C*oncessão de Obra Pública*, como modalidade autônoma de contratação, por independer de um serviço público a ele associado, sendo secundária nesse modelo a prestação ou de não de um serviço público.

O conceito contido no art. 2º, inciso III[2], da Lei 8.987/95, embora fale em "concessão de serviço público precedida de obra pública", admite que, após o término da obra, o concessionário apenas explore comercialmente a própria obra, sem prestar necessariamente um serviço público, mas tendo presente uma utilidade pública.

A *concessão de serviço público precedida de obra pública*, passou a ser, muitas vezes, entendida como indispensavelmente vinculada à concessão de um serviço

---

b) estacionamentos para ônibus fretados com serviço de despacho de cargas e bagagens;
c) centros de apoio ao visitante comprador com serviço receptivo, de informação, orientação e atendimento de embarque, repouso e hospedagem;
d) circuito logístico de transportes de passageiros e de cargas atendendo as regiões com maior concentração de comércio atacadista na região central da cidade; e
e) centros populares de compras para organizar e regularizar o comércio informal instalado nas vias públicas da área central da cidade.

[2] Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:
III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

público, porém, a melhor doutrina já reconhece a existência desse contrato como modalidade autônoma, em relação ao de concessão de serviço público.[3]

Nesse sentido, o citado artigo 2º, inciso III, da Lei 8.987/95 abrange não somente a concessão de serviço público precedida de obra pública como também a Concessão de Obra Pública tratada nestes autos, sendo certo que o regime jurídico aplicável às Concessões de Obras Públicas é o regime jurídico da Lei 8.987/95, com aplicação subsidiária da Lei 8.666/93.

Assim é que, quanto ao modelo jurídico adotado, a Assessoria Jurídica de Controle Externo asseverou a possibilidade jurídica de sua adoção, porquanto compatível com ordenamento jurídico.

Inexistindo óbice quanto à utilização do instituto da concessão obra pública, há que se ter presente a existência de conteúdos diferenciais para a implantação do empreendimento que, à época da realização da licitação, desafiavam nosso repertório e não contavam com jurisprudência acumulada por esta Corte.

Não se trata de contratação e pagamento de obra pública do tipo tradicional. Na hipótese tratada, o particular concessionário custeará e construirá a obra, e utilizará essa estrutura edificada para viabilizar seu plano de negócios, sendo que ao final do período de concessão essa infraestrutura reverterá para a União, proprietária da respectiva área. Ou seja, o modelo tradicional para construção de obra, disciplinado pela Lei de Licitações e Contratos, *in casu*, tem aplicação subsidiária. As regras contidas no Edital de Concessão são voltadas para essa nova modelagem e, por isso, guardam distinções das regras contidas nos editais elaborados à luz da Lei 8.666/93.

Ao contrário do que ocorre nos contratos de obras firmados no âmbito da Lei de Licitações e Contratos, aqui o objeto buscado pela Administração não se resume à mera execução de uma determinada obra, de acordo com as especificações contidas no Edital, mas se volta à obtenção de uma solução abrangente para a implementação do empreendimento contratado que contemple desde a formulação do projeto de edificação, execução da obra, montagens, fornecimento de equipamentos e finalmente a operação propriamente dita da atividade contratada.

Nessas condições, cabe ao poder público municipal um acompanhamento das características fundamentais das obras, pela verificação do projeto executivo a ser confeccionado pelo Concessionário e pelo aceite final da construção pronta, com

---

[3] Celso Antonio Bandeira de Mello ensina:
"...no conceito de concessão de serviço público *precedida de obra pública* inclui-se outra figura, notoriamente distinta da concessão de serviço, qual seja: a da concessão de obra pública. Com efeito, na parte final do inciso III do art. 2º foi mencionado 'exploração do serviço ou da obra'. A exploração de obra pública, decorrente da concessão dela (sabe-o qualquer pessoa mediocremente versada na matéria), configura *concessão de obra pública*, e não concessão de serviço público. Assim, a lei fez evidente confusão entre os dois institutos". (*Curso de Direito Administrativo*. 35 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021, p.683)

o intuito de verificar se os elementos básicos contidos no Edital restaram atendidos. Na modelagem adotada, como já dito, há expressiva assunção de riscos pelo particular, notadamente aqueles referentes ao projeto e à sua execução.

Nesse contexto é que o Edital deve ser analisado, aliás, esta Corte, no exercício do controle externo deve estar aparelhada para enfrentar a análise das formas inovadoras de contratação, como por exemplo, as parcerias público-privadas.

Pela natureza dessa contratação, não há detalhamento exaustivo das demonstrações financeiras e dos custos, uma vez que o risco será assumido pelo concessionário, não havendo qualquer desembolso por parte da Administração. O plano de negócios apresentado é meramente referencial e se trata de uma dedução de viabilidade do projeto, resultante do conjunto de estudos técnicos apresentados, não havendo obrigação do Poder Público ou mesmo garantia de que as estimativas lançadas nesse plano de negócio se concretizem, já que são dados dependentes da futura implementação e sob alçada do projeto a ser executado pelo concessionário a seu custo.

De acordo com as informações prestadas, o detalhamento excessivo das condições econômicas e sua divulgação prévia podem condicionar os interessados, engessando alternativas e, eventualmente, tolhendo a competitividade do certame.

De igual forma, a exigência de projeto básico nos moldes da Lei nº 8.666/93 não se aplica às Concessões de Obras Públicas, para as quais se exige apenas a disponibilização dos "elementos de projeto básico". Na hipótese tratada, a concepção dos projetos de engenharia não se impõe como um risco a ser alocado à Administração Pública.

Consoante o disposto no inciso XV, do art. 18, da Lei 8.987/95[4], é necessário que os elementos de projeto básico sejam suficientes para a caracterização geral da obra a ser executada, de modo a trazer as informações mínimas necessárias para identificação do objeto e determinação dos investimentos a serem estimados para elaboração das propostas pelos potenciais licitantes.

Na mesma linha de raciocínio, a compreensão do conteúdo da planilha orçamentária, a qual não se presta a detalhar todos os serviços e quantitativos a serem efetivamente contratados pelo concessionário e considerados em sua proposta comercial, mas sim a trazer parâmetros referenciais para o cálculo de tais valores, com base no orçamento considerado pela Administração para estruturação do contrato.

No modelo de contratação adotado, diversamente das contratações tradicionais, em que o cronograma é apresentado pela Administração, o mesmo deverá ser

---

[4] "O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais de legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:
(...)
XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra:"

apresentado pelo concessionário e aprovado pelo Poder Concedente, passando, assim a fazer parte do Contrato. Isso acontece em razão das especificidades do Contrato de Concessão de Obra Pública, em que a responsabilidade pela execução dos projetos de engenharia é transferida para o concessionário.

Como se denota, o objeto do contrato não poderá ser executado sem a aprovação do plano de execução das obras pelo Poder Concedente, constituindo pressuposto do início das atividades pelo concessionário.

Ademais, dos esclarecimentos prestados pela Origem, denota-se a imposição de prazos ao Concessionário, como não poderia ser diferente, os quais podem ser assim sintetizados: 4 (quatro) anos para implantar (i) o centro popular de compras; (ii) o estacionamento e terminal de ônibus; (iii) o estacionamento de automóveis; (iv) os centros de apoio; (v) o sistema de transporte de passageiros; (vi) o sistema logístico de compras; (vii) as áreas de descanso para motoristas e guias; (viii) os acessos para a transposição ferroviária, podendo, contudo, propor a melhor forma de executá-las ao longo desse período, em conformidade com o disposto na Cláusula 14.2 do Contrato.

Já a implantação do hotel e das salas comerciais, bem como a restauração dos edifícios dos armazéns da antiga Rede Ferroviária Federal deverão ser realizadas pelo concessionário até o final do 8º ano de vigência do contrato.

O contrato também estabelece um procedimento de entrega, pelo concessionário, e aprovação, pelo Poder Concedente, dos projetos executivos das obras, bem como de aceitação final das mesmas.

Além disso, no exercício do controle preventivo da licitação, foram objeto de especial análise os valores que o Concessionário arcará, os quais podem ser assim resumidos:

a) Valor do Contrato: R$ 1.500.000.000,00 (um bilhão e quinhentos milhões de reais), correspondente ao valor presente estimado da totalidade das Receitas do Contrato, nos termos dos estudos prévios de viabilidade econômica realizados pelo Poder Concedente.

b) Valor dos Investimentos: R$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais), correspondente ao valor presente da totalidade dos investimentos a serem realizados pela Concessionária, nos termos dos estudos prévios de viabilidade econômica realizados pelo Poder Concedente, inclusive as desapropriações até o limite de R$ 45.000.000,00 (quarenta e cinco milhões).

c) Valor de Outorga, não inferior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

d) Parcela de Compensação, conforme os fins definidos no Contrato, correspondente a 5% (cinco por cento) da Receita Bruta da Concessão apurada no período anterior ou ao piso mínimo de R$ 3.954.400, 00 (três milhões, novecentos e cinquenta e quatro mil e quatrocentos milhões de reais), no caso o que for maior, conforme proposta de alteração apresentada pela Origem em 07/05/2015.

As informações contidas nos autos indicaram que o modelo jurídico adotado visava fomentar a atividade econômica, com geração de empregos na região central da cidade e maior formalização da atividade comercial local.

Com relação aos outros itens mantidos pela Especializada (consigna-se que alguns apontamentos foram considerados superados pela Auditoria[5]), em despacho já mencionado, esta Relatoria entendeu que os esclarecimentos prestados se mostraram suficientes para elucidá-los, senão vejamos:

a) O prazo para publicação do edital não atendido, o que pode ensejar a rescisão do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso

Neste tocante, a Auditoria assinalou que, conforme disposto no item III da Cláusula 7ª do Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso (Contrato de CDRU), com as alterações promovidas pelo 1º Termo de Aditamento ao Contrato, celebrado entre o Município de São Paulo e a União, o Município teria se comprometido a iniciar a licitação até 15/12/2013.

Esclareceu a Origem que houve um erro formal na data constante do Termo Aditivo, uma vez que deveria ter constado que o prazo final para publicação do edital era 15/12/2014, e não 15/12/2013, como constou. Note-se que o Termo de Aditamento foi assinado no dia 11/12/2013, não se mostrando razoável que a União e a Prefeitura do Município de São Paulo possam ter acordado que o edital seria publicado no prazo de 3 (três) dias após a celebração do Termo Aditivo. Tal assertiva restou comprovada pelo Ofício encaminhado pela Superintendência do Patrimônio da União em São Paulo, fl. 726/727. Ainda, a Origem esclareceu que as providências para correção do erro já estavam sendo tomadas, motivo pelo qual entendo que as informações prestadas se mostram aptas a superar o apontamento.

b) Não consta do processo administrativo demonstração das providências adotadas pela Administração para o atendimento do item VII da Cláusula 7ª do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso – CDRU

De fato, como apontado pela Auditoria, as obrigações específicas de construção da Creche e da Unidade Básica de Saúde não estão contempladas no objeto licitado, uma vez que o contrato de Concessão de Direito Real de Uso não previa para essas obrigações

[5] Itens 4.7, 4.8. 4.9, 4.10 e 4.17.

específicas, prazo de cumprimento e de realização. Tais obrigações, embora façam parte como ônus do Contrato firmado entre a União e o Município (Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso), não precisavam constar do objeto da Concessão de Obra Pública licitada.

Dessa forma, o fato de tais construções não constarem do objeto do edital ora examinado, não indica seu descumprimento. No âmbito da presente concessão, somente após a aprovação pelo Poder Concedente dos projetos apresentados pelo Concessionário, é que a construção de tais equipamentos será adequadamente planejada.

Assim, de igual modo, reputo esclarecido o apontamento.

c) a limitação de número máximo de participantes em consórcio não encontra amparo na legislação

Quanto à limitação de número máximo de participantes em consórcio, em consonância com a manifestação do Sr. Assessor Chefe de Controle Externo à época, entendo que a limitação à participação de empresas em consórcio é decisão de competência discricionária da Administração, que, a rigor, pode inclusive vedá-la nos casos em casos que julgar inconveniente para o interesse público, devidamente motivados.

No caso em tela, o motivo apresentado pela Origem...

d) a necessidade de que seja comprovada a construção de certos tipos de edificações fere o artigo 30, § 5º da Lei Federal nº 8.666/93, que veda expressamente a exigência de experiência anterior em locais específicos, e restringe o caráter competitivo do certame, infringindo o artigo 3º, § 1º, inciso I do mesmo diploma legal

e) a exigência de que a comprovação de experiência anterior seja limitada a 3 (três) atestados não encontra amparo na Lei Federal nº 8.666/93, que em seu artigo 30, § 1º[6] estabelece que a comprovação da

---

[6] "Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á:
I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades, e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
(...)
§ 1º - A comprovação de aptidão referida no inciso II do *caput* deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:
I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante e possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade Competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características

aptidão seja feita por meio de atestados, sem especificar limitação para a quantidade desses atestados.

A documentação relativa à qualificação técnica tem por objetivo a comprovação da aptidão dos licitantes para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, limitada às parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, conforme especificações trazidas pelo instrumento convocatório.

No presente caso, as exigências observaram a pertinência entre a experiência exigida e o objeto a ser licitado, em consonância com o artigo 30, caput e § 2º da Lei de Licitações e Contratos.

A limitação do somatório de atestados restou justificada diante das especificidades da licitação ora tratada, cuja complexidade do objeto também decorre de sua dimensão quantitativa, o que impôs a limitação do número de atestados para atividade relevante.

Tais exigências, a meu ver, restaram razoavelmente justificadas pela Origem que procurou demostrar que tais qualificações se mostravam essenciais, diante da complexidade envolvida do projeto em questão, na medida em que cabe ao concessionário não apenas executar as obras de grande envergadura e diferentes tipos, como também utilizar, operar ou explorar economicamente os espaços por ele construídos por meio de atividades econômicas.

Por fim, oportuno registrar que à época da realização da licitação:

a) em virtude dos apontamentos feitos pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle consubstanciados no Relatório de Acompanhamento de Edital, esta Relatoria determinou a expedição de ofício ao dirigente máximo da Secretaria Municipal do Desenvolvimento, Trabalho e Empreendedorismo (SDTE) para ciência das conclusões alcançadas pela Auditoria, bem como para apresentar as informações e esclarecimentos necessários, tendo, a Origem, em seguida, realizado a suspensão *sine die* do Edital; e

b) paralelamente, a documentação básica da licitação foi encaminhada ao Escritório do Tribunal de Contas da União em São Paulo, por estar colocada a competência concorrente, uma vez que a gleba para a execução de obra pública pertence à União.

Nesse contexto e com a adoção das medidas aqui assinaladas, é que a despeito das impropriedades tidas como remanescentes pela Auditoria desta Corte, diante do

---

semelhantes, limitadas estas exigências exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

relevante interesse público envolvido e do caráter inovador da matéria, somados à natureza do Contrato de Concessão de Obra Pública, a licitação não foi suspensa.

No tocante ao **TC/003712/2015**, que trata do Acompanhamento da Licitação, em conformidade com a manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria Geral, entendo que as impropriedades assinaladas nos itens 4.2 (abertura dos envelopes apresentados pelas empresas GG Administradora de Negócios Ltda. ME, [redacted] ME e Pool e [redacted] MEI e POOL, não caracterizados como o "Envelope 1" previsto no item 09 do edital infringiu o procedimento previsto no item 21.1 do mesmo edital) e 4.3 (ausência da juntada no processo administrativo do Relatório com a análise dos documentos de habilitação e a aceitação da garantia da proposta, previsto no item 21.9 do edital (item 3.4.3), muito embora comportem recomendação à Origem para aperfeiçoamento dos procedimentos, não possuem conteúdo para inquinar a licitação.

Quanto ao apontamento do item 4.2, a Comissão de Licitação agiu em consonância com o item 24 do Edital, atentando para o princípio da transparência e da boa-fé. Porém, ao abrir os envelopes, constatou que havia apenas um calhamaço de documentos, sem condições de recebimento, verificando que inexistiam os envelopes 01 e 02, impondo a inadmissão dessas empresas no certame.

Em relação à ocorrência de possível omissão cometida pela Origem, tendo em vista que o art. 16, § 7º, da Lei Municipal nº 13.278/02, alterada pela Lei Municipal nº 14.146/06, veda a participação de uma única pessoa como representante de mais de um licitante e, caso tivesse sido identificado indício de má-fé dos interessados, possível conluio e obtenção de vantagem a partir de comportamentos contrários a ordem jurídica, de igual forma, entendo comportar recomendação para que a Administração, em casos análogos, adote as devidas medidas para a apuração dos fatos.

No tocante ao apontamento do item 4.3, de igual forma, diante da juntada aos autos do relatório faltante, entendo que a falha se encontra superada.

O único apontamento remanescente – desrespeito ao prazo de até 03 dias úteis para resposta às impugnações ao edital apresentadas por 05 interessados – diante dos esclarecimentos prestados pela Origem de que, embora intempestivas, as impugnações foram respondidas em tempo hábil para que os interessados pudessem oferecer recurso contra a decisão que indeferiu a impugnação ao edital, comporta a meu ver, no caso concreto, excepcional relevação.

Registro que no exercício da competência atribuída a este Tribunal, também foram instaurados processos para acompanhamento da execução contratual em distintos períodos, bem como as Representações e Denúncias, os quais serão oportunamente submetidos para apreciação deste Colegiado.

Consigno ainda que, diante da complexidade envolvida, a matéria foi judicializada, porém, não houve decisão judicial que sustasse a continuidade do projeto, cuja estrutura construída foi entregue ao uso. Aliás, as ações populares em trâmite perante a Justiça Federal de São Paulo não estão voltadas especificamente a concessão tratada nestes autos, mas sim ao o Contrato de Cessão sob o Regime de Concessão de Direito Real de Uso Resolúvel em Condições Especiais, firmado entre a União e o Município de São Paulo, para "implementar, mediante licitação, projeto para fomento do comércio e desenvolvimento econômico e social dos polos comerciais do centro de São Paulo (Pari, Brás, Bom Retiro, Santa Efigênia e Sé), assim como implementar equipamentos urbanos na região" (Cláusula 3ª do Contrato de Concessão de Direito Real de Uso).

Por fim, registro que o "Circuito das Compras" foi inaugurado em 18/11/2021, com investimentos de aproximadamente 1 bilhão de reais numa área 182 mil m2, com 4.000 boxes, 1.260 lojas, 2.200 vagas para automóveis, 315 vagas para ônibus, praça de alimentação e escadas rolantes.

Pelo exposto, considerando os elementos constantes destes autos, as manifestações da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria-Geral, julgo **regulares** o Edital de Concorrência nº 01/SDTE/2014 **(TC/000530/2015)**, bem como a licitação decorrente **(TC/003712/2015)**.

Outrossim, determino a Origem que nos próximos certames passe a consignar em ata, de forma minuciosa, os incidentes e os fundamentos fáticos, legais e técnicos das decisões da Comissão de Licitação, bem como cumpra rigorosamente os prazos fixados na legislação de regência.

Envie-se cópia do voto e respectivo Acórdão à Origem e ao Ministério Público do Estado de São Paulo, em cumprimento aos ofícios insertos nos autos.

Plenário Conselheiro PAULO PLANET BUARQUE, 03 de agosto de 2022.

MAURICIO FARIA
Conselheiro