

Ref.: Edital – Acompanhamento – Concorrência nº 001/2020/SGM-SMT – Parceria Público-Privada (PPP) na modalidade de concessão administrativa para administração, manutenção, conservação, exploração comercial e requalificação dos terminais de ônibus vinculados ao Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Cidade de São Paulo. Valor estimado: R\$ 5.227.200.000,00 (item 5 do Edital) – prazo 30 anos. (SEI nº 6071.2019/0000360-4).

À
UNIDADE TÉCNICA DE OFÍCIOS

I. No Acompanhamento do Edital da **Concorrência nº 001/2020/SGM-SMT –** Parceria Público-Privada (PPP) na modalidade de concessão administrativa para *administração, manutenção, conservação, exploração comercial e requalificação dos terminais de ônibus vinculados ao Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Cidade de São Paulo, no valor estimado de R\$ 5.227.200.000,00 (item 5 do Edital), pelo prazo 30 anos*, a Subsecretaria de Fiscalização e Controle, por seus Agentes de Fiscalização encarregados da análise do instrumento convocatório —subscrito por Flávio de Nobrega, Adriano Pinheiro B. de Menezes, Pedro Paulo A. Aquino, Guilherme C. Monticelli, Tarcila de Arruda Miranda, Fernanda C. Belchior Gonçalo, Carlos Alberto Martinelli, supervisor, e Ari de Soeiro Rocha, coordenador—, apontou que remanesceram, após efetivado o devido processo administrativo com exercício da ampla defesa e do contraditório, **54** infringências/impropriedades e **4** recomendações das **84** inicialmente observadas, as quais acabam por comprometer a regularidade do certame, destacando-se, dentre elas:

1. As regras de julgamento previstas no edital não garantem que seja vencedora a proposta que apresentar o menor valor de contraprestação para cada lote.

Pela sistemática definida pelo edital, poderá não prevalecer o critério legal de “menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública” para cada lote.

As regras buscam evitar que os três lotes sejam adjudicados ao mesmo licitante, porém sendo único o proponente, as diretrizes do CMDP serão desconsideradas, podendo o licitante assumir a integralidade dos lotes.

Essa modulação conferida à situação de único proponente descaracteriza o critério de julgamento, tal como previsto na lei, e ainda não garante a justificativa apresentada como fundamento da adaptação: “*de não restringir a um único agente do cumprimento das obrigações relativas a investimentos e prestação de serviços em um objeto tão extenso quanto o de 31 terminais e por fornecer à Municipalidade a possibilidade de comparabilidade dos níveis de qualidade de operação pelas diferentes Concessionárias*”.

Daí a conclusão de que a norma de julgamento não corresponde ao que prevê o art. 12, II ‘a’ da LF 11.079/04, vez que não garante que seja vencedora a proposta que apresentar o menor valor de contraprestação para cada lote.

2. A questão fundiária está deficiente no edital, repercutindo na própria especificação e delimitação do objeto concedido e com reflexos imediatos sobre a formulação das propostas pelos licitantes.

Essa preocupação foi externada pelo TCM em mais de uma oportunidade. Nas duas reuniões técnicas realizadas até então entre a Origem e o TCM foram feitas perguntas acerca dos critérios a serem usados nos processos de licenciamento. Até o momento o assunto persiste sem definição, com risco iminente de que tais deficiências editalícias sejam precificadas pelos licitantes.

À Prefeitura impende regularizar a situação fundiária de todos os terminais que serão incluídos no escopo dessa concessão, evitando que os riscos pelas incertezas ligadas à questão fundiária e aos critérios de licenciamento sejam incluídos aos valores ofertados pelas licitantes, e mitigando as chances de ocorrerem embargos jurídicos que prejudiquem o andamento dos contratos celebrados.

3. As receitas acessórias podem ser superiores às receitas oriundas da atividade principal (contraprestação mensal), desta forma haveria uma descaracterização do objeto da concessão, sendo que a finalidade principal, neste caso, torna-se-ia a exploração econômica de empreendimentos associados, sejam eles obrigatórios ou não, enquanto o objeto que guarda relação com o sistema de transporte passa a ter caráter secundário, em infringência ao art. 5º da LF 8.987/95.

4. A possibilidade de redução sucessiva da garantia de execução do contrato, nos termos da cláusula 44, tornará seu valor insuficiente para garantir até mesmo a devolução dos bens vinculados à concessão em conformidade com as exigências estabelecidas no contrato, em infringência ao art. 5º, VIII da LF 11.079/04.

II. As infringências e impropriedades remanescentes apontadas encontram-se no *Relatório Conclusivo de Acompanhamento de Edital*, que pode ser consultado em sua íntegra no e-TC 013.707/2019 (Peça 92). Em síntese, são elas:

1. O plano de negócios de referência é inadequado, por possuir as seguintes incongruências/impropriedades que impedem sua utilização no certame: distorção decorrente do emprego de WACC superestimado através de parâmetros fora da referência de mercado; ausência de justificativa da alocação de receitas e ausência de planilhas orçamentárias detalhadas de investimentos e de custos dos serviços a serem realizados;

2. Dada a abrangência conferida ao escopo da contratação proposta, em que há a conjugação de elementos de concessão de serviços e de concessão de uso, a adequação do modelo de concessão administrativa ao caso concreto não se revela precisa,

3. As alterações promovidas na LM 16.211/15 não seriam válidas, em razão do vício na edição da LM 17.258/20, caso reconhecida a inconstitucionalidade do diploma no caso concreto;

4. Não foram atendidas as diretrizes a serem observadas nas contratações de parcerias público-privadas, que incluem a impossibilidade de delegação das funções típicas de Estado e a transparência dos procedimentos e das decisões;
5. A justificativa pela opção pela concessão dos serviços é insuficiente, em razão da fragilidade das razões expostas na instrução do processo, bem como da ausência de estudos técnicos que subsidiem a opção pela delegação do serviço, conjugada à implantação de empreendimentos associados, mediante concessão administrativa;
6. O critério de julgamento adotado no Edital não está suficientemente justificado;
7. O procedimento de análise da viabilidade da proposta comercial por instituição financeira, prevista no subitem 13.9 'a', não possui respaldo legal;
8. Não se verificam maneiras pelas quais o Poder Público possa verificar a viabilidade técnica e econômica das propostas apresentadas pelos licitantes, ficando o julgamento das propostas restrito somente ao exame do menor valor da contraprestação mensal;
9. As disposições do edital devem ser readequadas para atendimento das premissas definidas pelo CMDP, de vedação à concentração de mercado em observância ao princípio da livre concorrência prevista no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal;
10. Não foi comprovada a publicação do Edital em idioma estrangeiro, nem sua divulgação no exterior, tendo em vista a possibilidade de participação isolada no certame de empresas estrangeiras;
11. A justificativa para a admissibilidade de consórcio nos termos propostos pelo edital é insuficiente, em infringência ao art. 33 da LF 8.666/93, bem como ao caráter competitivo do certame, o que é vedado pelo inciso I do parágrafo 1º do art. 3º da LF 8.666/93;
12. A redução do capital social da SPE, na forma prevista no item 8.2.3 da Cláusula 8ª da Minuta do Contrato, infringe o art. 55, XIII, da LF 8.666/93, pois não será mantida durante toda a execução contratual as condições de qualificação econômico-financeira exigidas na licitação;
13. A Audiência Pública foi realizada durante o período de realização da Consulta Pública;
14. A ausência de elementos do PNR impede a avaliação da adequação do prazo de 30 anos para a presente concessão;
15. Ausência de elementos do projeto básico que permitam a plena caracterização das obras previstas;
16. O objeto relativo à administração, operação, manutenção e conservação dos Terminais, estações do Expresso Tiradentes e Pontos de Parada não está perfeitamente delimitado, de forma que o edital está em desacordo com artigo 18, inciso I, da LF 8.987/95;
17. Os critérios adotados pela SGM para a divisão do objeto contratual em apenas três lotes, bem como para a distribuição dos terminais entre os lotes segundo apenas a proximidade geográfica, estão injustificados por não observarem o disposto no art. 29, XI da LF nº 8.987/95;
18. A elaboração de PIUs é imprescindível para todos os terminais a serem concedidos e que se enquadrem como vetores das transformações urbanísticas arquitetadas pelo Poder Concedente, em observância ao art. 134 do PDE;
19. Reputa-se indevida a obrigação de construção de áreas mínimas de empreendimentos desvinculados de políticas e usos públicos determinados, assim como indevida a não identificação de todos os terminais que poderão receber tais empreendimentos e seus usos específicos, em desatendimento ao art. 225, §2º do PDE;
20. Há infringência ao Plano Diretor Estratégico no que tange à admissibilidade de

construção de empreendimentos associados para fins residenciais sobre os terminais de ônibus, dado que tais equipamentos devem se destinar a outros tipos de usos conforme disposto pelo referido diploma legal;

21. O edital deve contemplar em seu Memorial Descritivo levantamentos junto aos órgãos ambientais e licenciadores competentes para identificar o nível de contaminação e salubridade dos terrenos dos terminais que permitiriam ou não a instalação de empreendimentos habitacionais nesses locais;

22. As previsões expostas na cláusula 21^a sobre o licenciamento ambiental devem ser revistas para sanar a infringência ao art. 10, VII da LF n° 17.079 e reduzir riscos de que as concessionárias apresentem projetos inviáveis sob a ótica ambiental que atrasem o cumprimento dos cronogramas previstos nos contratos firmados;

23. A exigência de que as unidades habitacionais tenham área máxima de 50m² deve ser justificada, dados os reflexos no equilíbrio econômico-financeiro da PPP;

24. A fim de reduzir os riscos inerentes à aprovação de projetos em terminais localizados dentro de envoltórias de imóveis tombados pelo município, entendemos necessária a definição dos parâmetros a serem adotados pelo CONPRES e, se possível, pelo CONDEPHAAT, evitando a transferência desses riscos para o valor das propostas ou até mesmo a frustração de algum empreendimento;

25. Cumpre à Prefeitura regularizar a situação fundiária de todos os terminais que serão incluídos no escopo dessa concessão, evitando que os riscos pelas incertezas ligadas à questão fundiária e aos critérios de licenciamento sejam incluídos aos valores ofertados pelas licitantes, e mitigando as chances de ocorrerem embargos jurídicos que prejudiquem o andamento dos contratos celebrados;

26. Cumpre à SGM aperfeiçoar a instrução processual e a redação do edital para elucidar suas expectativas quanto à permissão de construir vagas de garagem para as habitações previstas nos empreendimentos associados dos terminais de ônibus;

27. A contraprestação financeira pela outorga onerosa do potencial construtivo adicional deve compor a parcela de investimentos a serem amortizados no plano de negócios, respeitadas as previsões consignadas no PDE acerca dos fatores de interesse social e de planejamento definidos nos Quadros 5 e 6 do referido PDE;

28. A cláusula 22^a da Minuta de Contrato infringe os artigos 115 e 117 do PDE e sua manutenção poderá causar prejuízos à Municipalidade na medida em que não serão arrecadados os devidos recursos correspondentes à contrapartida financeira pelo potencial construtivo adicional dos terminais ao Fundo Municipal de Desenvolvimento Urbano; bem como infringe o art. 96, IX da LM n° 16.402/16;

29. O instrumento convocatório carece de definições para a permissão de uso das vias adjacentes dos terminais durante as obras a serem executadas pela concessionária, de sorte a se evitar incertezas, transtornos e prejuízos a moradores e comerciantes locais;

30. Deve ser justificada a não adoção do retorno do título do tesouro americano de 10 anos como a taxa livre de risco do projeto, indicada no documento de metodologia do WACC elaborado pelo Ministério da Fazenda em 2018

31. A utilização da variável “desconto por liquidez” no cálculo do WACC deve ser justificada, tendo em vista não ser usualmente utilizada em outras modelagens;

32. Há inconsistências em relação ao custo de capital de terceiros no Plano de Negócios de Referência, por não adotar taxa praticada usualmente em projetos de PPP;

33. O cálculo do WACC deve ser refeito, corrigindo-se as inconsistências destacadas em relação ao custo de capital de terceiros, taxa livre de risco e desconto por liquidez, considerando que tal adequação pode ensejar a diminuição do valor da contraprestação,

pagamento de outorga ou redução do prazo da concessão;

34. Há distorção nos valores estimados dos contratos, pois além dos valores de contraprestação deveriam considerar as receitas acessórias, havendo reflexo nos valores de garantia de execução contratual, garantia da proposta, entre outros;

35. Não há qualquer razão para estabelecer nota máxima para o fator de desempenho por até 30 meses;

36. Considerando que as receitas acessórias podem ser superiores às receitas oriundas da atividade principal (contraprestação mensal), haveria uma descaracterização do objeto da concessão, sendo que a finalidade principal, neste caso, torna-se a exploração econômica de empreendimentos associados, sejam eles obrigatórios ou não, enquanto o objeto que guarda relação com o sistema de transporte passa a ter caráter secundário.

37. Não há qualquer justificativa para os valores das alíquotas adotadas para compartilhamento de receitas acessórias não residenciais, nem para a ausência de compartilhamento de receitas acessórias residenciais, uma vez que há grandes áreas passíveis de exploração sem qualquer contrapartida revertida ao poder concedente, em infringência ao art. 5º IX da LF 11.079/04;

38. Não há justificativa para o montante de investimentos realizados em requalificação, tendo em vista que não foram apresentados os elementos complementares ao estudo do agente autorizado no PMI para elaboração da composição dos custos para os 31 terminais, estações do Expresso Tiradentes e paradas;

39. Não constou no Edital de Licitação o orçamento detalhado, acompanhado da composição de custos dos serviços e obras e suas respectivas quantidades, inviabilizando a análise em relação aos preços e quantitativos considerados, em infringência ao art. 23, parágrafo único, inciso I da LF 8.987/95. (NR);

40. Os custos e despesas do Plano de Negócios não estão propriamente avaliados, tampouco foram apresentados de forma detalhada no SEI, comprometendo sua adoção para efeito dos cálculos incluídos no plano de negócios;

41. O edital não adotou critérios objetivos para avaliação da saúde econômico-financeira das licitantes, por não exigir a apresentação de demonstrativos contábeis, e não definir índices contábeis para avaliar objetivamente tais demonstrativos, em consonância com as prerrogativas conferidas ao Poder Público no art. 31 da LF 8.666/93;

42. A exigência de que o atestado comprove o volume de passageiros em um único dia infringe o art. 30, §5º da LF 8.666/93;

43. O item 14.5.3 do Edital estabelece o que será considerado como experiência/gestão ou controle operacional de equipamentos de embarque e desembarque de pessoas de quaisquer modais de transporte. Entretanto, ao utilizar a expressão “concomitante” estabelece uma condição restritiva;

44. A alternativa na apresentação dos atestados de capacidade técnica estabelecida no item 14.5.1. “b” não encontra respaldo legal, pois equipara experiências técnico-operacionais distintas, em infringência ao artigo 30, inciso II, da LF 8.666/93;

45. As áreas mínimas exigidas nos atestados exigidos para qualificação técnica infringem o art. 30, §5º, da LF 8.666/93 (NR);

46. Não se admite a declaração da própria empresa prestadora do serviço como documento hábil para comprovação da capacidade técnica-operacional, havendo infringência ao art. 30, §1º, da LF 8.666/93;

47. Os atestados de qualificação técnica devem ser aqueles emitidos em nome da licitante e não em nome da controlada, controladora ou entidade sujeita ao mesmo controle;

48. No caso de empregados vinculados à concessionária, o Poder Concedente deve exigir informações enviadas à Receita Federal, por meio do sistema eSocial – Escrituração Digital das Obrigações Fiscais, Previdenciárias e Trabalhistas, ao invés de uma relação elaborada pela concessionária, procedimento que irá fornecer maior segurança para os objetivos pretendidos pela Administração, além de possibilitar efetivo conhecimento quanto ao custo de pessoal;

49. O mecanismo de adjudicação dos lotes previsto no subitem 16.5 não corresponde ao que prevê o art. 12, II 'a' da LF 11.079/04, vez que não garante que seja vencedora a proposta que apresentar o menor valor de contraprestação para cada lote;

50. Considera-se injustificada a admissibilidade de subcontratação do objeto principal. Ademais, não são definidos os limites em que será permitida a subcontratação;

51. A possibilidade de redução sucessiva da garantia de execução do contrato, nos termos da cláusula 44, tornará seu valor insuficiente para garantir até mesmo a devolução dos bens vinculados à concessão em conformidade com as exigências estabelecidas no contrato, em infringência ao art. 5º, VIII da LF 11.079/04;

52. Recomenda-se que a Administração avalie a conveniência, oportunidade e vantajosidade da previsão do Comitê de Prevenção e Solução de Disputas no presente contrato, dada a natureza de suas decisões (revisora), o caráter transitório na vigência do contrato, a ausência de regulamentação da LM 16.873/2018, e, em especial, os custos para sua implantação e manutenção. (NR);

53. O poder concedente deve exigir o plano de negócios como condição de exequibilidade das propostas a fim de mitigar a assimetria de informação entre as partes, de forma que eventuais pleitos de reequilíbrio econômico-financeiros seguirão as condições previstas no contrato;

54. Reputa-se não atendido o art. 18, inciso X, da LF 8.987/95, e o inciso X do §4º do art. 9º da LM 16.703/17, em razão da imprecisão na indicação dos bens reversíveis, e da ausência de detalhamento dos custos considerados no Plano de Negócios.

Recomendações:

55. Recomenda-se a definição de prazos e outros condicionantes para a execução das obras do empreendimento associado, caso essas não sejam concluídas juntamente com as dos terminais, vez que podem prejudicar a operação dos terminais e a utilização de espaços públicos adjacentes;

56. Recomenda-se que a SMDP refaça os cálculos do custo de capital de terceiros, a partir de fontes de financiamento que melhor reflitam a estrutura dos projetos de PPP e com base em médias históricas de no máximo 12 meses;

57. Recomenda-se a repartição dos riscos dos empreendimentos associados, remodelando a forma de equilíbrio econômico-financeiro da concessão quando houver a necessidade de novos investimentos em empreendimentos associados, em especial os não obrigatórios;

58. Recomenda-se que seja acrescentada à redação dos subitens 11.2-ss e 34.12 da minuta do contrato a obrigatoriedade de publicação das demonstrações da concessionária em cumprimento ao inciso XIV, art. 23, da LF 8.987/95 e ao inciso IX, § 4º, da LM 16.703/17;

Por fim, conforme destacado no item 3.2 deste Relatório Conclusivo, impende questionar a abrangência e aplicação que será dada no âmbito de eventual contratação a ser firmada em decorrência deste certame, ao disposto no art. 6º-A da LM 16.211/15, incluído pela LM 17.258/20. Nesse sentido, questiona-se se o escopo da contratação irá

abarcam a possibilidade de cessão da superfície superior ou inferior das construções, a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo, conforme prevê o art. 1.510-A do Código Civil (Lei 10.406/02). Ressalte-se que a análise empreendida pela equipe não considerou tal possibilidade, dada a ausência de disposições específicas no edital, de forma que entendimento diverso importará na necessária reanálise do instrumento convocatório, por alterar premissas fundamentais das verificações empreendidas.

III. A Assessoria Jurídica de Controle Externo deste Tribunal também se pronunciou pela impossibilidade de prosseguimento do certame, consoante manifestações anexadas às Peças 95 e 96.

IV. Isto posto, com fundamento nas conclusões alcançadas pela Subsecretaria de Fiscalização e Controle e pela Assessoria Jurídica de Controle Externo, e considerando a proximidade da data de abertura do certame, designada para o dia 16.04.2020, a partir das 15h, **DETERMINO**, “*ad cautelam*”, a **SUSPENSÃO** “*sine die*” da **Concorrência nº 001/2020/SGM-SMT – Parceria Público-Privada (PPP) na modalidade de concessão administrativa para administração, manutenção, conservação, exploração comercial e requalificação dos terminais de ônibus vinculados ao Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Cidade de São Paulo, da Secretaria Municipal de Transporte e Mobilidade Urbana**, até que o Edital seja adequado às normas incidentes sobre a matéria e nele ainda não observadas.

V. Oficiem-se às Pastas, na pessoa de seus Titulares, e intime-se a Comissão Licitante, para cumprimento deste despacho e oferecimento, caso queiram, de novos esclarecimentos e justificativas sobre os apontamentos de irregularidades que remanesceram, constantes do Relatório Conclusivo de Acompanhamento de Edital, da Subsecretaria de Fiscalização e Controle, ficando, desde já, autorizada vista dos autos e extração de cópias.

VI. Observo que tramita neste Tribunal Representação apresentada pelo Eminentíssimo Edil Alfredo Alves Cavalcante, em face dessa concorrência, autuada no **TC 3125/2020**, cujos relatórios já foram encaminhados à Origem.

VII. O ofício e a intimação deverão seguir acompanhados de cópias do Relatório Conclusivo de Acompanhamento de Edital e dos Pareceres da Assessoria Jurídica de Controle Externo (Peças 92, 93, 95 e 96) e deste despacho.

VIII. Dê-se ciência deste despacho ao representante, em razão de seu pedido de suspensão da licitação e, por cópia, junte-se ao TC 3125/2020, prosseguindo.

IX. Publique-se.

DOMINGOS DISSEI
Conselheiro TCMSP