II – ACÓRDÃO

ACO-UTR-60/2023

Processo - TC/012287/2020
Interessada - Secretaria do Governo Municipal/Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente
Acompanhamento do edital da Concorrência 020/SGM/2020
Objeto - Verificar a regularidade do edital, cujo objeto é a concessão pelo período de 25 anos, com outorga onerosa, para a prestação de serviços de gestão, operação e manutenção dos Parques Municipais Prefeito Mário Covas e Tenente Siqueira Campos – Trianon, incluindo a Praça Alexandre de Gusmão, quanto aos aspectos de legalidade, formalidade e mérito

3.265ª Sessão Ordinária

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. CONCORRÊNCIA. SGM. SVMA. Concessão com outorga onerosa. Serviços de gestão, operação e manutenção. Parques Municipais e Praça. 1. O prazo mínimo de 30 dias entre a primeira publicação do instrumento convocatório e a data para recebimento de documentação e propostas deve ser respeitado. Art. 17, I, LM 13.278/2002. 2. Os documentos necessários à habilitação devem ser apresentados com cópia ao servidor da administração, cabendo ao agente administrativo, mediante a comparação entre o original e a cópia, atestar a autenticidade. Art. 32. Lei 8.666/1993. Art. 3º, II, Lei 13.726/2018. Art. 67, § 1º, DM 51.714/2010. 3. 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. Art. 9º, § 4º, Lei 8.987/1995. Art. 65, § 6º, Lei 8.666/1993. Art. 60, Lei 8.666/1993. Art. 61, Lei 8.666/1993. 4. Incluído no Edital a expressa proibição de construção de garagem no subsolo dos parques, a priorização de atividades de educação ambiental entre as atividades de interesse coletivo, e a obrigação de que serviços de alimentação nos Parques não sejam prejudiciais à fauna, inclusive em relação aos efluentes gerados, como gases e fumaça. REGULAR. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, dos quais é Relator o Conselheiro DOMINGOS DISSEI.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, acompanhando a manifestação da Subsecretaria de Controle Externo quanto à superação dos apontamentos e atendimento das recomendações, assim como o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria-Geral todas desta Corte, em julgar regular o edital da Concorrência 020/SGM/2020.

ACORDAM, à unanimidade, em determinar, cumpridas as formalidades legais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros ROBERTO BRAGUIM – Revisor, MAURÍCIO FARIA e JOÃO ANTONIO.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda CARLOS JOSÉ GALVÃO.

Plenário Conselheiro Paulo Planet Buarque, 15 de março de 2023.

EDUARDO TUMA – Presidente
DOMINGOS DISSEI – Relator

/hc

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO DOMINGOS DISSEI – RELATOR

TC/012287/2020

Egrégio Plenário,

Em julgamento o acompanhamento de Edital da Concorrência nº 020/SGM/2020, conduzida pela Secretaria do Governo Municipal, objetivando 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.

Inicialmente, a Auditoria manifestou-se pela irregularidade do edital, em razão dos seguintes apontamentos:

> *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;*
>
> *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;*
>
> *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;*
>
> *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;*
>
> *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;*

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;

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;

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);

4.9. A subcláusula 31.5.q contém redação incompreensível e que não apresenta uma hipótese de evento que possa ser enquadrado como risco;

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;

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;

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;

4.13. 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;

4.14. Foram verificadas inconsistências e/ou falta de fundamentação em algumas das premissas que compuseram o estudo de viabilidade utilizado na modelagem;

4.15. 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.

Além das irregularidades apontadas, a Auditoria ainda fez as seguintes recomendações:

4.16. 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;

4.17. Uma vez que já existe 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 especificamente relacionados ao objeto 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 vez de outros encargos mais relacionados diretamente à gestão do parque e à melhoria nos serviços;

4.18. 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;

4.19. 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;

4.20. 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;

4.21. 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;

4.22. 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; e

4.23. 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 e, consequentemente, 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.

Após a intimação da Origem, a Secretaria de Governo Municipal, em sede de manifestação prévia, juntou seus esclarecimentos, informando acerca da reformulação do edital, com alteração da maneira de se estimar a premissa relativa à receita de publicidade do projeto referencial, com a incorporação de alguns itens no BDI, e alteração de outros custos.

A Equipe de Auditoria, em seu Relatório Conclusivo, entendeu que os itens inicialmente apontados seriam superáveis, caso o edital fosse republicado com as alterações propostas pela Origem em sua manifestação prévia, com exceção do item 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), ressaltando, no entanto, que a Assessoria Jurídica de Controle Externo, no âmbito do TC/003970/2018, que teve como objeto a análise do Edital de Concessão do primeiro lote de parques, entendeu que a cláusula atendia às demandas legais de taxatividade e de previsibilidade das relações jurídicas advindas de um contrato.

Quanto ao item 4.13 acima, concluiu que, embora a Auditoria tenha identificado inconsistência no valor apresentado pela Origem quanto à estimativa de custos com manejo, a diferença seria de pouco vulto dentro do todo, não comprometendo o prosseguimento do certame, sugerindo-se que a Origem reveja os cálculos dessa estimativa antes da republicação do Edital.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo acompanhou a Auditoria, sendo a Origem, posteriormente, intimada acerca de tais conclusões.

A Secretaria de Governo Municipal informou que foram implementadas mudanças nos documentos em razão das contribuições recebidas na Reunião Pública Virtual, destacam-se aquelas que tratam: 1. inclusão de proibição expressa de construção de garagem no subsolo dos parques; 2. da priorização de atividades de educação ambiental entre as atividades de interesse coletivo a serem ofertadas pela Concessionária; e 3. da obrigação de que serviços de alimentação nos Parques não sejam prejudiciais à fauna, inclusive em relação aos efluentes gerados, como gases e fumaça.

Com a republicação do edital, a Auditoria, na peça 93, constatou que que foram atendidos os requisitos que haviam sido consignados na peça 59, para superação dos apontamentos de 4.1 a 4.3 e 4.5 a 4.21, mantendo seu entendimento quanto ao apontamento 4.4.

A Assessoria Jurídica de Controle Externo, em nova manifestação, acompanhou a Especializada quanto ao atendimento dos apontamentos 4.1 a 4.3 e 4.5 a 4.21. Quanto ao item 4.4, reiterou seu entendimento no sentido de que, da perspectiva jurídica, a cláusula 13.5 atenderia às demandas legais de taxatividade e de previsibilidade das relações jurídicas advindas de um contrato, manifestando-se pela regularidade do acompanhamento do edital.

A Procuradoria da Fazenda Municipal, requereu o acolhimento dos atos em análise, julgando-se regular o Edital da Concorrência nº 020/SGM/2020.

A Secretaria-Geral, em razão da superação das falhas inicialmente constatadas, inclusive do apontamento 4.4, na esteira da Assessoria Jurídica de Controle Externo, opinou pelo acolhimento do edital em exame.

É o relatório.

VOTO

1. Em julgamento o acompanhamento do Edital da Concorrência nº 020/SGM/2020, conduzida pela Secretaria do Governo Municipal, tendo por objeto 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.

2 – Após a instrução realizada, verifica-se que, à exceção do apontamento 4.4, os demais restaram superados, bem como foram atendidas as recomendações, tendo a Subsecretaria de Controle Externo constatado, à peça 93, que a Origem promoveu as necessárias alterações do Edital.

3. Quando ao apontamento 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") não superado pela Auditoria, manifestou-se a Assessoria Jurídica de

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Controle Externo, destacando a conclusão já alcançada nos autos do TC/003970/2018, que teve como objeto a análise do Edital de Concessão do primeiro lote de parques, acerca de cláusula idêntica, no sentido de que a "*cláusula atende às demandas legais de taxatividade e de previsibilidade das relações jurídicas advindas de um contrato*".

4 – O mesmo entendimento quanto ao apontamento 4.4 foi seguindo pela Secretaria Geral, que, relativamente a tal apontamento, observou "*que o assunto é caracterizado pela imprevisibilidade, a qual extrapola a esfera de controle das partes, pois a emissão de licenças, permissões e autorizações junto aos órgãos administrativos competentes impossibilita definir-se com precisão o respectivo prazo de obtenção"* .

5 – Assim sendo, diante de tudo que dos autos consta, acompanhando a manifestação da Subsecretaria de Controle Externo quanto à superação dos apontamentos e atendimento das recomendações, bem como o entendimento da Assessoria Jurídica de Controle Externo e da Secretaria-Geral, julgo regular Edital da Concorrência nº 020/SGM/2020.

Cumpridas as formalidades legais, arquivem-se os autos.

É como voto.

DOMINGOS DISSEI
Conselheiro TCMSP