II – ACÓRDÃO

Processo - TC/017650/2019
Interessadas - Secretaria do Governo Municipal e Secretaria Municipal das Subprefeituras
Acompanhamento do Edital da Concorrência 08/SGM/2019
Objeto - Verificar a regularidade do edital, cujo objeto é a concessão para restauro, reforma, operação, manutenção e exploração do Mercado Municipal Paulistano e do Mercado Kinjo Yamato, no Município de São Paulo, quanto aos aspectos de legalidade, formalidade e mérito

3.175ª Sessão Ordinária

ACOMPANHAMENTO. EDITAL. CONCORRÊNCIA. SGM. SMSUB. Concessão para restauro, reforma, operação, manutenção e exploração do Mercado Municipal Paulistano e do Mercado Kinjo Yamato. 1. É fundamental a existência de mecanismos que garantam que a concessão atinja a finalidade pretendida. 2. A Administração adotou a sistemática dos orçamentos de forma a atender à Lei de Concessões 8.987/95, não se afigurando qualquer ilegalidade o fato do não detalhamento exigido na Lei 8.666/93, em consonância com a regra máxima de interpretação de que a norma especial prevalece sobre a geral. 3. O Estudo de viabilidade é meramente referencial e não enseja por si só direito à recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro, não se caracterizando ilegalidade que macule o Certame. ACOLHIDO. Votação unânime.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos englobadamente os processos TC/017650/2019, TC/019102/2019 e TC/010826/2020, dos quais é Relator o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM.

ACORDAM os Conselheiros do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, à unanimidade, de conformidade com o relatório e voto do Relator, em acolher o Edital da Concorrência 008/SGM/2019.

ACORDAM, à unanimidade, em reiterar a determinação exarada nos autos do TC/010826/2020, peça 73, de **acompanhamento da execução** do Contrato 001/CC/ABAST/2021, nos termos do artigo 98 do Regimento Interno deste Tribunal de Contas.

ACORDAM, ainda, à unanimidade, em determinar o encaminhamento de ofício à Excelentíssima Vereadora Sandra Tadeu, em atendimento ao solicitado no Ofício 469/2021, autuado no e-TCM 14882/2021, e, após as cautelas regimentais, o arquivamento dos autos.

Participaram do julgamento os Conselheiros EDUARDO TUMA – Revisor, MAURÍCIO FARIA e o Conselheiro Substituto ELIO ESTEVES JUNIOR.

Presente o Procurador-Chefe da Fazenda ROBINSON SAKIYAMA BARREIRINHAS.

São Paulo, 6 de outubro de 2021.

JOÃO ANTONIO – Presidente
ROBERTO BRAGUIM – Relator

/hc

Tribunal de Contas
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

I – RELATÓRIO E VOTO DO CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM – RELATOR

Processo:	**TC/017650/2019 (item II)**
Interessadas:	Secretaria do Governo Municipal e Secretaria Municipal das Subprefeituras
Objeto:	Acompanhamento de Edital. Concorrência 008/SGM/2019 – Concessão para restauro, reforma, manutenção e exploração do Mercado Municipal Paulistano e Mercado Kinjo Yamato no Município de São Paulo (SEI 6071.2019/0000271-3)

Processo:	**TC/019102/2019 (item III)**
Representante:	Vereador Antonio Donato Madormo
Representados:	Secretaria do Governo Municipal, Secretaria Municipal das Subprefeituras, Diretor Presidente da SP Parcerias e Presidente da Comissão de Licitação
Objeto:	Representação. Concorrência 008/SGM/2019 – Concessão para restauro, reforma, manutenção e exploração do Mercado Municipal Paulistano e Mercado Kinjo Yamato no Município de São Paulo (SEI 6071.2019/0000271-3)

Processo:	**TC/010826/2020 (item IV)**
Representante:	Vereador Antonio Donato Madormo
Representadas:	Secretaria do Governo Municipal e Secretaria Municipal das Subprefeituras
Objeto:	Representação. Concorrência 008/SGM/2019 – Concessão para restauro, reforma, manutenção e exploração do Mercado Municipal Paulistano e Mercado Kinjo Yamato no Município de São Paulo (SEI 6071.2019/0000271-3)

Responsáveis:	Mauro Ricardo Machado Costa – Secretário/SGM Alexandre Modonezi de Andrade – Secretário/SMSUB
Valor:	R$ 290.580.000,00

RELATÓRIO

Em julgamento, de forma englobada, o Acompanhamento de Edital (item II TC/017650/2019) e duas Representações (itens III e IV TC/019102/2019 e TC/010826/2020), estas formuladas pelo Vereador Antonio Donato Madormo, referentes à Concorrência nº 008/SGM/2019, conduzida pela Secretaria do Governo Municipal e pela Secretaria Municipal das Subprefeituras, cujo objeto é o restauro, reforma, operação, manutenção e exploração do Mercado Municipal Paulistano e do Mercado Kinjo Yamato, no Município de São Paulo. Por questão de método, permito-me focalizar individualmente cada expediente, iniciando pelo Item II (TC/017650/2019).

Em sede do Acompanhamento de Edital, antes mesmo de qualquer deliberação desta Relatoria, com o conhecimento do Relatório Preliminar da Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC, peça 33 –, a Secretaria do Governo Municipal suspendeu "sine die" a Concorrência nº 008/SGM/2019, conforme despacho publicado no DOC em 26.10.2019, oportunidade em que determinei que, na hipótese de retomada, a nova minuta do Edital deveria ser submetida, preliminarmente, a esta Corte de Contas, consoante despacho constante dos autos, peça 46.

Na análise de SFC foram apontadas, inicialmente, inconsistências nas receitas estimadas de aluguel das áreas comerciais, nas receitas estimadas de estacionamento, nos custos e despesas operacionais repassados ao concessionário, nos custos e despesas da SPE com a concessão e outras despesas e custos relativos ao regime tributário.

Após justificativas da Secretaria do Governo Municipal e novas análises efetivadas por SFC, foi superada a maioria dos apontamentos, remanescendo tão somente dois daqueles originariamente indicados, o primeiro deles referente ao orçamento dos investimentos previstos no Programa de Intervenção e, o segundo, concernente à Taxa Mínima de Atratividade, calculada através da metodologia Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC), também denominada, em inglês, de WACC (Weighted Average Capital Cost). Não obstante essa conclusão, tanto no orçamento dos investimentos, quanto na taxa de atratividade, SFC afirmou que não haveria quaisquer ilegalidades nas opções adotadas pela Secretaria.

Desta forma, a instrução seguiu seu curso e, por cautela, antes de se adotar qualquer medida acerca do deslinde a ser dado às análises até então realizadas, determinei, em razão da pandemia provocada pelo Coronavírus (COVID-19), fossem oficiadas as Secretarias envolvidas, sendo que a Secretaria do Governo Municipal manifestou interesse na continuidade da Concorrência, justificando que os projetos no âmbito do Plano Municipal de Desestatização – PMD colocam-se como importantes medidas anticíclicas, que favorecerão a retomada da economia no Município.

Considerando o interesse da Administração Pública no prosseguimento do Certame, as justificativas iniciais acerca da escassez de investimentos públicos nos equipamentos do gênero, eis que concorrem com outras demandas prioritárias como as da saúde, educação, assistência social e demais serviços públicos essenciais, e não se vislumbrando, no âmbito das análises elaboradas pelos órgãos técnicos deste Tribunal, qualquer ilegalidade remanescente, entendi, restrito ao que foi analisado e ao critério de discricionariedade administrativa, somado à reformulação do Edital nos moldes trazidos na instrução processual, que estava a Concorrência em condições de prosseguimento.

Assim, submeti ao Pleno, em 22 de abril de 2020 o até então processado para deliberação, o que, à unanimidade, conforme certidão constante na peça 124, culminou na decisão de que não haveria mais óbice para o prosseguimento da Licitação.

A SFC, posteriormente, em cumprimento à determinação desta Relatoria, constatou que o instrumento convocatório coincidiu com o teor dos documentos trazidos ao longo da instrução processual, peça 164.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM, peça 174, pugnou pela regularidade do Certame, com o acolhimento dos atos em análise.

A Secretaria-Geral, peças 176/179, por sua vez, opinou pelo acolhimento do Edital.

Na sequência, enfrento o item III, ora trazido a julgamento (TC/019102/2019).

Alegou o Representante, em síntese, violação ao princípio da competitividade, quando o Edital, segundo sua análise: i) impediu a soma de atestados técnicos por empresas reunidas em consórcio; ii) exigiu a apresentação de cartas de instituição financeira e de empresa de auditoria, de aprovação de plano de negócios; bem

como patrimônio líquido mínimo da instituição financeira que tivesse realizado essa avaliação; iii) não especificou as intervenções que o Concessionário procederia no bem, tampouco detalhou os orçamentos referentes ao Programa de Investimentos a serem executados pelo Concessionário. Ao final, requereu a suspensão cautelar do Certame, pedido este prejudicado ante à paralisação promovida pela própria Secretaria do Governo Municipal, peça 10.

Ouvidos, inicialmente, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle – SFC e a Assessoria Jurídica de Controle Externo – AJCE, peças 05 e 07 a 09, e dado conhecimento dessas manifestações aos responsáveis, o Secretário do Governo Municipal, o Secretário Municipal das Subprefeituras, o Diretor Presidente da SP Parcerias e o Presidente da Comissão de Licitação apresentaram justificativas, peças 35 e 56.

Na análise dessas defesas, a SFC superou o que primeiramente tinha entendido pela procedência das alegações, peças 40 e 61, no que se refere à impossibilidade de soma de atestados técnicos por empresas reunidas em consórcio e exigência de apresentação de cartas de instituição financeira e da empresa de auditoria para aprovação de plano de negócios, bem como ao patrimônio líquido mínimo dessa instituição financeira. Manteve a improcedência do aduzido quanto à falta de especificação no Edital das intervenções que o Concessionário poderá executar no bem, remanescendo tão somente a irregularidade quanto ao detalhamento dos orçamentos referentes ao Programa de Investimentos a serem executados pelo Concessionário, o que poderia ser relevado por não configurar ilegalidade na opção adotada pela Pasta.

Entendimentos esses que foram acompanhados pela AJCE, peças 42 a 44 e 63/64, anotando essa unidade que os itens superados pela SFC teriam configurado a perda superveniente do objeto.

Submetida ao Pleno a Representação, juntamente com o processo de Acompanhamento do Edital, com proposta de autorização de retomada do Certame, em 22 de abril de 2020, foi permitido o prosseguimento da Licitação, nos termos da Certidão

constante da peça 74.

A AJCE às peças 102 e 103 concluiu pela improcedência da Representação, em razão das modificações editalícias realizadas em conformidade com o deliberado pelo Egrégio Tribunal Pleno, que autorizou a retomada do Certame.

A Procuradoria da Fazenda Municipal – PFM à peça 106 requereu a improcedência da Representação ou que ela fosse julgada prejudicada.

A Secretaria-Geral – SG opinou pela perda do objeto da Representação relativamente aos itens 2.1 (vedação ao somatório de atestados) e 2.2 (ilegalidade na exigência das propostas comerciais) em face das alterações promovidas pela Pasta, e pelo conhecimento e improcedência quanto ao item 2.3, que trata da aprovação dos órgãos de controle e fiscalização do patrimônio histórico e superficialidade dos orçamentos, peças 110 a 113.

Por fim, detenho-me no item IV (TC/010826/2020). Na Representação em causa, distribuída nesta Corte em 10 de setembro de 2020, quando já retomada a Licitação nos autos dos TC/017650/2019 e TC/019102/2019, o Representante alegou que teria ocorrido suposta irregularidade na validade do atestado de viabilidade econômica apresentado pela vencedora do Certame, posto que existiria "nítida relação de interesses entre o Consórcio vencedor e a empresa que atestou a viabilidade econômica financeira".

Submetidos os autos à AJCE e à SFC, peças 05/07 e 10/12, essas unidades concluíram que a documentação encartada no SEI, em sede de recursos apresentados na Licitação, permitiria concluir pela inexistência de evidências para corroborar que a empresa líder do consórcio vencedor do Certame e a instituição financeira que emitiu a declaração de viabilidade da proposta comercial do Consórcio vencedor fossem partes relacionadas. No entanto, pelos documentos trazidos na Representação e pesquisa realizada, SFC suscitou dúvida quanto à real condição do relacionamento entre as partes, concluindo pela evidência de procedência da alegação.

Em 23 de setembro de 2020, acolhendo as manifestações técnicas, bem como o fato da iminência da assinatura do Contrato, eis que a adjudicatária já teria sido convocada para tanto, determinei a suspensão "Ad Cautelam" dos atos decorrentes da Concorrência nº 008/SGM/2019, notadamente a assinatura do Contrato, de modo a evitar riscos e prejuízos ao Erário e a eventuais interessados em contratar com a Administração, peça 15, o que foi referendado pelo Pleno, à unanimidade, em 30 de setembro de 2020, peça 25.

A Secretaria Municipal das Subprefeituras e a Secretaria do Governo Municipal apresentaram esclarecimentos, peças 26/28, que mereceram apreciação dos Órgãos Técnicos, peças 31 e 32, pela perda do objeto com relação à exigência de carta de instituição financeira atestando a exequibilidade e a viabilidade da proposta comercial da licitante (item 13.9 do Edital), e, ainda, pela adoção de algumas condutas que poderiam se dar em relação ao relacionamento entre a Presidente da empresa líder do consórcio vencedor do Certame com o Diretor Comercial e acionista da instituição financeira que emitiu a declaração de viabilidade da proposta comercial (item 9.3.2 do Edital).

O Consórcio Mercado SP SPE S.A. requereu a sua habilitação nos autos e noticiou a existência do Mandado de Segurança nº 1045705-44.2020.8.26.0053, em trâmite perante a 10ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo, o qual cuidou da matéria discutida nos presentes autos, que consoante parecer da AJCE, peça 39, não comportaria deferimento, por não se tratar de parte relacionada ao processo e, também, por aduzir pedido diverso do originalmente apresentado à tutela desta Corte.

Por sua vez, a Secretaria do Governo Municipal também noticiou a existência do Mandado de Segurança acima apontado e informou que procederia à assinatura do Contrato em 09.04.2021 (Peças 50/53), em razão de decisão judicial.

Determinei, então, fossem oficiadas a Secretaria do Governo Municipal e a Secretaria Municipal das Subprefeituras para alertar que, a despeito do quanto decidido no referido Mandado de Segurança, o prosseguimento do Certame e a assinatura

do Ajuste continuavam obstados por decisão desta Egrégia Corte de Contas, peça 55.

Submetidos os autos ao Pleno, este, por unanimidade, (i) entendeu que os Consórcios Renome e a Mercado SP SPE S.A. não seriam partes do processo fiscalizatório, o que indicaria a impossibilidade de deduzir pedidos, ainda mais em procedimento de caráter específico e restrito como é a Representação; (ii) autorizou a assinatura do Contrato decorrente da Concorrência nº 08/SGM/2019, considerando o noticiado pela Secretaria de Governo Municipal acerca do Mandado de Segurança; (iii) determinou o acompanhamento da Execução Contratual (Peça 73).

Em regular tramitação, a AJCE (peças 86/87), a PFM (peça 91), e a SG (peças 93/94) opinaram pela perda do objeto da Representação, tendo em vista a decisão judicial.

É o relatório.

VOTO

O Edital merece acolhimento. Como se vê da instrução dos autos apregoados no item II (TC/017650/2019), as inconsistências apontadas inicialmente no Relatório de SFC, referentes às receitas estimadas de aluguel das áreas comerciais, às receitas estimadas de estacionamento, aos custos e despesas operacionais repassados ao concessionário, aos custos e despesas da SPE com a concessão e outras despesas e custos relativos ao regime tributário, foram superadas pelas análises técnicas posteriores.

Dois dos apontamentos daqueles originariamente indicados, referentes ao orçamento dos investimentos previstos no Programa de Intervenção e, o segundo, referente à Taxa Mínima de Atratividade calculada através da metodologia Custo Médio Ponderado de Capital (CMPC), também denominada, em inglês, de WACC (Weighted Average Capital Cost), foram justificados em razão das opções adotadas pela Secretaria, não se revelando irregularidades.

No que se refere ao orçamento dos investimentos que estão previstos no Programa de Intervenção, a Pasta acatou os argumentos da equipe técnica do Tribunal e providenciou sua revisão, utilizando-se de métodos previstos em bibliografia especializada, tendo a SFC afirmado que não se revela ilegal, até porque a Secretaria adota o regime aplicável às concessões previsto na Lei nº 8987/95, sendo diverso da Lei Federal nº 8666/93, que determina o detalhamento.

A SFC reconheceu, também, que o fundamental é a existência de mecanismos que garantam que a concessão atinja a finalidade pretendida, devendo-se exigir do concessionário o bom desempenho contratual ao longo do prazo e, para tanto, o Edital apresenta matriz de riscos, caderno de encargos da Concessionária, programas de intervenção em ambos os mercados, sistema de mensuração de desempenho e plano de negócios referencial.

Com esse panorama e tendo em conta, muito especialmente, que a Administração Pública adotou a sistemática dos orçamentos de forma a atender à Lei de Concessões nº 8987/95, que é justamente o objeto do Certame, não se afigurou qualquer ilegalidade o fato da Administração não efetivar o detalhamento exigido na Lei nº 8666/93, tal como afirmado pelas áreas técnicas do Tribunal e em consonância com a regra máxima de interpretação de que a norma especial prevalece sobre a geral, por dispor do tema especificamente.

Quanto ao segundo apontamento remanescente, relativo à Taxa Mínima de Atratividade calculada pela metodologia do Custo Médio Ponderado de Capital, a Secretaria justificou os dados e as fontes utilizadas. Afirmou que pautou os cálculos na média dos 90 dias que antecederam a modelagem do projeto, ou seja, setembro de 2018 a janeiro de 2019. E, a par da SFC observar divergência nos valores dos indicadores utilizados, reconheceu que essas diferenças não são necessariamente incorreções e muito menos configuram ilegalidade, atribuindo-as ao tempo decorrido desde a coleta de dados feita pela SP Parcerias, ocasião da modelagem do projeto, à época da verificação da SFC, ocorrida em dezembro de 2019 e março de 2020.

Afirmou que o importante é que as premissas e as estimativas dos indicadores estão justificadas, com indicação de fontes e demonstradas por memórias de cálculos tecnicamente defensáveis, bem como apresentam caráter inevitavelmente hipotético, sendo impossível prever efetivamente o comportamento das variáveis durante o extenso prazo da Concessão agregado à ausência de histórico de contratos similares.

Portanto, se o Estudo de Viabilidade é meramente referencial e não enseja por si só direito à recomposição do reequilíbrio econômico-financeiro, não se caracteriza ilegalidade que macule o Certame.

Assim, não se vislumbrando, no âmbito das análises elaboradas pelos Órgãos técnicos deste Tribunal, qualquer ilegalidade remanescente, o Edital merece acolhimento.

No âmbito das Representações, conheço-as, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade estabelecidos pelo Regimento Interno desta Casa.

Das alegações de possíveis irregularidades trazidas na Representação do item III, TC/019102/2019, duas delas foram superadas por reformulação do Edital, uma justificada e outra considerada improcedente pelos Órgãos Técnicos.

O primeiro e o segundo apontamentos foram modificados na nova versão do Edital e referiam-se à vedação da soma de atestados nos requisitos de qualificação técnica, violando jurisprudência dos Tribunais de Contas, e à exigência da proposta comercial ser acompanhada por cartas de instituição financeira e empresa de auditoria independente que atestassem a viabilidade e a exequibilidade do plano de negócios, o que foi excluído da peça de Chamamento, para prever que a exequibilidade da proposta comercial deveria se dar pelo Município.

Assim, quanto a esses dois itens ocorreu a perda superveniente do objeto, em razão da modificação do Edital.

Quanto à alegação do Representante, no sentido de que o simples alerta de que o Licitante deveria observar o regramento imposto pelo tombamento do bem não seria suficiente, revela-se improcedente, como se viu da instrução, além de ser adequado dar-se certa liberdade de intervenção para o Concessionário. Ademais, em diversos momentos do Edital e anexos, são veiculadas medidas a serem observadas pelo Concessionário quanto ao fato dos bens serem tombados, remetendo à observância das normas e diretrizes dos órgãos de proteção ao patrimônio público, incluindo-se diversas licenças e autorizações necessárias para a execução do objeto contratual, itens 13.1, subcláusula a, 23.6 e 23.8, todos da minuta do Contrato (Anexo II do Edital).

O argumento remanescente dessa Representação, no sentido de que o Edital deveria veicular todas as intervenções que o futuro contratado poderia executar no bem, evitando demandas inesperadas e prejuízos decorrentes de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro de editais de concessão mal elaborados e a existência de orçamentos extremamente vagos, nos quais não é possível vislumbrar a metodologia utilizada pela Municipalidade para se chegar àqueles valores, apesar de terem sido lançados pelo Representante de forma genérica, o que se tem, na esteira do constatado pela Auditoria, é que a forma como as regras do Edital estão dispostas atendem à legislação e ao pretendido pela Municipalidade.

Quanto aos orçamentos, acresça-se que o previsto atende ao regime aplicável às concessões e o que é fundamental é que há no Edital mecanismos previstos pelo Poder Público para garantir que a Concessão atinja a finalidade pública pretendida, pois apresenta matriz de riscos, caderno de encargos da Concessionária, programas de intervenção em ambos os mercados, sistema de mensuração de desempenho e plano de negócios referencial aos licitantes, como já me referi anteriormente.

No que concerne à Representação identificada como item IV, TC/010826/2020, no que respeita ao argumento de que teria ocorrido suposta irregularidade na validade do atestado de viabilidade econômica apresentado pela vencedora do Certame,

posto que existiria "nítida relação de interesses entre o Consórcio vencedor e a empresa que atestou a viabilidade econômica financeira", a decisão judicial que se operou nos autos 1045705-44.2020.8.26.0053, distribuída à 10ª Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ensejou a perda superveniente do objeto.

Nesses termos, ACOLHO o Edital da Concorrência 008/SGM/2019, que tem por objeto a Concessão para restauro, reforma, manutenção e exploração do Mercado Municipal Paulistano e Mercado Kinjo Yamato no Município de São Paulo (SEI 6071.2019/0000271-3) e, conhecendo das Representações ora em julgamento, com fundamento nos pareceres de SFC e da AJCE, dou pela perda superveniente do objeto da versada no item IV, TC/010826/2020, bem como dos itens 2.1 (vedação ao somatório de atestados) e 2.2 (ilegalidade na exigência das propostas comerciais) daquela tratada como item III, TC/019102/2019, e pela improcedência do seu item 2.3. (aprovação dos órgãos de controle e fiscalização do patrimônio histórico e superficialidade dos orçamentos).

Por fim, considerando a importância do objeto destes autos para a Cidade, reitero a DETERMINAÇÃO de Acompanhamento da Execução do Contrato 001/CC/ABAST/2021, nos termos do artigo 98 do RITCMSP, conforme já referendado, à unanimidade, pelo Pleno, nos autos da Representação nº 10826/2020, peça 73.

Oficie-se à Excelentíssima Vereadora Sandra Tadeu do quanto deliberado, em atendimento ao solicitado no Ofício nº 469/2021 autuado no TC/014882/2021.

É como oriento meu voto.

Após as cautelas regimentais, arquivem-se os autos.

TCM, 06 de outubro de 2021.

ROBERTO BRAGUIM
Conselheiro Vice-Presidente

GNB/RB