TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

TC 17.951/2024

Sessão 3.338ª – 25.09.2024

RELATOR CONSELHEIRO ROBERTO BRAGUIM

Representação em face da Concorrência EC/010/2022/SGM-SEDP

Interessada: SGM / SME

Objeto: PPP. Concessão administrativa para a requalificação e conservação de Unidades Educacionais da DRE São Mateus na cidade de São Paulo.

CAUTELAR. REPRESENTAÇÃO. CONCORRÊNCIA. SGM. SME. PPP. Concessão administrativa para a requalificação e conservação de Unidades Educacionais da DRE São Mateus na cidade de São Paulo. 1. A chancela do International Finance Corporation (IFC) ao edital de projetos de infraestrutura educacional no Brasil é inédita e reafirma a solidez técnica alcançada na modelagem. 2. O edital foi revisado pelo Tribunal por dois anos. A manutenção da suspensão atrasaria a requalificação das unidades educacionais, prejudicando o interesse público. 3. A alteração das regras para a apresentação da garantia de proposta é matéria meramente formal e não impacta nas condições de participação por não modificar valores ou prazos de vigência. 4. O Sistema de Penalidades alinha condutas e previne descumprimentos, permitindo à Administração tratar com maior rigor determinadas circunstâncias. 5. As inspeções foram realizadas e as visitas técnicas foram autorizadas aos Licitantes, assim, a atribuição de riscos relacionados a vícios ocultos nas edificações, alocados à Concessionária, a partir da data de início do Contrato, não compromete o equilíbrio econômico-financeiro e nem dificulta a comparação justa das propostas. 6. A obrigação de contratação do Verificador Independente pelo Poder Concedente é legalmente respaldada. 7. Mandado de Segurança em trâmite com medida liminar indeferida. INDEFERIDO o pleito requerido. Votação unânime.

Processos TC/017951/2024 e TC/018329/2024

(3.338ª S.O.)

C E R T I F I C O

que, em sessão desta data, o Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator deu conhecimento ao Plenário da matéria constante do seguinte despacho: **"I** – Submeto aos Senhores Conselheiros os Despachos por mim prolatados em 19/09 p.p., devidamente publicados no DOC de 20/09, nos autos das Representações promovidas pelas empresas Vigent Construções Ltda. e Power – Segurança e Vigilância Ltda., em face do Edital de Concorrência nº EC 010/2022/SGM-SEDP, elaborado pela Secretaria do Governo Municipal, Secretaria Municipal de Educação e Coordenadoria de Desestatização e Parcerias, para Parceria Público-Privada – PPP, na modalidade concessão administrativa, a fim de requalificar e conservar as unidades educacionais da DRE São Mateus, pelo período de 20 (vinte) anos, no valor estimado de R$ 3.844.384.418,00 (três bilhões, oitocentos e quarenta e quatro milhões, trezentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e dezoito reais). **II** – Sustentou o primeiro Representante, a necessidade de novos estudos técnicos após alterações que foram promovidas no Edital, modificações essas resumidas a seguir que tratam no âmbito do escopo: a exclusão de praças e modificações na mobilidade pedestre; no que se refere ao prazo: redução da concessão de 25 para 20 anos; quanto às construções: a exclusão dos Núcleos de Vivência e Educação Multidisciplinar (NUVEMs); no que trata dos riscos: a transferência total de responsabilidade por vandalismo à Concessionária; quanto às garantias: pelo aumento do valor de 0,15% para 0,30%; no prazo de execução: a circunstância do cronograma dos MINICEUs terem passado de 24 para 30 meses e, por fim, quanto aos investimentos: a redução e ajustes nos valores previstos, impactando a viabilidade econômica do projeto. Adentrou em outra ordem de justificativa para requerer a suspensão do Certame, qual seja, a necessidade de retificar-se a minuta do Contrato de

Concessão (Anexo II do Edital) por conter regras desproporcionais e inadequadas, que afetam a competitividade e a execução contratual. Destaca a falta de equidade nas disposições referentes ao sistema de penalidades, compartilhamento de riscos e contratação do verificador independente. Essa crítica vem pautada, em três linhas de argumentação: (i) as multas consideram o valor total do contrato, abrangendo todas as unidades de ensino, independentemente da unidade onde ocorre a infração; (ii) os valores mínimos das multas são muito altos, resultando em penalidades desproporcionais; e (iii) há subjetividade excessiva na definição das infrações, dificultando o direito de defesa da Concessionária. Aponta, de outra parte, problemas na minuta do Contrato de Concessão, destacando redações imprecisas que podem permitir decisões arbitrárias pelo Poder Concedente. O principal foco é a aplicação de multas elevadas, que podem atingir milhões de reais, baseadas em critérios vagos, como 'tratamento discriminatório' ou 'atitude comissiva ou omissiva'. Também critica a atribuição inadequada de responsabilidade por vícios ocultos nas edificações e a contratação do Verificador Independente pelo Poder Concedente, o que pode prejudicar a imparcialidade na avaliação do desempenho da Concessionária e, por essas razões, defende a revisão dessas cláusulas para garantir a proporcionalidade das penalidades e a alocação justa de riscos. Informou, também, que ingressou com Impugnação, com as mesmas razões trazidas a este Tribunal, perante a Prefeitura no dia 11 de setembro p.p., e que no dia 12 de setembro ainda não teria obtido resposta da Prefeitura. O segundo Representante, por sua vez, restringiu-se a dois questionamentos: entendeu que a alteração legislativa referente à apresentação de garantias para licitações municipais em São Paulo, por meio da Portaria SF nº 268/2024, foi implementada sem tempo hábil para adaptação das empresas interessadas, afetando a competitividade do Certame, o que justificaria a suspensão da Sessão Pública para garantir a adequação às novas normas e a participação plena dos interessados e, ainda, que o Edital deveria ter sido republicado de acordo com a Lei Federal nº 14.133/2023. **III** – Submeti o inteiro teor da primeira Representação às Pastas envolvidas, conferindo 24 (vinte e quatro)

horas de prazo para manifestação, para posterior apreciação da medida liminar requerida pela Representante. Solicitado prazo para resposta, considerando a complexidade do tema e a necessidade de redesignação da abertura, deferi o pleito fixando no máximo de 15 (quinze) dias. **IV** – Recebida a resposta, concomitantemente à informação de que foi redesignada a abertura do Certame para o dia 20/09, passei ao enfrentamento do tema tratado nas Representações. **V** – Registrei, inicialmente, que a Concorrência em questão foi fruto de um diálogo contínuo entre a Prefeitura de São Paulo e este Tribunal desde a primeira publicação do Edital, em 17 de setembro de 2022, completando agora dois anos. Ao longo desse período, foram implementadas diversas alterações na peça de Chamamento, com o propósito de atender ao interesse público, aprimorando e corrigindo os aspectos inicialmente estabelecidos. O Edital foi suspenso naquela época, e em fevereiro de 2024, esta Corte autorizou a sua retomada. É relevante destacar, nesta oportunidade, a informação apresentada em resposta a este Tribunal, de que, neste mês, o International Finance Corporation (IFC), instituição vinculada ao Banco Mundial, após analisar o Edital e o Plano de Negócios, emitiu uma carta de intenções para financiar o projeto, validando sua viabilidade. Essa chancela, inédita para projetos de infraestrutura educacional no Brasil, reafirma a solidez técnica alcançada na modelagem do Edital. **VI** – Outro aspecto que mereceu destaque em minha decisão foi o momento em que os Representantes apresentaram suas insurgências em relação ao Edital. Veja-se, o Edital foi originalmente publicado em 17 de setembro de 2022, republicado em 03 de maio de 2024, com abertura designada para 10 de julho e posteriormente redesignada para 14 de agosto, 17 e 20 de setembro. Isso evidencia que o Edital em sua última versão era de conhecimento dos interessados no Certame há mais de quatro meses. Nesse contexto, não me pareceu razoável a indignação do Representante quanto ao fato de a Prefeitura não ter respondido à impugnação em prazo inferior a 24 horas, especialmente considerando o extenso conteúdo dos argumentos apresentados. Tal circunstância levou à interpretação de que as regras do Edital já eram de pleno conhecimento do Representante há bastante tempo,

mas ele optou por impugnar apenas às vésperas da abertura da licitação, numa tentativa de adiar o processo e rediscutir um Edital cuja análise já fora exaurida. Vale ressaltar que muitas das regras questionadas já constavam no Edital publicado em 2022 e outras no Edital de maio de 2024, com exceção da questão relacionada à Portaria 268/2024, que trata da garantia. Em outras oportunidades com as mesmas peculiaridades, já apliquei o instituto da preclusão dos argumentos, no entanto, considerando que, *in casu*, seria necessário o enfrentamento de algumas razões apresentadas e em prestígio aos princípios constitucionais, discorri sobre cada um deles. **VII** – Do ponto de vista da legalidade, não vislumbrei estarem presentes razões para o deferimento de medida liminar e a consequente suspensão do Certame, isso porque o Edital e as suas regras foram amplamente revisados pelo Tribunal ao longo desses dois anos, sendo certo que eventual suspensão poderá causar mais prejuízos ao interesse público ao atrasar as obras de requalificação das unidades educacionais, que demandam intervenção, consoante se depreende das inspeções técnicas que acompanham o Edital. O primeiro Representante alegou que a republicação do Edital em 03 de maio de 2024 trouxe alterações substanciais no escopo do contrato sem a realização de novos estudos técnicos. Contudo, essas alterações foram realizadas para atender às determinações desta Casa, não mudaram o objeto original da Concorrência e foram documentadas e atualizadas, incluindo estudos técnicos, que foram disponibilizados ao Tribunal, não se constituindo em ilegalidades. Ademais, a responsabilidade de promover estudos e análises detalhadas para formulação das propostas é dos licitantes, que devem examinar todos os requisitos e regulamentações. Anote-se que, o Edital conferiu, ainda, nos termos legais, a possibilidade de realização de visitas técnicas pelos Licitantes interessados, para melhor elaborar a proposta comercial, conforme expressamente autorizado no item 10.1 do Edital. **VIII** – Na alegação de necessidade de republicação do Edital com adequação às regras da Lei Federal nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos), não avisto ilegalidade, isso porque a referida Lei permite a continuidade nos ditames da legislação anterior (Lei nº 8.666/1993), se a opção for manifestada na fase

preparatória da Licitação, como já confirmado pela Advocacia Geral da União e pelo Tribunal de Contas da União. Ademais, o Decreto Municipal nº 62.100/22 também assegura a aplicação da Lei Federal nº 8.666/1993, pois o despacho autorizatório da Licitação data de 17 de setembro de 2022, ou seja, antes do prazo estabelecido em 29 de dezembro de 2023, tendo ocorrido a republicação do Edital em 3 de maio de 2024 para tão somente retomar o Certame, sem alteração substancial do projeto. **IX** – No que se refere à alteração das regras para a apresentação da Garantia de Proposta introduzida pela Portaria SF nº 268/2024, verifica-se que é matéria meramente formal e não impacta nas condições de participação por não modificar valores ou prazos de vigência e foram estabelecidos para garantir clareza e organização, não me parecendo argumento que afete a competitividade da Licitação. Ademais, com a nova designação de data para 20 de setembro, os licitantes tiveram 136 (cento e trinta e três) dias entre a publicação do Edital e a data da abertura para providenciar a garantia e, desde a edição da Portaria, mais de 18 (dezoito) dias para cumprir a formalidade. No mais, a resposta trazida aos autos dá notícia de que a Secretaria Municipal da Fazenda já recebera garantias de propostas, comprovando que a alteração não prejudicou a participação dos licitantes. **X** – O primeiro Representante sustentou, ainda, que o sistema de apenação não é proporcional e razoável. O Sistema de Penalidades está estruturado para alinhar as condutas e prevenir descumprimento, na esfera da discricionariedade da Administração, exigir e até mesmo tratar com maior rigor determinadas circunstâncias, notadamente diante do objeto da Parceria, que revela, por si só, o grau de responsabilidade que ele demanda, qual seja, estrutura escolar. Ademais, no caso de descumprimento contratual, o eventual Contratado terá assegurado o direito à ampla defesa, não se revelando motivo para suspensão do Certame. **XI** – O primeiro Representante argumentou que a atribuição de riscos relacionados a vícios ocultos nas edificações, alocados à Concessionária a partir da data de início do Contrato, pode comprometer o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato e dificultar a comparação justa das propostas. No entanto, as inspeções foram realizadas e as visitas técnicas

estão autorizadas aos Licitantes, pelo que não está justificada também nesse aspecto a fumaça do bom direito para ensejar o deferimento da medida liminar. **XII** – Outro ponto questionado é que a contratação do Verificador Independente no Contrato de Concessão poderia resultar em avaliações de desempenho arbitrárias e gerar incerteza jurídica. Contudo, não assiste razão ao Representante porque a obrigação de contratação do Verificador Independente pelo Poder Concedente está respaldada legalmente, e não há incerteza jurídica quanto à aferição de desempenho. A sistemática contratual prevê mecanismos para garantir a imparcialidade e a eficiência do Verificador Independente, com possibilidade de nova contratação em caso de descumprimento ou falta de imparcialidade. **XIII** – Desta feita, considerando os esclarecimentos trazidos pela Pasta na primeira Representação que abrange os argumentos da segunda Representação, as razões acima deduzidas, não vislumbrei fumaça do bom direito para DETERMINAR a Suspensão 'Ad Cautelam' da referida Concorrência nº EC 010/2022/SGM-SEDP. **XIV** – Assim, na condição de Relator da matéria, e diante da necessidade de observância dos valores axiológicos postos pela Constituição Federal de 1988, notadamente os princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, especialmente diante do tempo transcorrido de conhecimento do Edital pelos interessados, entendi não haver razões suficientes para processar as medidas liminares requeridas, pelo que com base nos argumentos acima expostos, **INDEFERI** os pleitos requeridos. **XV** – O princípio da segurança jurídica na situação posta incide sob o ângulo das expectativas da Administração no prosseguimento dos Certames por ela levados a efeito, mas também em relação ao próprio atendimento do interesse público envolvido na Licitação que se analisa. **XVI** – Anoto, por fim, que o primeiro Representante impetrou Mandado de Segurança no dia 18 de setembro p.p. e está tramitando perante a 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital da Comarca de São Paulo sob o nº 1069561-95.2024.8.26.0053, com medida liminar indeferida, sob o seguinte fundamento: 'não verifico, de modo concreto, qual teria sido o prejuízo a ela produzido com a referida alteração do Edital, sem reabertura de prazo para apresentação de propostas, convindo dizer que o § 4º, do art. 21, da Lei

Federal nº 8.666/1993 dispensa a reabertura do prazo quando a alteração não afetar a formulação das propostas. Caso a licitante vencedora tenha sido beneficiada pela alteração editalícia, aí será possível, concretamente, verificar eventual direcionamento da licitação. Sobre a possibilidade de haver desistências de licitantes que teriam participado caso soubessem da nova forma de garantia, a Impetrante não tem legitimidade para promover o interesse de terceiros. Ademais, conforme mencionado na inicial, a licitação passou pelo crivo do Tribunal de Contas do Município, que, inclusive, já havia determinado a suspensão do procedimento para que fossem sanadas irregularidades indicadas pela TCM, o que, em tese, ocorreu. Quanto à alegação de nulidade da decisão que rejeitou a impugnação apresentada pela Impetrante aos termos do Edital e da lei aplicável, a considerar a presunção de legalidade do ato administrativo, convém que seja dada oportunidade para manifestação da autoridade, não transparecendo, neste exame inicial, evidente ilegalidade no ato. De fato, ao que parece, a fase preparatória do certame é anterior à Lei Federal nº 14.133/2021 e a mera aceitação de forma de garantia prevista na nova lei não modifica, em essência, o procedimento. Não vislumbro, assim, plausibilidade das alegações suficientes a ensejar a paralisação do procedimento licitatório, o que, aliás, poderia causar prejuízos ao erário e aos demais participantes.' **XVII** – A licitação foi processada no dia 20 de setembro com a participação de 04 (quatro) consórcios e já foi divulgada a classificação das propostas comerciais, estando em fase recursal. **XVIII** – Ante a importância da matéria envolvida, o significativo valor de que se cuida e a consideração aos meus pares e a este Tribunal, submeto a decisão para conhecimento e referendo do Pleno."

Certifico, afinal, que o Plenário, à unanimidade, referendou as medidas determinadas pelo Conselheiro ROBERTO BRAGUIM – Relator.

25 – setembro – 2024

Ramon Dumont Ramos – Subsecretário Geral Substituto

/smv

Assinado digitalmente por RAMON DUMONT RAMOS
Data: 25/09/2024 13:19:26 -03:00
Signature powered by e-TCM
Tribunal de Contas do Município de São Paulo