TC nº 72-001.182.08-67

2º Julgado
RECURSO. PFM. Decisão que julgou irregular o edital de concorrência. Concessão administrativa para ofertar vagas em unidades de educação infantil. SME. CONHECIDO. NEGADO PROVIMENTO. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72-001.182.08-67, 72-001.101.08-67.

2.967ª Sessão Ordinária

2º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ora em grau de recurso, 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, em conhecer do recurso interposto pela Procuradoria da Fazenda Municipal, ante a presença dos pressupostos de admissibilidade delineados no artigo 140 do Regimento Interno desta Corte, e, no mérito, considerando que as razões recursais não trouxeram novos elementos capazes de alterar os argumentos de ordem técnica debatidos no decorrer da instrução dos autos, em negar-lhe provimento, mantendo-se na íntegra o V. Acórdão recorrido, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento os Conselheiros DOMINGOS DISSEI – Revisor, EDSON SIMÕES e ROBERTO BRAGUIM.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 21 de fevereiro de 2018.

JOÃO ANTONIO
Presidente

MAURÍCIO FARIA
Relator

Relatório e voto englobados: v. TC 72-001.001.09-00.

1º Julgado

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. CONCORRÊNCIA. SME. Concessão administrativa para ofertar vagas em unidades de educação infantil. Incompatibilidade com as leis orçamentárias e com o Sistema Parceria Público-Privada. PPP. Restrição à competitividade do certame. Ausência de exigências para a garantia do cumprimento das obrigações. Inexistência de garantia de terreno e construção apropriados pela PMSP, bem como de aceitação prévia para o início da construção. IRREGULAR. Votação unânime.

Relatório e voto englobado TCs 72-001.001.09-00 e 72-001.182.08-67.
Legislação citada: Art. 37, XXI, CF. Arts. 3º, 'caput', 30, III, Lei 8.666/93. Art. 4º, IV, Lei 11.079/047. Art. 2º, IV, Lei Mun. 14.517/07.

2.769ª Sessão Ordinária

1º Julgado

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, devolvidos na presente sessão pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Revisor, após vista que lhe fora concedida na 2.768ª S.O., ocasião em que votou o Conselheiro JOÃO ANTONIO – Relator.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em julgar irregular o Edital da Concorrência 01/SME/2008, com fundamento nos argumentos apontados nos itens "b", "c", "d", "g" e "h" constantes do relatório técnico da Equipe Multidisciplinar desta Corte, a seguir elencados:

"a) Incompatibilidade do sistema de remuneração do parceiro privado com o modelo de Parceria Público-Privada.

b) Deficiências no que atine à estimativa do impacto financeiro-orçamentário e incompatibilidade com as leis orçamentárias – em afronta aos preceitos contidos no inciso IV do artigo 4º da Lei Federal 11.079/04 e no inciso VI do artigo 2º da Lei Municipal 14.517/07.

c) Inexistência de garantia de que o terreno e a construção das unidades escolares sejam apropriados pela PMSP.

d) Necessidade de inserção de anexo com modelo para a apresentação da composição analítica do preço unitário pelo licitante.

e) Inadequação da visita técnica para os objetivos legais, contrariando o inciso III do artigo 30 da Lei Federal 8.666/93.

f) Restrição à competitividade do certame pela exiguidade do prazo para a identificação dos prováveis terrenos pelos interessados no certame, infringindo o "caput" do artigo 3º da Lei Federal 8.666/93 e o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

g) Inexistência de exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, contrariando o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

h) Inexistência de previsão acerca da aceitação prévia do terreno para o início da construção, sob pena de a Administração ter que lidar com problemas que daí decorrerem."

ACORDAM, ademais, à unanimidade, em consignar que o modelo de Parceria Público-Privada, na especialidade de concessão administrativa, é perfeitamente aceitável para prestação de serviço e execução de obras, nas áreas de educação, saúde, segurança pública, iluminação pública, dentre outros, desde que o edital esteja adaptado às regras atinentes à Lei Geral das Parcerias Público-Privadas e à Lei Municipal de regência, superando, com essas razões, o item "a" do relatório técnico apresentado, bem como os itens "e" e "f", por meramente formais.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em ordenar a remessa de ofício à Secretaria Municipal de Educação – SME e ao Excelentíssimo Senhor Prefeito do Município de São Paulo para ciência, acompanhado de cópia do relatório e voto do Relator, bem como deste Acórdão.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e DOMINGOS DISSEI.

Presente o Procurador Chefe da Fazenda Substituto GUILHERME BUENO DE CAMARGO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 8 de outubro de 2014.

EDSON SIMÕES
Presidente

JOÃO ANTONIO
Relator

RELATÓRIO ENGLOBADO

Trata-se de acompanhamento de licitação modalidade Concorrência n° 01/SME/2008, elaborado pela Secretaria Municipal de Educação, que tem por escopo selecionar, por tipo menor contraprestação por vaga, a proposta mais vantajosa para a contratação de Parceria Público-Privada, na modalidade concessão administrativa, para oferta de 40.000 (quarenta mil) vagas em unidades de educação infantil no Município de São Paulo, subdivididas em 61 (sessenta e um) lotes, distribuídos nos Distritos da Cidade, no importe estimado de R$ 2.046.409.704,38, compreendendo todo o período de vigência contratual (252 meses).

A Auditoria Técnica da Casa (fls. 589/634) ponderou pela irregularidade do Edital, impingindo pelo não prosseguimento e apresentando recomendações à Origem, na seguinte ordem:

A) Ilegalidade da eleição do modelo de contratação por PPP, em infração ao § 2° do artigo 2° da Lei Federal n° 11.097/04 – item 3.4.1.b;

B) Ausência de demonstração da origem dos recursos para o custeio do projeto, contrariando o artigo 12 da Lei Municipal n° 14.517/07 c/c art. 10, IV, da Lei Federal 11.079/04. Destacaram que a atual tendência de acúmulo de recursos não aplicados na educação, em virtude da ampliação das receitas do FUNDEB, tem ampliado as fontes de custeio da educação – itens 3.5.1 e 3.6.e;

C) Ausência de comprovação do não comprometimento das metas fiscais, em desobediência ao § 2° do artigo 17 da LRF – item 3.6.e;

D) Impropriedade na utilização do critério de remuneração em face da natureza do objeto a ser contratado, em decorrência da infração ao § 2° do artigo 2° da Lei Federal n° 11.079/04 – item 3.14.1.a.1;

E) Inexistência de previsão acerca da aceitação prévia do terreno para o início da construção, sob pena de a Administração ter que lidar com problemas que daí decorrerem – item 3.14.1.b.1;

F) Insuficiência da garantia contratual prestada pelo parceiro privado, uma vez que incompatível com o ônus e riscos envolvidos no empreendimento, em infração ao inciso VIII do artigo 5° da Lei Federal n° 11.079/04 em cotejo com o § 3° do artigo 56 da Lei Federal 8.666/93 – item 3.14.1.b.2;

G) Inexistência de devida regulamentação acerca da prorrogação contratual, implicando risco de que a PMSP pague duas vezes pela aquisição dos terrenos e construção das obras, contrariando o artigo 23, XII, da Lei Federal 8.987/95 c/c art. 3° da Lei Federal n° 11.079/04 – item 3.14.1.b.3;

H) Inexistência de garantia de que o terreno e a construção das unidades escolares sejam apropriados pela PMSP – item 3.14.1.b.4;

I) Inexistência de exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, contrariando o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal – item 3.14.2.a;

J) Restrição à competitividade do certame pela exiguidade do prazo para a identificação dos prováveis terrenos pelos interessados no certame, infringindo o caput do art. 3° da Lei Federal 8666/93 e o inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal – item 3.14.2.b;

K) Inadequação da visita técnica para os objetivos legais, contrariando o inciso III do art. 30 da Lei Federal 8666/93 – item 3.14.2.c.

Quanto às recomendações destacaram:

- que seja inserida no Caderno de Encargos a responsabilidade da área de Demandas da SME em afirmar se a localização do terreno atende à demanda cadastrada no distrito e respectivos setores e que EDIF se responsabilize pela aprovação do terreno – itens 3.4.1.a e 3.14.1.b.1;

- que sejam alteradas a estimativa do impacto orçamentário-financeiro, decorrente desta PPP, para a inclusão de despesas referentes aos programas de alimentação escolar – item 3.6.c;

- que para as próximas PPPs os valores envolvidos nas PPPs ora licitadas sejam considerados por seus montantes atualizados para efeito de cálculo do limite de endividamento do Município, conforme o art. 28 da Lei Federal n° 11.079/04 – item 3.6.f;

- que se atente para o art. 28, § 1° da Lei Federal n° 11.079/04, encaminhando ao Senado Federal e à Secretaria do Tesouro Nacional, previamente à contratação, as informações necessárias para cumprimento do limite de endividamento do município – item 3.6.f;

- que se adéquem as metas quantitativas previstas pelo PPA, em atenção ao § 1 do art. 16 da LRF – item 3.6.g.1;

- que se altere nos exercícios posteriores a qualificação econômica da despesa com a concessão administrativa – item 3.6.g.2;

- inserir anexo com modelo para a apresentação da composição analítica do preço unitário pelo licitante – item 3.7.6.

O prosseguimento do certame licitatório foi suspenso “ad cautelam”, com fundamento nos artigos 19, incisos VII e VIII da Lei Municipal n° 9.167/80 e 101, parágrafo 1°, “d”, do Regimento Interno.

Intimada, a Origem prestou esclarecimentos de fls. 640/654 e na sequência, para fins de auditagem, AUD requisitou documentos, bem como informações da Pasta (fls. 657/678). Diante de todo o acrescido, concluiu o órgão técnico, em relatório de fls. 679/695, que a Concorrência continua não tendo condições de prosseguimento.

Retificou dois apontamentos. O primeiro, acerca da fixação da garantia contratual em 2% do valor do contrato a ser prestada pelo parceiro privado, estando em acordo com o disposto no art. 5° da Lei Federal 11.097/04 c/c o § 3° do art. 56 da Lei Federal 8666/93.

O segundo, com relação à garantia de apropriação do imóvel (terreno e construção) ao final do contrato. AUD entendeu que se a Origem acrescer as cláusulas por ela sugeridas na Minuta do Contrato deixa de ser necessário alterar o Edital ou Minuta do contrato, segundo recomendação anteriormente apontada.

No demais, manteve todos os apontamentos.

Quanto às recomendações, mantiveram que propõem a inserção no Caderno de Encargos das responsabilidades da Área de demandas da SME e de EDIF para a aceitação da localização do terreno (item 2.1 do relatório, fl. 690) e a alteração do estudo acerca do impacto orçamentário-financeiro, considerando as despesas referentes aos Programas de Alimentação Escolar (item 2.2, fls. 690/691 do relatório).

Quanto às demais, deixou a ressalva de que no futuro verificará o atendimento do compromisso assumido pela Origem em atendê-las.

A Assessoria Jurídica entendeu que o aspecto comprometedor da continuidade do certame encontra-se na escolha do modelo de contratação através de PPP – Parceria Público-Privada.

Teceu algumas considerações sobre o tema e destacou os seguintes entraves:

A Lei n° 11.079/2004 que regula as PPPs no âmbito da Administração Pública, bem como a Lei Municipal n° 14.517/2007 que instituiu o Programa Municipal de PPPs, respectivamente em seu artigo 2°, § 4°, inciso III e artigo 3°, § 1°, inciso II, vedam expressamente a celebração do contrato de Parceria Público-Privada que tenha como **objeto único a execução de obra pública**.

Consignou que a manutenção de unidades educacionais é atividade meio, não podendo ser definida como serviço público de educação. Destacou, ainda, que a maneira como será realizada respectiva manutenção sequer foi minuciosamente definida no edital, podendo ensejar interpretações divergentes do interesse público.

Outros pontos destacados foram o modo da contraprestação mensal do parceiro público ao parceiro privado, o qual não pareceu ser o mais apropriado e o local em que serão construídos os referidos CEIs, uma vez que um dos principais obstáculos enfrentados pelo Município para atender plenamente a demanda é a distância entre os CEIs e as residências daqueles que utilizam o serviço. As vagas disponíveis geralmente ficam distantes dos locais de moradia das crianças ou do trabalho de seus pais, inviabilizando a matrícula em determinada creche.

Por fim, ressaltou ainda a Assessoria Jurídica, que os recursos para o custeio das obrigações decorrentes do contrato não restaram demonstrados pela Origem, contrariando o previsto no art. 12 da Lei Municipal n° 14.517/2007 e art. 10, IV da Lei Federal 11.079/04, conforme exposto nas fls. 601/611, podendo trazer ainda, implicações relacionadas à Lei de Responsabilidade Fiscal.

Intimada, a Origem justificou-se às fls. 719/728 e, na sequência, considerando a complexidade do tema, bem como as sérias implicações que poderiam advir da paralisação do procedimento licitatório, na área da educação municipal, o Nobre Conselheiro Relator propôs, nos termos do artigo 26, XVII, do Regimento Interno desta Casa, constituição de Equipe Multidisciplinar para análise da matéria, o que foi acolhido pelo então Sr. Presidente Roberto Braguim e considerado nos autos do TC n° 72-001.001-09-00.

Após consistente trabalho produzido pela Equipe Multidisciplinar, os autos retornaram à Assessoria Jurídica, que juntou cópia do parecer exarado no TC 72-001.001-09-00, onde ratifica entendimento pela impossibilidade de compatibilização do formato pretendido pela Administração por meio do Edital de Concorrência 01/SME/2008, que pretende instituir parceria público-privada, na modalidade concessão administrativa, com regras legais pertinentes ao instituto das parcerias público-privadas, consoante os preceitos contidos na Lei Ordinária Federal n° 11.079/04 e na Municipal 14.517/07.

Verificando, ainda, irregularidades atinentes à peça editalícia, cujo rol encontra-se elencado às fls. 39/40 concluiu, por fim, que não há como prosperar a intenção da Administração Pública.

A Procuradoria da Fazenda Municipal pronunciou-se às fls. 754/765 e endossando integralmente as defesas expedidas pela Origem, requereu o acolhimento do presente Edital.

Por fim, a Secretaria Geral manifestou-se pela impossibilidade de prosperar o presente Edital, na forma em que se encontra descrito.

Este é o RELATÓRIO.

VOTO

O TC n.º 72-001.182-08-67 visa o acompanhamento de licitação modalidade Concorrência n° 01/SME/2008, elaborado pela Secretaria Municipal de Educação, para a contratação de Parceria Público-Privada, na modalidade concessão administrativa, para oferta de 40 (quarenta) mil vagas em unidades de educação infantil no Município de São Paulo, subdivididas em 61 (sessenta e um) lotes, distribuídos nos Distritos da Cidade, no importe estimado de R$ 2.046.409.704,38 (dois bilhões, quarenta e seis milhões, quatrocentos e nove mil, setecentos e quatro reais e trinta e oito centavos), compreendendo todo o período de vigência contratual (252 meses). E o feito instaurado por meio do TC n.º 72-001.001.09-00 instituiu equipe multidisciplinar para estudar a possibilidade de implementação de PPP neste modelo de negócio.

As equipes técnicas desta Casa, especialmente a Equipe Multidisciplinar, apontaram, em suma, as seguintes irregularidades no Edital:

"a) Incompatibilidade do sistema de remuneração do parceiro privado com o modelo de Parceria Público-Privada;

b) Deficiências no que atine à estimativa do impacto financeiro-orçamentário e incompatibilidade com as leis orçamentárias – em afronta aos preceitos contidos no inciso IV do artigo 4° da Lei Federal 11.079/04 e no inciso VI do artigo 2° da Lei Municipal n° 14.517/07;

c) Inexistência de garantia de que o terreno e a construção das unidades escolares sejam apropriados pela PMSP;

d) Necessidade de inserção de anexo com modelo para a apresentação da composição analítica do preço unitário pelo licitante;

e) Inadequação da visita técnica para os objetivos legais, contrariando o inciso III do artigo 30 da Lei Federal 8.666/93;

f) Restrição à competitividade do certame pela exiguidade do prazo para a identificação dos prováveis terrenos pelos interessados no certame, infringindo o caput do artigo 3° da Lei Federal 8666/93 e o inciso XXI do artigo 37 da Constituição federal;

g) Inexistência de exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, contrariando o inciso XXI do artigo 37 da Constituição federal;

h) "Inexistência de previsão acerca da aceitação prévia do terreno para o início da construção, sob pena de a Administração ter que lidar com problemas que daí decorrerem".

Todas as intervenções da Origem nos autos não foram suficientes para sanear as irregularidades constatadas.

Por oportuno, cumpre consignar que o modelo de Parceria Público-Privada, na especialidade de concessão administrativa, é perfeitamente aceitável para prestação de serviço e execução de obras, nas áreas de educação, saúde, segurança pública, iluminação pública, dentre outros, em conformidade com a Lei nº 11.079/04.

A equipe técnica da Casa impingiu a forma conceitual de Concessão Administrativa, no modelo de Parceria Público-Privada, prevista no parágrafo 2º, do artigo 2º da Lei Geral da PPP, como impedimento genérico para contratação preconizada no Edital em debate.

Todavia, entendo que o objeto final almejado – construção de creches – pode ser realizado por meio de PPP, naturalmente, desde que observadas as regras de regência, especialmente, como no caso em debate, do ajuste na forma de remuneração e meio de execução do objeto contratual.

Por meio da PPP, na forma de Concessão Administrativa, podem ser contratadas a construção de creches, presídios, estações metroviárias, exploração do serviço de iluminação pública, construção de hospitais, escolas etc., por exemplo, com a exploração de serviços das atividades-meio, tais como serviços de limpeza, manutenção predial e de equipamentos, jardinagem, portaria, vigilância e alimentação institucional, como forma de devolver ao parceiro privado o investimento na infraestrutura e/ou construção do equipamento que será utilizado pela Administração na prestação do serviço público.

Essa modalidade de PPP – Concessão Administrativa não requer autorização do legislativo, mediante lei especial ou requisitos outros, senão aqueles previstos na Lei Geral das PPPs – Lei Federal nº 11.079/04 ou mesmo na Lei Municipal que rege esta modalidade de contratação no Município de São Paulo, Lei nº 14.517/07.

Destaque-se que o modelo preconizado tem como uma de suas diretrizes a eficiência no cumprimento das missões do Estado, consoante se observa do inciso I, do artigo 4º, do diploma legal.

No caso em tela as irregularidades maculam o Edital na forma como foram aplicadas.

Porém, ressalte-se mais uma vez, que o modelo escolhido pode ser utilizado pela Administração Pública para a construção de creches e escolas, desde que o Edital esteja adaptado às regras atinentes à Lei Geral das Parcerias Público-Privadas e a Lei Municipal de regência.

Assim, destaco meu entendimento no sentido da possibilidade efetiva de adoção do modelo de Concessão Administrativa, escolhido

para prestação do serviço visado pela vestibular, porém, desde que em conformidade com a legislação federal e municipal.

Ante o exposto, com fundamento nos argumentos apontados nos itens “b”, “c”, “d” “g” e “h” constantes do relatório técnico relacionados acima, julgo **IRREGULAR** o Edital de Concorrência n° 01/SME/2008, superados, portanto, o item “a”, pelo acima exposto e os itens “e” e “f”, por meramente formais.

Oficie-se à Origem para ciência, encaminhando cópia da decisão a ser alcançada pelo Plenário, acompanhada de meu relatório e voto. **(2768ª S.O.)**