Conselheira Substituta Silvia Monteiro
Tribunal Pleno – **SEÇÃO ESTADUAL**
Sessão: **17/3/2021**
Exame Prévio de Edital – Julgamento

**Processo:** TC-005738.989.21-9
**Representante:** Alexandra Cristina Fabichak Bertoldi
**Representada:** Secretaria dos Transportes Metropolitanos
**Responsável:** Alexandre Baldy, Secretário dos Transportes Metropolitanos
**Assunto:** Edital da Concorrência Internacional nº 1/2020, do tipo maior oferta da outorga fixa a ser paga pela concessionária, cujo objeto é a concessão da prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 - Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo, compreendendo operação, manutenção, conservação, melhorias, requalificação, adequação, modernização e expansão, pelo prazo de vigência de 30 (trinta) anos.
**Valor Total Estimado:** R$ 3.356.000.000,00.
**Advogados cadastrados no e-TCESP:** Alexandra Cristina Esteves Fabichak (OAB/SP 234.922).

**EMENTA: EXAME PRÉVIO DE EDITAL. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL. CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS SOBRE TRILHOS. LINHAS 8 E 9 DA CPTM. RESPOSTAS A PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO. PRAZO FIXADO. MODELAGEM ECONÔMICO-FINANCEIRA. INVESTIMENTOS EM BENS DE CAPITAL (CAPEX). ISENÇÃO DE ICMS NA COMPRA DE MATERIAL RODANTE. HIPÓTESE DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. PROJEÇÃO DE DESPESAS OPERACIONAIS (OPEX). CUSTOS MÉDIOS MENSAIS. SISTEMAS DE SUPERVISÃO, AUTOMAÇÃO E CONTROLE OPERACIONAL. INTERVENÇÃO EM VIA PERMANENTE. SENSIBILIDADE A REAJUSTES DE TARIFA PÚBLICA. TARIFA TÉCNICA DE REMINERAÇÃO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. PLEITO DE MAIOR RESTRITIVIDADE. HIPÓTESE DE MULTA. PLEITO DE AGRAVAMENTO DA SANÇÃO. COMANDO CONSTITUCIONAL PELA OBSERVÂNCIA DO INDISPENSÁVEL. MINUTA DO CONTRATO. CLÁUSULAS IMPUGNADAS. CONCLUSÃO DO PROCEBIMENTO DE REEQUILÍBRIO ECONOMICO-FINANCEIRO. INTERVENÇÃO. ATUALIZAÇÕES TECNOLÓGICAS. BENS REVERSÍVEIS. FIM DA VIDA ÚTIL. CONTAGEM DE PRAZOS. EVENTOS GERADORES DE ALTA DEMANDA. NÃO PROCEDENTE.**

Relatório

Trata-se de representação intentada por **Alexandra Cristina Esteves Fabichak Bertoldi** contra o edital da **Concorrência Internacional nº 1/2020** da **Secretaria dos Transportes Metropolitanos**, do tipo maior oferta da outorga fixa a ser paga pela concessionária, cujo objeto é a concessão da prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros, sobre trilhos, das Linhas 8 – Diamante e 9 - Esmeralda da rede de trens metropolitanos da Região Metropolitana de São Paulo, compreendendo operação, manutenção, conservação, melhorias, requalificação, adequação, modernização e expansão, pelo prazo de vigência de 30 (trinta) anos e baseado no valor estimado total de R$ 3.356.000.000,00 com data base de 1º/9/2020, correspondente ao somatório dos investimentos estimados a cargo da futura concessionária, adicionando o valor da outorga fixa mínima.

Em apertada síntese, insurge-se a Representante contra o seguinte (vide ev. 1):

**(a)** é exíguo o prazo de 5 (cinco) dias entre a data das respostas aos pedidos de esclarecimento e a da sessão pública do certame – item 4.1, ii[1] -;

**(b)** há inconsistências na modelagem econômico-financeira que levam a estimativas subestimadas sobre os custos de aquisição de 34 novos trens e a respeito das despesas operacionais, o que coloca em dúvida a viabilidade econômica;

**(c)** existência de uma prova de qualificação técnica fixada para depois de encerrada a fase de habilitação, em até 7 (sete) dias úteis anteriores

[1] "**4.1** [...] **(ii)** as respostas aos questionamentos serão transmitidas por mensagem eletrônica, em até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a SESSÃO PÚBLICA de abertura do certame, e divulgadas a todos os interessados no sítio eletrônico da STM (www.stm.sp.gov.br), sem identificação do responsável pela solicitação de esclarecimentos;".

à assinatura do contrato, a ser exibida pela adjudicatária ou por operador subcontratado – item 15.5, v[2] -;

**(d)** falta de eficácia à penalidade fixada pelo Anexo V ao eventual descumprimento da obrigação de adquirir 34 (trinta e quatro) novos trens;

**(e)** a prova de qualificação técnica do item 12.24.3[3] recai sobre investimento mínimo que pode estar ainda em cronograma de implantação, ao invés de requisitar somente os investimentos integralmente concluídos;

**(f)** há insegurança jurídica a respeito da desoneração do ICMS incorporada à composição dos custos com material rodante e peças de manutenção, por não estar claro qual seria o procedimento de reequilíbrio a ser adotado na hipótese de não ser obtida essa isenção de ICMS;

**(g)** não há clareza quanto ao prazo previsto para a conclusão dos procedimentos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

**(h)** há desconformidades nas cláusulas ligadas ao período de intervenção na concessão;

---

[2] "**15.5** Previamente à assinatura do CONTRATO, nos prazos indicados, a ADJUDICATÁRIA deverá: [...] **(v)** em até 07 (sete) dias úteis anteriores à assinatura comprovar, perante o PODER CONCEDENTE, experiência na operação de sistema de transporte público de passageiros urbano ou metropolitano com tecnologia de metrô leve (monotrilho, VLT), de metrô ou ferroviária, por no mínimo 12 (doze) meses consecutivos, com pelo menos 300.000 (trezentos mil) entradas de passageiros, em média por dia útil, pela ADJUDICATÁRIA ou por OPERADOR SUBCONTRATADO, observadas, neste último caso, as condições previstas na minuta do CONTRATO, admitindo-se, em qualquer das hipóteses, a soma de atestados para a comprovação do quantitativo de entrada de passageiros exigido, desde que pelo menos um dos atestados apresente 50% (cinquenta por cento) do quantitativo exigido, e que todos observem o período mínimo de 12 (doze) meses consecutivos de experiência. Para a comprovação aqui exigida, serão aplicáveis, para a ADJUDICATÁRIA ou para o OPERADOR SUBCONTRATADO, os mesmos termos e condições previstas nos itens 12.25 a 12.32;".

[3] "**12.24** Para fins de demonstração da sua QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, a LICITANTE individual ou o CONSÓRCIO deverá comprovar aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da LICITAÇÃO, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, em nome da LICITANTE, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, ou por órgão de regulação e/ou de fiscalização, comprovando experiência prévia, ao longo de no mínimo 12 (doze) meses, como responsável pela gestão/administração de ativo de infraestrutura, de valor mínimo de investimento de R$ 650.000.000,00 (seiscentos e cinquenta milhões de reais), que tenha gerado receita operacional anual de, no mínimo, R$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) [...] **12.24.3** Para fins do disposto nos itens 12.24 e 12.24.1., acima, não é necessário que o valor mínimo de investimento em ativo de infraestrutura, considerando o respectivo cronograma de realização, tenha sido integralmente concluído na data marcada para a apresentação das PROPOSTAS, bastando a comprovação de que o empreendimento possui previsão de investimento mínimo em tal montante".

**(i)** o item 16.4[4] da minuta do contrato demanda a incorporação de atualizações tecnológicas quando estiverem elas disponibilizadas pelos fabricantes, entretanto, é inviável a incorporação dos custos correspondentes;

**(j)** no que se refere às cláusulas que tratam dos bens reversíveis, não há definição do que deve ser entendido como o fim da vida útil dos bens da concessão[5];

**(k)** não há um adequado detalhamento nas disposições que tratam do procedimento de arbitragem;

**(l)** as condições dadas pelo item 50.13.2[6] da minuta do contrato ao início da contagem dos prazos viola postulados do contraditório e da ampla defesa;

**(m)** as disposições que tratam dos sistemas supervisores, de automação e de controle operacional estão a impedir aquisição das melhores soluções existentes no mercado;

**(n)** o item 2.13, vi, do Anexo II.A prevê investimentos com adequações na via permanente da Estação Osasco, porém, não há informações suficientes a respeito do vulto e das características dessas intervenções;

---

[4] "**16** CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – MECANISMOS PARA PRESERVAÇÃO DA ATUALIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E INCORPORAÇÃO DE NOVAS TECNOLOGIAS [...] **16.4** Estão compreendidas no conceito de obrigação de atualidade tecnológica as situações nas quais a CONCESSIONÁRIA, observado o disposto na Cláusula 16.3, com a finalidade de atender aos INDICADORES DE DESEMPENHO e as demais exigências estabelecidas no CONTRATO e seus ANEXOS, realizar atualizações e melhorias dos BENS INTEGRANTES da CONCESSÃO quando disponibilizadas pelos respectivos fabricantes".

[5] "**9.7** Ao final da vida útil dos BENS REVERSÍVEIS, a CONCESSIONÁRIA deverá proceder à sua imediata substituição por bens novos e semelhantes, de qualidade igual ou superior, observadas as obrigações de continuidade da prestação dos serviços objeto deste CONTRATO e, especialmente, a obrigatória atualização tecnológica e o atendimento aos INDICADORES DE DESEMPENHO, observadas as disposições contratuais pertinentes".

[6] "**50.13** Não acolhidas as razões apresentadas pela CONCESSIONÁRIA, ou transcorrido o prazo legal sem apresentação de defesa, e concluindo-se pela ocorrência de infração contratual, será aplicada a sanção cabível, intimando-se a CONCESSIONÁRIA. **50.13.1** A intimação sobre a aplicação de penalidades será realizada por meio de notificação escrita, mediante recibo ou enviada eletronicamente. **50.13.2** A CONCESSIONÁRIA deverá manter atualizado junto ao PODER CONCEDENTE o endereço eletrônico pelo qual receberá quaisquer citações, notificações, intimações ou comunicações relativas ao presente CONTRATO, adotando-se como termo inicial para a contagem de prazos o dia útil imediatamente subsequente ao envio da comunicação eletrônica".

**(o)** a alínea "c"[7] do item 31.1 da minuta do contrato dispõe que horários especiais devem ser estabelecidos para atender a eventos geradores de alta demanda, quando expressamente solicitados pelo Poder Concedente, porém, não há informações suficientes sobre os parâmetros operacionais a serem observados nessas condições;

**(p)** o item 10.1[8] da minuta do contrato prevê a existência dos planos de operação e manutenção, de investimentos e de gestão e mobilização de ativos, com a fixação dos prazos de 90 dias para elaboração e de 30 dias para manifestação do Poder Concedente, entretanto, estão fixados insuficientes 10 (dez) dias para retificações necessárias;

**(q)** não há informações suficientes à forma de reação/sensibilidade dos usuários a aumentos ou diminuições no valor da tarifa pública.

Nesses termos, requereu a suspensão cautelar do certame e a retificação do ato convocatório.

O aviso de edital foi publicado em 30/11/2020. A sessão pública estava designada para 2/3/2021. A representação foi apresentada em 26/2/2021. Há registro de impugnação administrativa da Representante nos termos do § 1º do art. 41 da Lei 8.666/93.

---

[7] "**31.1** Constituem os principais direitos e obrigações da CONCESSIONÁRIA, durante todo o PRAZO DA CONCESSÃO, sem prejuízo das demais obrigações expressas neste CONTRATO, podendo seu descumprimento acarretar sujeição às penalidades cabíveis de acordo com o regramento estabelecido por este CONTRATO e pelo Anexo V: [...] **(c)** estabelecer horários especiais de funcionamento para atender, nos municípios abrangidos pelas LINHAS, a eventos geradores de alta demanda, mediante solicitação expressa do PODER CONCEDENTE neste sentido, a ser comunicada com pelo menos 30 (trinta) dias de antecedência, e atender à programação operacional de horários especiais da CPTM, desde que tal programação seja fixada de forma motivada e comunicada com 30 (trinta) dias de antecedência;".

[8] "**10.1** A CONCESSIONÁRIA deverá apresentar ao PODER CONCEDENTE os seguintes planos, nas condições indicadas nesta Cláusula: [...] **10.1.3** O PODER CONCEDENTE se manifestará acerca dos PLANOS em até 30 (trinta) dias, contados do seu recebimento, prorrogáveis mediante justificativa, podendo, nesta oportunidade: (i) não objetar ou (ii) objetá-lo parcialmente ou (iii) rejeitá-lo, apontando as adequações necessárias a serem feitas pela CONCESSIONÁRIA, que terá, no máximo, 10 (dez) dias, para reapresentá-lo ao PODER CONCEDENTE".

Em decisão publicada no DOE de 2/3/2021, referendada pelo E. Plenário em sessão de 3/3/2021, foi requisitada cópia do edital para o exame nos termos do § 2º do art. 113 da Lei 8.666/93, bem como foi determinada a suspensão cautelar do certame licitatório e fixado prazo de 48 (quarenta e oito) horas para o envio das peças editalícias e dos documentos a elas correlatos, bem como as justificativas da Secretaria licitante.

Em resposta, a Secretaria dos Transportes Metropolitanos apresentou farta documentação e peça de defesa com justificativas e esclarecimentos, tendo aduzido, em brevíssima síntese, que (vide ev. 40):

**(a.i)** os pedidos de esclarecimentos foram admitidos, na forma prevista no item 4.1 do Edital, desde a data da publicação do Edital até o prazo de 15 (quinze) dias úteis antes da data fixada para a sessão pública de licitação;

**(a.ii)** as respostas aos pedidos de esclarecimento foram publicadas a partir de 20/1/2021, em sucessivos blocos, de maneira que que, tão logo disponíveis, os esclarecimentos da Comissão de Licitação foram divulgados;

**(b.i)** a respeito das críticas à modelagem econômica, a Representante somou custos com peças sobressalentes e itens adicionais ao valor para a aquisição dos trens;

**(b.ii)** a correta comparação deve considerar o valor de R$ 289.971.200 (escopo somente dos 8 trens) para chegar preço unitário de R$ 36.246.400 por trem que, trazido à data base setembro/2021, perfaz R$ 47.024.333,32, e não os alegados R$ 52.612.074,93, que embutem sobressalentes e itens adicionais ao valor de compra do trem;

**(b.iii)** os preços unitários indicados pela Representante, colacionados de licitações promovidas pela STM/CPTM nos últimos anos, demonstram uma tendência de queda nos preços de aquisição de trens;

**(b.iv)** a verdade é que a queda dos preços unitários em licitações formuladas pela CPTM/STM é tendencial e inequívoca, o que indica maior concorrência e consolidação deste mercado, de maneira a ser natural que, nestas circunstâncias, os preços de referência de material rodante para o projeto sigam essa tendência de mercado e tenham parâmetros de preço mais econômicos que, conjugados à boa estruturação do projeto, levarão à ampla competitividade e a bons resultados ao Poder Concedente;

**(b.v)** e não há qualquer contradição em fixar tarifa de remuneração, outorga fixa mínima e definir uma taxa interna de retorno (TIR) no contexto da apresentação de modelagem econômica de caráter meramente referencial, porquanto essa modelagem baseia-se em estimativas de CAPEX, OPEX e TIR, exatamente para definir qual é a tarifa de remuneração e/ou outorga fixa mínima que suportam a TIR de referência;

**(b.vi)** o Poder Concedente decidiu que a equação financeira se daria, pois, pela fixação de uma tarifa de remuneração, ao passo em que às proponentes caberia fornecer uma proposta comercial maior ou igual à outorga fixa mínima estabelecida;

**(b.vii)** o modelo econômico-financeiro é uma representação da equação de viabilidade do projeto, tanto é verdade que diversas instituições financeiras, nacionais e internacionais, já formalizaram interesse em prover financiamento ao projeto - "*BNDES, New Development Bank (NDB), Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA, um braço do Banco Mundial) e Sovereign Infrastructure Group, LLCI*" -;

**(b.viii)** na prática, as proponentes têm diferentes capacidades negocial, empresarial, operacional, gerencial e tecnológica, que as fazem obter estimativas de custos operacionais e de investimentos igualmente distintas e, portanto, chegam a estimativas diferentes em relação aos principais componentes da equação do projeto - CAPEX, OPEX e TIR -;

**(b.ix)** são exatamente estas variações e eficiências obtidas pelos proponentes que são refletidas nas respectivas propostas comerciais da sessão pública de um leilão competitivo, de maneira a não haver razão técnica ou lógico-jurídica para o Poder Concedente se antecipar e onerar o projeto;

**(b.x)** a TIR é sempre referencial porque somente a própria proponente conseguirá dimensionar sua própria taxa de retorno, com seus dados e estimativas próprias de CAPEX e OPEX;

**(b.xi)** o preço unitário do material rodante de referência baseou-se no estudo RAV - Relatório de Análise e Valoração -, baseado em cotações de preços junto a empresas como IESA, CAF ALSTOM, CRRC e HYUNDAI, o qual é realizado pela CPTM para balizar seus preços de aquisição de bens, contratação de serviços e estudos de Engenharia, tratando-se, portanto, de preço lastreado em ampla pesquisa de mercado e de longa tradição na valoração dos preços;

**(b.xii)** foi ainda considerada a contratação de fornecimento de material rodante mais recente da CPTM, homologada ao final de 2017, por meio da Concorrência Internacional ALE nº 8186142011, cujos preços foram alinhados para comparação nesse RAV - Relatório de Análise e Valoração -;

**(b.xiii)** deve ser contextualizado que: - em 2020 houve drástica desvalorização cambial da moeda nacional; e - os valores da data de 31/1/2020, de validade do RAV, deveriam ser atualizados para a data-base dos estudos referenciais - 1º/9/2020 -, razão pela qual o valor do estudo RAV foi atualizado segundo a variação da taxa de câmbio e variação do IGPM do período, nas devidas proporções[9];

[9] "11. Nesse contexto, reconhecendo que o material rodante possui componentes nacionais e internacionais em sua fabricação, aplicou-se metodologia de recomposição cambial que seguiu as premissas do índice de nacionalização, tal como utilizado pelas políticas de financiamento do BNDES, instituição que foi a principal financiadora deste tipo de equipamento do país. Vale apontar que o BNDES avalia o cumprimento do coeficiente de 40% para componente internacional para eventual enquadramento de financiamento na produção de material rodante. 12. Desse modo, aplicou-se a desvalorização cambial apurada, entre a data de 31/01/2020 (validade da RAV apontada no item 11) e

**(b.xiv)** o fluxo de caixa de um projeto é o resultado do plano de negócios de um empreendedor, levando-se em consideração premissas operacionais, financeiras e de negócios, o qual deverá realizar o investimento quando a sua taxa interna de retorno (TIR) estimada for superior ao seu custo de oportunidade do capital;

**(b.xv)** é de esperar que proponentes diferentes obtenham estimativas distintas para os itens de custo e receita componentes do fluxo de caixa, sendo importante que, no cômputo global do empreendedor (considerando estimativa de receitas e despesas), este consiga observar a geração de uma TIR que seja superior ao seu custo médio ponderado de capital;

**(b.xvi)** ainda que os preços de referência estivessem inferiores à prática de mercado - o que já se mostrou inverídico -, a TIR de projeto atingiria um intervalo pequeno em relação à TIR referencial de 8,37%, o que indica que o projeto ainda assim seria amplamente viável a um empreendedor;

**(b.xvii)** sobre as impugnações a respeito dos custos de referência com manutenção e operação, há de ser considerar: - a característica das linhas em que os trens operam, como fator determinante para atividades rotineiras; - as especificações técnicas dos trens que nessas linhas operam e o histórico de falhas; - infraestrutura que será disponibilizada para a manutenção; e - extensão temporal do contrato e o número de trens a serem mantidos durante o período;

**(b.xviii)** justamente por essas particularidades que se considerou adequada a utilização do Contrato Hyundai Rotem-Maintrains, nº 840617301-100, como parâmetro para fins de modelagem financeira da concessão, por ser

---

01/09/2020 (data-base dos estudos da modelagem) para 40% do valor referencial do material rodante constante da RAV e para os 60% de componentes remanescentes, que seria a parcela nacional, optou-se por um ajuste inflacionário por IGP-M, que foi da ordem de 14% entre fevereiro e setembro de 2020."

o contrato que melhor se assemelha, considerando as condições que serão encontradas pela futura concessionária;

**(b.xix)** parcela significativa dos trens incluídos nesse referido contrato de manutenção são os que operam na Linha 9 e, portanto, abarcam as caraterísticas físicas e funcionais da operação a ser concedida; além do que, a série de trens é exatamente a mesma que será cedida para a futura concessionária, o que além de demonstrar validade na comparação em relação às especificações técnicas dos trens, abrange também o histórico de falhas;

**(b.xx)** a infraestrutura disponibilizada para a contratada Hyundai Rotem-Maintrains é exatamente a mesma a ser disponibilizada para a futura concessionária, que é o Pátio de Presidente Altino;

**(b.xxi)** as comparações apresentadas pela Representante, acerca de outros contratos firmados pela CPTM, não guardam correlação direta com as características da concessão, de maneira que sua utilização traria distorções à modelagem financeira;

**(b.xxii)** a citação a contratos de manutenção das Séries 2000 e 2070 negligencia fatores como: - local de manutenção dos trens (em ambos os casos citados, a manutenção é realizada no Abrigo Engenheiro São Paulo, cuja infraestrutura é notadamente inferior à do Pátio de Presidente Altino); - vícios e defeitos recorrentes da frota, uma vez que a Série 2000 demonstra conhecidos problemas no sistema de portas e de ar-condicionado, o que encarece o custo com manutenção; - trata-se de frotas substancialmente menores do que aquela que será mantida pela futura concessionária; - as séries 2000 e 2070 circulam em linhas distintas das linhas desta concessão, apresentando características físicas e densidade operacional notadamente mais severas; - os trens da série 2000 são feitos de aço carbono, enquanto os trens da 7000 são feitos de aço inox; e - a série 2000 possui, em média, 10 anos a mais de utilização do que os trens da série 7000;

**(b.xxiii)** a Representante não considerou que 12 trens da série 7000 e dois trens da série 7500 serão entregues pela à futura concessionária com a Revisão Final-RF já realizada, conforme esclarecido na resposta ao questionamento de nº 604;

**(b.xxiv)** sobre os custos com vandalismo e pequenos acidentes, os estudos basearam-se em contratos de manutenção da CPTM que já adotam provisões para essas ocorrências, de maneira que são elementos já contemplados no OPEX;

**(b.xxv)** sobre a alegação de uma suposta ausência de previsão de custos com manutenção nos dois primeiros anos de concessão, isso decorre do fato de que os serviços de manutenções preventivas realizadas nos dois primeiros anos de operação de cada novo trem são realizados no mesmo sítio e utilizam a infraestrutura existente para ambos os serviços no Pátio de Presidente Altino, razão pela qual os valores de manutenção nesse período não são significativos e, por isso, foram considerados na modelagem dentro dos valores previstos na aquisição e garantia dos trens;

**(c.i)** alega a Representante seria inadequada a autorização de subcontratação de operador com experiência específica para operação do objeto da concessão, que tal qualificação deveria ser do próprio licitante e que tal requisito deveria ser comprovado na fase de habilitação pelos próprios licitantes;

**(c.ii)** caso atendidos os pedidos da Representante haverá significativa restrição e prejuízo à competição porque: - não seria permitida a subcontratação qualificada de operador do serviço; - os licitantes deveriam ter atestados próprios de gestão de sistema de transporte público de passageiros com tecnologia de metrô leve (monotrilho, VLT), de metrô ou ferroviária, com pelo menos 300.000 (trezentos mil) entradas de passageiros, em média por dia útil, por no mínimo 12 (doze) meses consecutivos; e - somente seriam

admitidos no certame licitantes com experiência própria e específica na operação metroferroviária e, cumulativamente, titulares de contratos de grande vulto já em fase madura;

**(c.iii)** a partir da análise das condições do mercado de prestação de serviços metroferroviários - como descrito na Nota Técnica do IFC (anexada - Doc 1), consultoria especializada que assessorou o Estado na construção da modelagem do projeto -, no qual existem poucos operadores metroferroviários nacionais em atividade, e há aversão ao risco de participação direta na licitação por parte dos operadores estrangeiros, razão pela qual os requisitos de habilitação técnica foram pensados com o intuito de ampliar o campo de possíveis participantes no certame, sem descuidar da garantia da aptidão para execução do objeto do contrato;

**(c.iv)** o levantamento realizado pelo IFC-Banco Mundial demonstrou que, historicamente, em projetos de concessão realizados pelo Estado e por outros entes federados, o que se observa, amiúde, é a participação de um número diminuto de interessados atuantes no mercado nacional e o desinteresse de players internacionais, dadas as condições dos projetos ou dos requisitos editalícios historicamente praticados;

**(c.v)** com o intuito de corrigir um cenário tradicionalmente desfavorável à participação por maior número de interessados, nacionais e internacionais, os requisitos de habilitação técnica, que serão exigidos na fase pertinente da licitação, foram focados na capacidade de gestão de ativos de infraestrutura de grande porte, tanto sob a ótica do valor dos investimentos, quanto, com especial ênfase, porquanto o objeto da contratação não se limita à operação do serviço de transporte de passageiros[10], tal como sustenta a Representante;

[10] Dentre os escopos, estão: "(i) a implantação de melhorias nos bens integrantes, visando a manter seus níveis de qualidade, a cumprir os indicadores de desempenho, e a garantir sua permanente atualidade e modernidade; (ii) a requalificação, ampliação, adequação e modernização da infraestrutura das linhas e de bens associados ao serviço

**(c.vi)** a cláusula questionada cumpre exatamente o enunciado da Súmula nº 24 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo;

**(d.i)** sobre a alegada insuficiência na penalidade fixada pelo Anexo V ao eventual descumprimento da obrigação de adquirir 34 novos trens, o pedido formulado não é só de majoração do valor em abstrato da multa, mas a inclusão de mais um requisito de habilitação, qual seja, "*a apresentação de Declaração do Fabricante dos trens (que poderá ser, eventualmente, até subcontratado da Concessionária) na fase de habilitação, por meio da qual se responsabiliza pela entrega tempestiva do material rodante*";

**(d.ii)** para além da aplicação da multa, o contrato possui regras expressas para anular qualquer ganho financeiro que a concessionária possa ter com o atraso no cumprimento da obrigação, impondo a devolução ao concedente de eventual montante auferido pela concessionária, ainda que em forma de economia, pela prática da infração, evitando seu enriquecimento indevido, conforme o item 2 do Anexo V – "*[...] o PODER CONCEDENTE sempre poderá, além de aplicar a devida penalidade, exigir a devolução de eventual montante que a CONCESSIONARIA tenha auferido, ainda que em forma de economia, em razão da prática de ato tido como infração, de modo a se evitar o enriquecimento ilícito da CONCESSIONARIA*" -;

**(d.iii)** a penalidade dobra a partir do segundo mês de atraso, passando a ser de R$ 1.000.000,00/mês, de maneira que a sanção pode chegar a R$ 11.500.000,00 pelo atraso de um ano, o que equivaleria a

---

concedido, que compõem os empreendimentos, incluindo obras civis, via permanente, sistemas de energia e sinalização, sistema de controle e telecomunicação, sistemas auxiliares, rede aérea, e ações de aquisição e/ou remobilização de material rodante e demandas decorrentes de processos ambientais; (iii) a execução de empreendimentos que envolvem a realocação das atividades da CPTM desenvolvidas no complexo de Presidente Altino, voltadas à administração, logística, manutenção de equipamentos, telecomunicação e controle, com o fim de liberar a infraestrutura para dedicação exclusiva à concessão; (iv) a aquisição de material rodante e remobilização de trens necessários à prestação do serviço concedido; (v) a assunção, nas circunstâncias determinadas pelo Contrato e no Anexo II.G, de uma ou mais intervenções da infraestrutura em implantação, previstas como encargos transferíveis nos termos do Anexo II.G, tornando-se responsável por sua finalização, dentro das datas-marco previstas originalmente, ou conforme novas datas-marco acordadas de boa-fé entre as Partes e, apresentação de cronograma físico-financeiro específico, dentro dos parâmetros e condições indicados nos Anexos II.C e II.D".

aproximadamente 23% do valor de um trem novo, tudo sem prejuízo da indenização pelo ganho financeiro, como já exposto;

**(d.iv)** a concessionária fica ainda sujeita à penalidade definida no item 9 da Tabela Tipificação das Infrações, que recai sobre cada trem em atraso, de maneira que a "infração por mora" aplicável cumulativamente por trem em atraso tem valor de R$500.000,00 no primeiro mês, passando ao valor de R$1.000.000,00 a partir do segundo mês em diante;

**(e.i)** a representante alega que os requisitos de qualificação técnica são insuficientes, por entender que o valor mínimo de investimentos em ativos de infraestrutura a ser comprovado nos atestados deveria estar totalmente concluído na data de apresentação das propostas;

**(e.ii)** consoante a Manifestação Técnica da Subsecretaria de Parcerias (DOC 2) e a Nota Técnica do IFC-Banco Mundial (DOC 1), a ênfase do requisito de qualificação técnica é sobretudo na geração de receita operacional, uma vez que o projeto é caracterizado por um ativo no qual a maior parte da infraestrutura já se encontra instalada, possuindo poucos investimentos associados à execução de obras civis;

**(e.iii)** o intuito é selecionar interessados que tenham demonstrada capacidade operacional em ativo de infraestrutura, requisito melhor evidenciado pelo volume de geração de receita operacional, que deverá ser comprovado na ordem de, no mínimo, R$ 300.000.000,00 por ano, contexto no qual a comprovação do volume mínimo de investimentos previsto no instrumento contratual, que não precisam estar concluídos no momento de apresentação das propostas, é adequada para orientar a envergadura dos ativos que podem servir de referência para comprovação da capacidade técnica;

**(e.iv)** o objetivo não é o de buscar um licitante que já possua experiência prévia na execução de investimentos de grande vulto, mas, que

tenha experiência na gestão de um ativo de infraestrutura de grande porte, com as complexidades a isto imanentes;

**(f.i)** alega a representante não teria sido esclarecido a respeito do procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro caso venha a se frustrar a obtenção da isenção de ICMS na aquisição do material rodante e de suas peças, por fatores alheios à concessionária;

**(f.ii)** considerando alocação de riscos prevista na Minuta de Contrato (item 34.2 "xix"), na hipótese descrita acima, haveria de se iniciar o procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro a favor da concessionária;

**(f.iii)** a minuta do contrato dispõe sobre um rito específico para tratar pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro com potencial de comprometimento da solvência da concessionária ou da continuidade do serviço, atribuindo-lhes rito distinto dos demais pleitos de revisões ordinárias a cada ciclo quadrienal;

**(f.iv)** enquanto a cláusula 41 do contrato disciplina as revisões ordinárias ocorrem a cada 4 anos, a cláusula 42 dispõe que qualquer das partes poderá pleitear revisão extraordinária do contrato, em face da materialização concreta ou iminente de evento cujas consequências sejam suficientemente gravosas a ponto de ensejar a necessidade de avaliação e providências urgentes, hipótese na qual não será necessário aguardar a conclusão do ciclo quadrienal, sendo o pleito processado e julgado de imediato, conforme prevê a cláusula 42.3 da minuta de contrato;

**(g)** não procede a alegação de que não há clareza quanto ao prazo previsto para a conclusão dos procedimentos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

**(h.i)** sobre alegadas desconformidades ligadas ao período de intervenção na concessão, a cláusula 51.7 da minuta de contrato dispõe que a

intervenção implica, automaticamente, na transferência compulsória e temporária, para o interventor, da administração da concessionária;

**(h.ii)** com a intervenção, a concessionária não é substituída por outrem, porquanto a intervenção ocorre na própria administração da concessionária, que passa a ser gerida por um interventor que terá por funçãoassegurar a regularidade e adequação das obras, a continuidade da prestação dos serviços concedidos e/ou o cumprimento pela concessionária das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes;

**(h.iii)** durante o período da intervenção, a receita tarifária será utilizada não apenas para o custeio das despesas operacionais, mas, também, será destinada para satisfação das obrigações dos contratos de financiamento, seguros e garantias firmados pela concessionária, considerados, ainda, eventuais valores necessários ao ressarcimento dos custos de administração;

**(h.iv)** a intervenção não é causa de cessação ou suspensão de qualquer obrigação da concessionária perante terceiros, inclusive financiadores ou garantidores;

**(i.i)** sobre a cláusula 16 da minuta do contrato não permitir interpretação precisa a respeito do que virá a ser exigido como atualidade tecnológica da concessão, ao contrário do alegado, há grande segurança jurídica justamente porque é especificado que a atualidade será aferida a partir da capacidade dos bens da concessão de viabilizar o cumprimento das obrigações contratuais e o atingimento dos indicadores de desempenho;

**(i.ii)** a obrigação de "*realizar atualizações e melhorias dos bens integrantes da concessão quando disponibilizadas pelos respectivos fabricantes",* conforme a cláusula 16.4, somente é exigida quando tiver como finalidade *"atender aos indicadores de desempenho e as demais exigências estabelecidas no contrato e seus anexos*";

**(i.iii)** a obsolescência tecnológica é definida expressamente na cláusula 16.5 da minuta do contrato como aquela que se apresenta "*quando constatada, no decorrer do prazo da concessão, a perda relevante de suas funções iniciais ou, ainda, sua incapacidade para atendimento aos indicadores de desempenho e demais exigências estabelecidas no contrato e nos anexos*";

**(j.i)** sobre a cláusula 9.7 da minuta do contrato e a definição do "*fim da vida útil*" dos bens da concessão, a complexidade e multiplicidade de bens e equipamentos envolvidos impedem estabelecer, abstratamente, uma única definição detalhando o que se entenda por fim da vida útil, que se pretenda aplicável a todos os bens envolvidos;

**(j.ii)** o fim da vida útil de um bem ocorre, à evidência, no momento em que este deixa de ser apto ao cumprimento da finalidade à qual destinado, conceito, portanto, similar àquele estabelecido, contratualmente, para a obsolescência dos bens da concessão, que ocorre no momento em que há a perda relevante das funções iniciais do bem, considerando as manutenções preventivas e corretivas recomendadas por seus fabricantes;

**(j.iii)** a norma NBR 15575 (ABNT, 2013) define a vida útil como uma medida temporal da durabilidade de um edifício ou de suas partes, como o período de tempo em que esses se prestam às atividades para as quais foram projetados e construídos, considerando a devida realização dos serviços de manutenção;

**(k.i)** sobre o procedimento de arbitragem, compete destacar que a cláusula 67 da minuta do contrato regula todo o procedimento da instauração de arbitragem no âmbito do contrato de concessão, razão pela qual, por óbvio, a instauração de procedimento arbitral com o objetivo de rescindir o contrato (cláusula 58.4) deve observar o regramento procedimental previsto na cláusula 67;

**(k.ii)** em relação ao disposto na cláusula 58.4.2, no sentido de que os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados até decisão arbitral da qual não caiba mais qualquer recurso, decretando a rescisão contratual, tal regramento reflete estritamente o previsto no artigo 39, parágrafo único da Lei nº 8.987/95, permanecendo resguardada a possibilidade de quaisquer das partes buscar a obtenção de medida arbitral cautelar, consoante a cláusula 67.12;

**(k.iii)** em relação à suposta ausência de "*qualquer disposição acerca da escolha da Câmara arbitral, nomeação de árbitros, sede da arbitragem, custas e despesas, prazos, diretrizes aplicáveis à cláusula compromissória e ao compromisso arbitral, entre outras tantas*", a mera leitura do disposto na cláusula 67 já afasta tal alegação, haja vista o tratamento destes assuntos nas cláusulas 67.2, 67.4, 67.5 e 67.8, além do disposto no Regulamento da Câmara de Arbitragem adotada e no Decreto estadual nº 64.356/19;

**(l.i)** sobre o início da contagem dos prazos a partir do recebimento da mensagem eletrônica, nas condições dadas pelo item 50.13.2 da minuta do contrato, a Representante parece desconsiderar a realidade já existente no âmbito administrativo há algum tempo, porquanto, atualmente, esse tipo de comunicação eletrônica é praticamente imediata, não sendo cogitável consentir que uma empresa do porte da futura concessionária tenha dificuldades em definir um e-mail específico para recebimento de notificações por parte do Poder Concedente;

**(l.ii)** há legítima presunção de recebimento da notificação por parte da destinatária, ainda que seja relativa, cabendo às partes sempre diligenciarem para verificar o eventual recebimento de novas notificações e comunicações, sendo resguardado ao interessado fazer prova em contrário, preservando-se o direito ao contraditório e à ampla defesa;

**(m.i)** aduz a Representante ser inadequada a cláusula 17.3 da minuta do contrato – "*Todos os sistemas supervisores, de automação e controle operacional, deverão ser obrigatoriamente de código aberto ou terem seus códigos depositados em sala cofre com acesso permitido ao PODER CONCEDENTE, que deverá manter, durante o PRAZO DA CONCESSÃO, rigoroso sigilo a respeito da documentação assim recebida*" - por representar limitação para que a futura concessionária implemente soluções mais qualificadas;

**(m.ii)** a Representante busca confundir, por estar evidente que a própria cláusula permite a utilização dos dois tipos de códigos, aberto ou fechado, de maneira a não existir qualquer limitação

**(m.iii)** a obrigação do deposito do código fechado em sala cofre com acesso ao Poder Concedente vai ao encontro da preservação dos direitos dos desenvolvedores de software, proporcionando exclusividade e sigilo do código fonte fechado do referido software - trata-se de uma medida de proteção à empresa desenvolvedora -;

**(m.iv)** o histórico para aquisição desses tipos de software pelas Concessionárias, CPTM e Metrô-SP, demonstram que as empresas que possuem as soluções mais qualificadas participam regularmente desses processos;

**(m.v)** a futura concessionária não necessariamente, desenvolverá ou alterará software, sobretudo aqueles que remetem à segurança operacional; por isso a condição foi adequada ao permitir as duas possibilidades;

**(m.vi)** ao serem adquiridos, os equipamentos são recebidos com os respectivos softwares a eles dedicados, de maneira que a garantia de acesso ao código fonte, através da sala cofre, é a forma que dispõe o Poder Concedente de assegurar a continuidade dos serviços na ausência do proprietário, na ocorrência de qualquer forma de extinção do contrato, por se tratar **d**a segurança diária de milhares de pessoas;

**(m.vii)** não se trata de compra direta de software pelo Estado, além de não haver exigência para que a concessionária venha a ter acesso aos códigos-fonte dos softwares adquiridos de forma integrada aos respectivos sistemas ou equipamentos, além de não haver que se falar em “manter exclusividade de empresa sobre a tecnologia utilizada e a possibilidade de lucrar com tais produtos”, ou “limitação pretendida”, pois a aquisição é de livre escolha e negociação no mercado pela futura concessionária, a qual analisará exatamente aquela que lhe garantirá a execução do objeto do contrato de forma adequada e segura;

**(n.i)** sobre haver informações suficientes a respeito do vulto e das características de investimentos com adequações de via permanente na Estação Osasco - item 2.13, vi, do Anexo II.A -, o Apenso 55 do Anexo II.A apresenta as informações necessárias e suficientes com proposta de solução de engenharia para a implantação da via permanente na Estação Osasco, conforme figura 5 reproduzida na peça de defesa, que demonstra o complexo da estação Osasco com uma nova via a ser implantada, que é justamente a que representante alega incompreensão por falta de informações - o traçado na cor rosa é a via permanente a ser implantada -;

**(n.ii)** a compreensão das obrigações deve se dar com uma avaliação completa, o que possibilita verificar no Apenso 55 do Anexo ll.A que sua finalidade é “*indicar â Concessionária as adequações necessárias, executando o remanejamento da via permanente, rede aérea, sinalização e interferências da Estação Osasco, de maneira a permitir a plena operação da nova plataforma descrita no Apenso 13 do ANEXO ll.A*”, e que “*os serviços especificados abaixo proverão a Estação Osasco com estruturas (VlA PERMANENTE) necessárias para adequação aos novos patamares de oferta e demanda*”;

**(n.iii)** o Apenso 55 disponibilizou ainda: - elementos de projeto que permitem a plena caracterização da Estação Osasco, com proposta de configuração com a quarta via que será conectada com as três vias existentes, antes e depois do subtrecho da Estação Osasco; - descrição das conexões que serão efetuadas com a inserção de três conjuntos de AMVs - aparelhos de mudança de via novos e remanejamento parcial, fora da estação, da terceira via permanente -;

**(n.iv)** é de responsabilidade da futura concessionária a elaboração do projeto preliminar e do projeto detalhado para a execução da quarta via e das conexões com as vias existentes, nos termos do Apenso 55 e do Apenso 13, integrantes do Anexo II.A, contendo, no mínimo: (i) levantamento planialtimétrico e cadastral da área disponibilizada para implantação da via até ligação com as vias existentes; (ii) planta e perfil de implantação geral da quarta via e AMVs; (iii) plantas, cortes longitudinais e transversais e outros elementos de caracterização geral das vias, AMVs, rede aérea, sinalização e sistemas eletroeletrônicos e demais elementos necessários à operação das vias da Estação Osasco; (iv) plantas, cortes e detalhes complementares do projeto, como escavações e aterros, lastro e sublastro, remanejamentos, elementos de drenagem e outros;

**(n.v)** o Apenso 13 do Empreendimento 13, citado pela Representante, refere-se aos documentos e normas técnicas a serem observados na execução das atividades da ampliação da Estação Osasco;

**(n.vi)** há outras informações disponíveis nos documentos do edital[11];

[11] "[...] a exemplo, dentre outros, de: (i) cadastros constantes do Apenso 16 (DOC. 10) do Anexo LB; (ii) Plano de Vias constante da Pasta 2.f do Data Room; (iii) ações específicas de cada empreendimento; (iv) diretrizes de projeto civil, de arquitetura, de via permanente, rede aérea e sistemas de estações constantes na Parte II do Anexo II.A; (v) indicações de diversas normas técnicas a serem observadas na consecução dos Empreendimentos; (vi) diversos vídeos disponibilizados, cujas instruções de acesso constam da pasta 2.a do Data Room, os quais detalhadamente descrevem visualmente todas as instalações da Área de Concessão. 205. Frisa-se, também, que a Requerente teve vasta oportunidade para dirimir suas dúvidas por meio de visitas técnicas às instalações da concessão, inclusive para

**(o.i)** a respeito de informações suficientes sobre os parâmetros operacionais a serem observados em horários especiais para atender a eventos geradores de alta demanda, considera-se eventos geradores de alta demanda são, por exemplo, eventos esportivos de grande porte, shows, festivais, eventos religiosos, desfiles e outros que possam proporcionar alta demanda em razão do fluxo concentrado de pessoas, tratando-se, evidentemente, de circunstância excepcional, sendo prática usual que os responsáveis pela gestão desses eventos comuniquem formalmente as empresas operadoras de transportes alta capacidade, informando acerca dos eventos programados, expectativa de público e arranjos operacionais para integralidade da mobilidade nas localidades impactadas;

**(o.ii)** o impacto não é relevante nos custos operacionais e, de outro lado, é positivo da perspectiva econômica, tratando-se, em verdade, de questão corriqueira para qualquer um que conheça minimamente de planejamento operacional de transporte público de alta capacidade;

**(o.iii)** eventuais custos excepcionais não são representativos do custo médio global estimado, sendo que eventos de alta demanda não impactam significativamente os custos operacionais, mas, pelo contrário, incrementam receitas porquanto geram fluxo de demanda adicional às linhas;

**(o.iv)** as estratégias operacionais - como intervalos entre trens, horários, etc. - dependem tanto da programação a ser realizada pela operadora, quanto das demandas de cada evento, bem como da forma como a operadora pretende atender ao evento;

**(p.i)** sobre a insurgência contra o prazo de 10 (dez) dias, do item 10.1 da minuta de contrato, para retificações que se façam necessárias nos

---

percorrer as linhas a bordo da cabine dos trens, identificando pontos específicos da via permanente, ocasião em que facilmente constataria , "in loco", não apenas a situação das Linhas, mas especialmente da estação Osasco, questionada na Representação [...]".

planos de operação e manutenção, de investimentos e de gestão e mobilização de ativos, há distorção quando a representação compara o prazo de retificação de plano, na hipótese de sua rejeição, com o prazo original de sua confecção (de 3 meses), como se elaborar um plano do zero fosse equivalente a realizar ajustes apontados pelo Poder Concedente;

**(p.ii)** o prazo de 10 dias para reapresentação do plano é considerado adequado e razoável, baseando-se, inclusive, na experiência pretérita, devendo ser ainda considerado que esse prazo poderá ser prorrogado a critério do Poder Concedente;

**(q.i)** sobre a queixa de que não há informações suficientes à forma de reação/sensibilidade dos usuários a aumentos ou diminuições no valor da tarifa, deve ser considerado que, assim como em todas as demais concessões metroferroviárias já licitadas pelo Estado de São Paulo, a modelagem econômico-financeira da concessão está baseada na remuneração da concessionária por tarifa de remuneração por passageiro transportado (descontadas as transferências entre linhas), e não por uma tarifa pública;

**(q.ii)** o valor da tarifa pública e a sua sensibilidade à demanda é absolutamente irrelevante para análise do projeto pelas proponentes, porquanto a adoção dessa forma de modelagem ocorre exatamente porque cabe única e exclusivamente ao Poder Concedente definir, a título de política pública tarifária, a tarifa pública a ser cobrada dos passageiros que utilizam o sistema de transporte metropolitano.

A Assessoria Técnica, por suas unidades especializadas, manifestou-se pela improcedência dos pontos examinados (vide ev. 63).

A Procuradoria da Fazenda do Estado manifestou-se pela improcedência (vide ev. 69).

O Ministério Público de Contas manifestou-se pela improcedência com recomendações pontuais, bem como propôs a autuação de processos

para tratar da concorrência internacional, do contrato de concessão e do acompanhamento de sua execução (vide ev. 78).

É o relato do necessário.

npg

VOTO

TC-005738.989.21-9

Trata-se da representação contra concorrência internacional da Secretaria dos Transportes Metropolitanos que busca contrato de concessão dos serviços públicos de transporte de passageiros, sobre trilhos nas Linhas 8 – Diamante e 9 - Esmeralda da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM, compreendendo operação, manutenção, conservação, melhorias, requalificação, adequação, modernização e expansão, com vigência de 30 (trinta) anos, estimativa com investimentos em bens de capital (CAPEX) de R$ 3,356 bilhões, estando neles embutida a outorga fixa mínima de R$ 303 milhões, projeção de despesas operacionais mensais médias (OPEX) de R$ 527 milhões, tarifa de remuneração de R$ 2,84 e, segundo informou a Secretaria licitante, TIR de referência de aproximadamente 8,37%.

A respeito dos investimentos em bens de capital (CAPEX), o quadro sumário do recorte abaixo traz uma síntese desse aporte:

**Tabela 1: Sumário do CAPEX privado**

| | |
|---|---|
| **Obras Estações** | |
| **Reformas** | 30 Estações |
| **Ampliação** | 5 Estações |
| **Reconstrução** | 1 Estação (Amuitá) |
| **Outros Empreendimentos** | |
| **Travessias / Transposições** | 12 Empreendimentos |
| **Readequação Funcional** | Pátio Presidente Altino |
| **Realocação - Pátios** | 3: Eng. São Paulo, Brás e PET |
| **Via Permanente** | |
| **Novos Veículos e Equipamentos** | |
| **Sistemas** | |
| **Sistema de Telecomunicações** | |
| **Sistema de Energia** | |
| **Sistema de Sinalização (e novo CCO)** | |
| **Nova Frota** | |
| **Compra de 34 novos Trens** | |
| **Pré Operacional** | |
| **Outorga Fixa Mínima** | |
| **Reembolso: PMI autorizada, Estudos IFC e Contratação da B3** | |
| **Despesas com Transição (Pessoal, treinamentos etc)** | |
| **Passiovos Socioambientais** | |
| **Desapropriações** | |
| **Programas e Outros Passivos Ambientais** | |

Consigno que este exame prévio de edital permanece adstrito aos termos da representação.

Numa abordagem preliminar, voltou-se a Representante contra a alínea (ii)[12] do item 4.1 do edital, no ponto onde fixou que as respostas aos questionamentos dos interessados seriam apresentadas em até 5 (cinco) dias úteis anteriores ao início da sessão pública de abertura.

É forçoso considerar, no entanto, que o objeto dessa insurgência fora exaurido com a própria suspensão cautelar do procedimento licitatório nos termos do § 2º do art. 113 da Lei 8.666/93, aliada ao período de tramitação do presente feito, o que, na prática, já proporcionou um expressivo alongamento no período havido entre o final do prazo do inc. (ii) do item 4.1 do edital e o início futuro da sessão pública da concorrência internacional.

Presumo que o estudo para a montagem de um modelo de negócio proposto pela licitante já está dado por todo o prazo transcorrido desde a divulgação do certame, e que as respostas a pedidos de esclarecimentos têm o caráter de ajustes a um projeto já concebido, e não à integral montagem de um novo modelo de negócio pela licitante.

Ademais, tanto os dados da representação como da resposta da Secretaria licitante dão conta de que foram apresentadas respostas a 764 pedidos de esclarecimentos, as quais passaram a ser publicadas, em sucessivos blocos, desde 20/1/2021 até 15 (quinze) dias úteis anteriores à data da sessão pública.

A respeito das queixas da Representante contra o mérito das respostas dadas pela Secretaria licitante aos pedidos de esclarecimentos de

[12] "**4.1** Os interessados poderão encaminhar, até 15 (quinze) dias úteis antes da data fixada para a SESSÃO PÚBLICA de abertura do certame, solicitação de esclarecimentos e informações sobre a LICITAÇÃO: [...] **(ii)** as respostas aos questionamentos serão transmitidas por mensagem eletrônica, em até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a SESSÃO PÚBLICA de abertura do certame, e divulgadas a todos os interessados no sítio eletrônico da STM (www.stm.sp.gov.br), sem identificação do responsável pela solicitação de esclarecimentos;"

nºs 51 a 55, 70 e 97, é necessário considerar que não cabe ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, em sede do rito sumário do exame prévio de edital, valorar o mérito de cada uma dessas respostas, mas, sim, se foram elas divulgadas dentro do período fixado pelo edital, o que de fato ocorreu. É que uma análise do mérito de cada resposta demandaria dilação probatória incompatível com o rito sumário e excepcional do procedimento advindo do art. 113, § 2º, da Lei 8.666/93, de maneira que eventuais achados do caso concreto serão com certeza valorados adequadamente em rito ordinário.

No que se refere às demais impugnações, elas podem ser reunidas em três grupos: **(i)** queixas contra a modelagem econômico-financeira e itens do projeto; **(ii)** queixas que buscam maior restrição para cláusulas do ato convocatório; e **(iii)** queixas dirigidas a cláusulas da minuta do contrato.

Cumpre destacar a orientação que será empregada neste voto, acolhendo valiosa orientação do e. Conselheiro Cláudio Ferraz de Alvarenga a respeito do exame prévio de edital, proferida em voto-vista: **"ilegalidade que justifica correção em exame prévio é ilegalidade clara, flagrante. Não a controvertida em doutrina e jurisprudência, inclusive deste Tribunal"** (TC-1032/006/09, Tribunal Pleno, Rel. Cons. Eduardo Bittencourt Carvalho, sessão de 19/8/2009).

**(i) Queixas contra modelagem econômico-financeira e itens do projeto**

Numa primeira queixa, protesta a Representante contra o fato de o Poder Concedente informar sobre o caráter referencial do Relatório de Modelagem Econômico-Financeira, e de que cabe às licitantes realizar seus estudos econômicos e definir suas próprias premissas para a elaboração das propostas. Sustenta haver incongruência nessa não vinculação porquanto ele próprio, Poder Concedente, já fixou tarifa de remuneração de R$ 2,84 e outorga fixa mínima de R$ 303 milhões.

No entendimento desta Relatoria, entretanto, não procede essa tese contra o caráter não vinculativo do Relatório de Modelagem Econômico-Financeira na medida em que o Poder Concedente não pode ser coparticipe do modelo de negócios da futura concessionária, sob pena de assumir riscos que não são seus e, assim, subverter a natureza da delegação concebida pela Lei 8.987/95 e pelo próprio art. 175 da Carta Constitucional, que é sob a lógica de o empreendedor assumir os riscos do seu próprio modelo de negócio.

O que é relevante aqui não é a exatidão do Relatório de Modelagem Econômico-Financeira como se ele próprio fosse o modelo de negócio da futura concessionária; mas, o quão próximo da realidade a ser encontrada pela futura concessionária são seus dados. Em outras palavras, é o quão consistente é a modelagem apresentada, a fim de resguardar o postulado constitucional de que o processo de licitação pública deve assegurar igualdade de condições a todos os concorrentes – art. 37, XXI, da CF -. A simetria de informações proporcionada aos competidores é, pois, o relevante aspecto da isonomia considerado nesta apreciação.

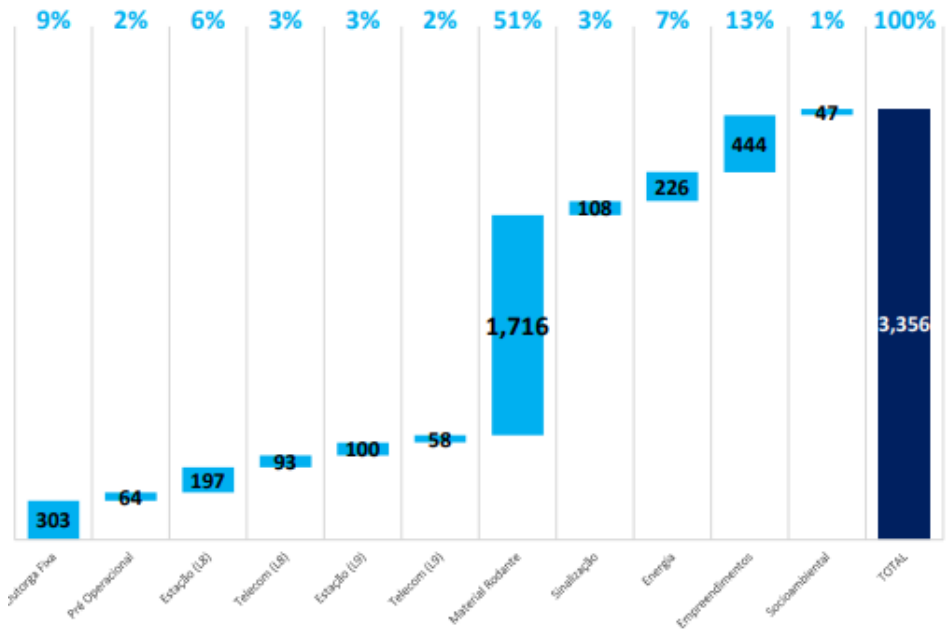
Por ser essa a essência do objeto licitado, o Relatório de Modelagem Econômico-Financeira é, sim, referencial, não possuindo o caráter de vinculação pleiteado pela Representante. Se assim o fosse, tratar-se-ia de um contrato administrativo nos moldes da Lei 8.666/93, e não um ajuste de concessão de serviços públicos regulada pela Lei 8.987/95.

A informação do valor da tarifa técnica de remuneração, pois, não desvirtua a essência do objeto, porquanto ela deriva do regime tarifário que é prerrogativa do Poder Concedente; tratando-se apenas de premissa sob a qual deverá ser construído o modelo de negócio do licitante. Idêntico raciocínio se aplica à outorga fixa mínima do edital, por ser ela, igualmente, premissa sob a qual o licitante construirá seu modelo de negócio e apresentará sua própria outorga fixa a ser submetida à competição classificatória.

Nada há de impróprio, portanto, nesse quadro aqui apresentado.

A respeito da parte do Relatório de Modelagem Econômico-Financeira dedicada às premissas para os investimentos em bens de capital (CAPEX), estimados em R$ 3,356 bilhões junto com a outorga fixa mínima, importante observar que há nítido predomínio da aquisição de material rodante, representado pela compra de 34 (trinta e quatro) novos trens – R$ 1,716 bilhões -, consoante o recorte abaixo:

**Gráfico 4: Breakdown Capex Líquido (R$ milhões)**




É nesse cenário, pois, que se volta a Representante especificamente contra o valor de referência para aquisição dos 34 novos trens – R$ 1,716 bilhões -, baseado no preço unitário por trem de R$ 50,5 milhões em valor presente de set/2020, cujo cronograma de entrega deverá ser cumprido entre nov/2022 e nov/2023.

Em apertado resumo, disse a Representante ser essa uma estimativa subestimada e inviável economicamente. Para tanto, fez uso de compras de trens realizadas pela CPTM: **(a)** em 2016, cujo preço médio da

licitação mostraria um preço unitário por trem de R$ 57,56 milhões[13], e cujo menor preço da licitação mostraria um preço unitário por trem de R$ 52,61 milhões[14]; e **(b)** em 2013, cujo preço médio da licitação mostraria preço unitário por trem de R$ 59,77 milhões[15].

De seu lado, aduziu a promotora do certame aduziu que a Representante se utilizou do preço dos trens somado ao custo com peças sobressalentes e itens adicionais, quando o correto seria considerar tão somente o preço pago pelos trens, vez que a compra de 8 trens em 2016 correspondeu ao preço unitário de R$ 36,25 milhões/trem que, trazido ao valor presente de setembro/2020, corresponde ao preço unitário por trem de R$ 47,02 milhões, e não aos R$ 52,61 milhões suscitados na representação, o qual embute sobressalentes e itens adicionais ao valor do trem.

O estudo de caso da Unidade de Economia da Assessoria Técnica, que aqui incorporo e adoto como razão de decidir, mostra a improcedência dessa impugnação (vide fls. 11/12 do ev. 63.2):

> "*Os argumentos aduzidos pela Representada não preenchem os dois quesitos, pois, de início, os elementos colhidos para refutar o valor estimativo de aquisição dos novos trens, de 50,5 milhões/trem, definido com base no Relatório de Análise e Valoração – RAV - realizado pela CPTM em 31/01/2020, cujos dados foram atualizados até 30/09/2020 (ev. 40.144), arrimam-se em valores praticados no contrato de aquisição celebrado pela STM/CPTM em 2016, retroagindo até mesmo a dados relativos a ajustes de 2007, os quais, apesar de atualizados até setembro/2020, por óbvio encerram mais distorções em suas composições decorrentes das variações próprias de mercado e tecnológicas havidas nesses interregnos.*

[13] Em valor presente de setembro/2020.

[14] Em valor presente de setembro/2020.

[15] Em valor presente de setembro/2020.

*Somada à expressiva defasagem temporal, o valor médio de R$ 57,56 milhões (I0=Set/20), apurado pela Representante com base na última aquisição realizada pela CPTM para a linha 13 – JADE – no ano de 2016, não se apresenta correto porque, com efeito, assiste razão à Representada que o contrato n.º 005/2017[16] estabelecia não somente a aquisição de trens, mas também compreendia em seu escopo o fornecimento de peças sobressalentes pelo prazo de 48 meses*

*O mencionado contrato celebrado entre a STM e o Consórcio Temoinsa – SIFANG se encontra em apreciação nos autos do TC 16347.989.17-0 e, por certo, considerando-se somente o valor de aquisição dos 8 trens com 8 carros, no montante de R$ 289.971.200,00, o valor unitário perfaz R$ 36.246.400,00, que atualizado para setembro/2019, à proporção de 60% componentes nacionais[17] e 40% internacionais[18], em nossos cálculos, atinge a cifra de R$ 47.454.446,35[19], aquém ao valor de R$ 52.612.074,93, calculado pela Representante, o que significa que os R$ 50,5 milhões/trem, estimados no relatório de modelagem econômico-financeira, não se apresentam subestimados.*"

Conclusivamente, pois, é improcedente essa impugnação.

---

[16] "CONSIDERANDO QUE o Comprador convocou uma licitação e aceitou uma Proposta do Fornecedor para a contratação do Serviço de Projeto, Fabricação e Comissionamento de 8 (Oito) Trens, de 8 (Oito) Carros cada, totalizando 64 (sessenta e quatro) carros cada para Linha 13 (Jade) da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos - CPTM, contendo:

Bens:

• **8 (oito) Trens com 8 (oito) carros cada, totalizando 64 carros**, do tipo 'open wide gangway' conforme a Especificação Técnica CPTM AT8303-6 rev. G e seus anexos: **R$ 289.971.200,00** (duzentos e oitenta e nove milhões, novecentos e setenta e um mil e duzentos reais), na data base 07/04/2016, correspondente ao 28° dia anterior a data de apresentação das propostas. Evento A - Serviços de Projeto, Fabricação e Montagem de 8 Trens de 8 Carros com Treinamento Técnico-Operacional e Assistência Técnica com Garantia Assistida

• **Peças Sobressalentes Obrigatórias: R$ 26.749.607,00** (vinte e seis milhões, setecentos e quarenta e nove mil, seiscentos e sete reais), na data base 07/04/2016, correspondente ao 28º dia anterior a data de apresentação das propostas. · Evento B - Fornecimento de Sobressalentes Obrigatórias para os Trens O Evento B corresponde à entrega no Comprador dos sobressalentes.:- definidos no Quadro 5 - Peças Sobressalentes Obrigatórias da Seção VI. Tabela de Requisitos. A entrega dos sobressalentes deverá ocorrer entre o 22º (vigésimo segundo) e 33º (trigésimo terceiro) mês de eficácia do contrato."

[17] IPC-FIPE (estruturas e obras de arte em concreto em geral): abril de 2016 a setembro de 2020 = 22,951%

[18] Abril/16 = US$ = R$ 3,69; Set/20 = US$ = R$ 5,27

[19] A STM, em seu arrazoado, apontou o valor de R$ 47.024.333,32.

Ainda sobre essa aquisição de 34 (trinta e quatro) novos trens, ao estipular o preço unitário de referência de R$ 50,5 milhões/trem, o Relatório de Modelagem Econômico-Financeira diz que a ele foram adicionados PIS, COFINS e imposto de importação, tendo-se adotado, porém, a premissa de que o ICMS sofrerá isenção por Decreto Estadual no âmbito do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura – REIDI, e de que o IPI tem alíquota atualmente zerada.

Pois bem, no que diz respeito a essa premissa da isenção do ICMS, aduziu a Representante que pode vir a ocorrer a hipótese de sua não concretização por motivo alheio à vontade da futura concessionária, razão pela qual trouxe queixa a respeito da falta de clareza quanto ao procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro a ser empregado nessa hipótese.

Consoante os esclarecimentos da Secretaria licitante e o próprio teor da representação, tal hipótese já está contemplada como um risco assumido pelo próprio Poder Concedente, na alínea "xix" do item 34.2 da minuta do contrato:

> **"*34.2*** *Sem prejuízo de outros riscos expressamente assumidos pelo PODER CONCEDENTE em outras Cláusulas deste CONTRATO, o PODER CONCEDENTE assume os seguintes riscos relacionados à CONCESSÃO: [...]* ***(xix)*** *não obtenção dos benefícios do Regime Especial de Incentivos para o Desenvolvimento da Infraestrutura – REIDI pela CONCESSIONÁRIA, em um período de 05 (cinco) anos após a DATA DE ASSINATURA, ou não obtenção da isenção do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre a aquisição do material rodante exigido nesse CONTRATO, desde que tais fatos sejam comprovadamente resultantes de motivos alheios à atuação e vontade da CONCESSIONÁRIA;"*

A Secretaria licitante afiançou ainda que, diferentemente das revisões quadrienais ordinárias de que trata a cláusula 41[20] da minuta do contrato, esse evento da não obtenção da isenção do ICMS enquadra-se como

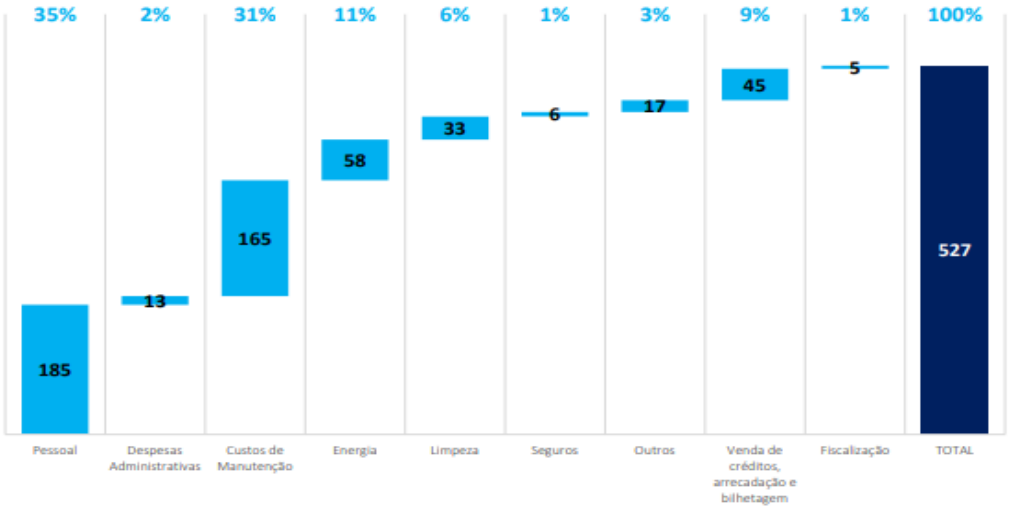
[20] CAPÍTULO VIII – DAS REVISÕES DO CONTRATO 41. CLÁUSULA QUADRAGÉSIMA PRIMEIRA - REVISÃO ORDINÁRIA DO CONTRATO

hipótese da revisão extraordinária de que trata a cláusula 42 dessa minuta, cujo processamento e julgamento do pedido de reequilíbrio se dá de imediato:

> "***42.1*** *Qualquer das PARTES poderá pleitear REVISÃO EXTRAORDINÁRIA do CONTRATO, em face da materialização concreta ou iminente de evento cujas consequências sejam suficientemente gravosas a ponto de ensejar a necessidade de avaliação e providências urgentes, aplicando-se à REVISÃO EXTRAORDINÁRIA as disposições previstas na CLÁUSULA TRIGÉSIMA SÉTIMA – DA RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.*
>
> *[...]*
>
> ***42.3*** *O PODER CONCEDENTE terá o prazo de 60 (sessenta) dias, contados da formalização da solicitação apresentada pela CONCESSIONÁRIA, para avaliar se os motivos apresentados justificarão o tratamento imediato e se a gravidade das consequências respaldará a não observância do procedimento de REVISÃO ORDINÁRIA do CONTRATO, motivando a importância de não aguardar o lapso temporal necessário até o processamento da REVISÃO ORDINÁRIA subsequente.*"

Diante de tais esclarecimentos e cláusulas da minuta do contrato, portanto, não há retificação a ser determinada.

A respeito das despesas operacionais (OPEX), o Relatório de Modelagem Econômico-Financeira considera a premissa de que a despesa operacional média ao mês será ao redor de R$ 527 milhões, segundo a composição mostrada no recorte abaixo:




Observa-se aqui o predomínio dos custos com pessoal e com manutenção, tendo a representação se dirigido contra esses custos com manutenção, cuja projeção é de cifra média mensal de R$ 165 milhões.

Do mesmo modo que se deu em relação aos investimentos em bens de capital (CAPEX), a Representante formulou impugnações contra a projeção de despesas operacionais (OPEX) onde suscita que houve subdimensionamento desses custos com manutenção, sob a alegação de que seriam eles superiores aos projetados R$ 165 milhões, em suma, devido ao seguinte: **(a)** baseia-se nos custos de manutenção do contrato firmado com o Consórcio "Hyundai Rotem-Maintrans" (ora "Hyundai Rotem") em 18/6/2018 – trens da série 7000 -; **(b)** considera que os novos 34 (trinta e quatro) trens não terão custos de manutenção por 2 (dois) anos; **(c)** desconsidera os significativos custos de manutenção dos trens mais antigos das séries 2000 e 2070; e **(d)** não estariam corretos os custos com revisões gerais, manutenções preventivas e corretivas e com vandalismos e pequenos acidentes[21].

[21] Os custos com vandalismos e pequenos acidentes estão estimados entre 2 e 5% do valor total do custo médio mensal com manutenção.

Dentre os esclarecimentos da Secretaria licitante destaca-se, em síntese: **(a)** proponentes diferentes obterão estimativas distintas para os itens de custo e receita, componentes do fluxo de caixa; **(b)** julgou-se adequada a utilização dos parâmetros do contrato com "Hyundai Rotem-Maintrains" por ser o que melhor se assemelha à realidade a ser encontrada pela futura concessionária; **(c)** a frota dos trens da séria 7000 é exatamente a mesma que será cedida; **(d)** a infraestrutura disponibilizada nesse contrato com "Hyundai Rotem-Maintrains" é exatamente a mesma a ser disponibilizada; **(e)** a frota de trens da séria 2000 traz recorrentes problemas no sistema de portas e de ar-condicionado, o que encareceria a manutenção; **(f)** os trens da série 7000 e 7050 serão entregues com a Revisão Final-RF realizada; **(g)** os itens de vandalismo e pequenos acidentes, bem como os de manutenção e revisão, são elementos já contemplados no OPEX.

A Unidade de Economia da Assessoria Técnica realizou longo e aprofundado estudo dessas impugnações dirigidas em face das projeções dos custos operacionais com manutenção realizadas no OPEX, que aqui incorporo e adoto como razão de decidir (vide fls. 12/15 do ev. 63.2):

> "*Com referência às críticas voltadas às premissas adotadas para a obtenção do valor estimativo dos custos de manutenção do material rodante, diversamente do entendimento da Representante que as considera inadequadas por supostamente subestimarem o orçamento, de nossa parte, não acolhemos as alegações aduzidas na petição inicial, especialmente porque o valor calculado, de R$ 15.683,26/carro/mês, lastreou-se apenas no evento A do contrato nº 840617301100, celebrado entre a CPTM e o Consórcio HYUNDAI ROTEM-MAINTRANS, em 18/06/2018, deixando à margem os demais eventos que compõem os custos da manutenção preventiva e corretiva dos trens da série 7000. No caso vertente do OPEX, a Representante agiu de modo inverso ao CAPEX, deixou de incluir itens que deveriam ser considerados na orçamentação ao passo que, naquela situação,*

*englobou indevidamente elementos não considerados para aquisição dos trens.*

*Observe-se que, nos termos do item 3.3.5 do RMEF, a estimativa para o custo de Manutenção de Material Rodante baseou-se no contrato da CPTM com a HYUNDAI-ROTEM, para a série 7000, cujo valor total corresponde a R$ 271.408.550,00, para o prazo de 48 meses (vigência até 03/09/2020), ou seja, equivalente a R$ 17.669,83/carro/mês.*

*[recorte omitido]*

*É de se destacar, inclusive, que o comparativo realizado pela Representante entre o valor unitário da HYUNDA ROTEM (R$ 15.683,26/carro/mês) e o da CAF (R$ 17.618,95/carro/mês), também levou em consideração apenas o evento A, visto que se levasse em conta o valor geral proposto de R$ 285.975,270,05, veria que o custo da manutenção corretiva e preventiva dos trens da série 7000 ofertado pela CAF naquele certame resultaria em R$ 18.618,18/carro/mês, superior em somente 5,36% ao da proposta global da HYUNDAI-ROTEM (R$ 17.669,83/carro/mês), diferença que não se evidencia assim expressiva a ponto de comprometer o plano de negócios da futura concessão.*

*Impende registrar que o contrato celebrado entre a CPTM e o CONSÓRCIO HYUNDAI ROTEM se encontra em exame nos autos do TC 7126/989/19-3 e, segundo o diagnóstico da Unidade de Engenharia naquele feito, o objeto contempla diversas atividades distintas: manutenções preventivas e corretivas, restabelecimento operacional nas vias, socorro em acidentes, reparos de itens vandalizados e pequenos acidentes, implementação de melhorias técnicas nos trens e serviços de engenharia de manutenção com controle e registro de atividades, análise de falhas e estudo de melhorias.*

*Diante disso, é possível constatar que os custos referentes ao vandalismo e pequenos acidentes, objeto de questionamento pela Representante, estão devidamente contemplados no próprio contrato de*

*manutenção preventiva e corretiva utilizado como paradigma pela Representada, não se confirmando a suposta omissão do relatório de modelagem econômico-financeira.*

*No que diz respeito à suposta ausência de previsão de custos com manutenção nos dois primeiros anos de concessão, acolhemos os esclarecimentos prestados pela Representada de que os serviços de manutenções preventivas realizadas nos dois primeiros anos de operação de cada novo trem são realizados no mesmo sítio e utilizam a infraestrutura existente para ambos os serviços no Pátio de Presidente Altino e, em função dessa dinâmica e da pouca significância, os valores foram considerados na modelagem dentro dos valores previstos na aquisição e garantia dos trens.*

*Sobre a ausência de previsão específica para as revisões gerais, acatamos a justificativa de que se pretende adotar política que vise agregá-las as manutenções progressivas e contínuas, de forma a não paralisar os trens por longos períodos de tempo.*

*Consoante relatório de modelagem econômico-financeira, os custos médios estimativos com a manutenção geral (material rodante; sistemas; manutenção de via permanente; renovação de via e administrativo), excluídos os salários e encargos considerados na estimativa de custos com mão de obra, perfazem o montante de R$ 165 milhões/ano. Desse montante, os custos estimativos de manutenção com material rodante correspondem à média de 64,27%[22], o que equivalem a R$ 106 milhões/ano. Isso significa que o custo médio de manutenção do material rodante corresponde a R$ 19.717,00/carro[23]/mês, o que fornece a margem de diferença de 11,4% em relação aos custos de manutenção preventiva e corretiva do*

[22] Proporção entre custos de manutenção de material rodante, de sistemas, de via permanente e de renovação de via considerados os 30 anos, calculada com base na planilha acostada ao evento 40.148.

[23] 53 trens de 8 carros e 6 trens de 4 carros = 448 carros x 12 meses = 5736.

> *contrato da HYUNDAI-ROTEM, ou seja, incremento de 10,84 milhões/ano para eventuais despesas decorrentes das revisões.*
>
> *Por derradeiro, com relação à revisão final (RF), a Representada salienta que 12 trens da série 7000 e dois trens da série 7500 serão entregues pela CPTM à concessionária com a revisão - F realizada e quanto aos custos da revisão-F por ocasião da devolução dos trens da série 7000 e 7500 à CPTM, verifica-se que, no último ano da concessão, consta a estimativa de aumento dos custos com manutenção do material rodante na ordem de 6%, que se espera para a cobertura dos gastos com revisão.*" (grifos originais).

Além disso, deve-se relembrar que o presente certame cuida de concessão de serviço público, cujos estudos econômicos e projeções financeiras não se confundem e não podem ser diretamente comparados com licitações anteriormente promovidas pela CPTM para aquisição de trens e de material rodante.

Nos termos desse estudo de caso da Unidade de Economia da Assessoria Técnica, portanto, declaro a improcedência das impugnações dirigidas contra a projeção das despesas operacionais (OPEX).

Em relação à cláusula 17 da minuta do contrato, que trata da propriedade do projeto, da documentação técnica e dos direitos relativos às linhas, direcionou-se a Representante contra o item 17.3 dessa cláusula:

> "***17.3*** *Todos os sistemas supervisores, de automação e controle operacional, deverão ser obrigatoriamente de código aberto ou terem seus códigos depositados em sala cofre com acesso permitido ao PODER CONCEDENTE, que deverá manter, durante o PRAZO DA CONCESSÃO, rigoroso sigilo a respeito da documentação assim recebida.*"

Numa brevíssima síntese, aduziu a Representante que os sistemas mais renomados do mercado geralmente utilizam o modelo de

código-fonte fechado, de sorte que, no seu raciocínio, essa cláusula limitará a atuação da futura concessionária na compra desses aludidos sistemas.

De seu lado, a Secretaria licitante salienta que a própria cláusula permite a aquisição de software tanto pela modalidade do código aberto como do código fechado, tendo disposto apenas que, na hipótese do código-fonte fechado, será ele depositado em sala cofre com acesso ao Poder Concedente como meio de assegurar a continuidade dos serviços na hipótese da ausência do proprietário do software ou na ocorrência de qualquer forma de extinção do contrato de concessão, porquanto envolve a segurança diária de milhares de usuários do sistema.

Diz a Secretaria basear-se em aquisições pretéritas da CPTM, do Metrô de São Paulo e de concessionárias, e no fato de que esses softwares já farão parte dos equipamentos que serão adquiridos, tendo ainda afirmado não haver exigência para que a concessionária tenha acesso aos códigos-fonte dos softwares adquiridos.

Numa análise desse tema pela Assessoria Técnica especializada, a conclusão é pela improcedência do alegado na representação (vide fls. 2 do ev. 63.1):

> "*Analisando a contestada Cláusula 17.3 da Minuta que Contrato, constata-se que a Representante extrapola o estabelecido na referida Cláusula, uma vez que não há restrição a que os sistemas supervisores, de automação e controle operacional tenham código fechado. O depósito em sala cofre com acesso restrito se justifica principalmente para o caso de sistemas fechados porque, conforme a própria Representante esclarece, sistemas de 'código aberto' permitem que qualquer pessoa possa acessar, analisar e alterá-los, enquanto os de 'código fechado' não permitem que o usuário acesse o código-fonte, estando sujeitos ao direito de propriedade. Assim sendo, o exigido pelo Edital é que na sala cofre devem ser depositados eventuais fontes de*

*sistemas de código fechado e softwares dedicados de sistemas ou equipamentos específicos utilizados na execução do objeto. Neste sentido, o estabelecido na Cláusula contestada não implica em limitação à utilização de sistemas, sejam de código aberto ou fechado, ou mesmo impedimento à implementação de soluções qualificadas disponíveis no mercado por parte da futura Concessionária.*"

A cláusula questionada, portanto, não impõe um único modelo de código. E a respectiva guarda em sala cofre com acesso franqueado ao poder concedente é providência óbvia para os iniciados na matéria: trata-se de serviço público momentaneamente delegado a particular, preservando a titularidade do poder concedente sobre ele, com a consequente responsabilidade por sua continuidade e segurança, em caso de falha ou omissão da contratada.

Negar que o poder concedente tenha acesso a informações indispensáveis sobre o serviço delegado é declarar absoluto desconhecimento do regime concessionário e ignorar o dever de continuidade do serviço, mesmo após o término da concessão. Não prosperaria sequer eventual alegação de preocupação com eventuais direitos autorais dos desenvolvedores dos respectivos códigos, pois não se trata aqui de compartilhá-los com terceiros sem a observância das normas legais porventura aplicáveis. O desconforto da representante a esse respeito é mera ilação.

Quanto às eventuais especificações dos softwares, ou ao seu desenvolvimento, recorda-se tratar de concessão de serviço público, o que compreende uma plêiade de tarefas atribuídas ao concessionário para o devido e correto cumprimento do vínculo – inclusive a aquisição de softwares necessários à prestação do serviço público, nos termos regulamentares determinados por seu titular, no caso, o Governo do Estado de São Paulo. Não se trata, a toda a evidência, de uma licitação para concessão com o oculto e não declarado desiderato de adquirir um software.

É nefelibata a inferência de que o Estado da Federação com maior expertise em concessões voltadas à mobilidade urbana lance licitação deste vulto para, na verdade, comprar um software. Até porque, certamente, os valores a serem dedicados ao oferecimento do software se assemelham muito aquém do valor estimado do presente negócio, na casa dos bilhões de reais.

Finalmente, deve-se anotar que a concessionária tem liberdade para decidir se desenvolverá um software próprio, se o adquirirá no mercado ou se providenciará eventual adaptação a software já existente.

Outro ponto do projeto contra o qual se insurgiu a Representante diz respeito à ampliação da Estação Osasco disposta no item 2.13, "vi", do Anexo II.A:

> "**2.13 EMPREENDIMENTO 13 – Ampliação da Estação Osasco**
>
> Em relação às adequações previstas, integram-se ao escopo da ampliação, a conclusão das obras já iniciadas pela CPTM:
>
> (i) nova plataforma;
>
> (ii) ampliação do mezanino;
>
> (iii) implantação de escadas fixas;
>
> (iv) nove escadas rolantes a serem fornecidas pela CPTM (sete delas deverão ser recuperadas e reformadas pela CONCESSIONÁRIA);
>
> (v) um elevador deverá ser fornecido e instalado pela CONCESSIONÁRIA; e
>
> (vi) deverão também ser providenciadas adequações na VIA PERMANENTE, na rede aérea de tração, na sinalização e nas instalações fixas próximas à estação." (grifo nosso).

Segundo a Representante, embora o Anexo II.A diga que esses serviços de adequações na via permanente da Estação Osasco envolverão complementação e remanejamento, não haveria informações para uma correta compreensão dessa intervenção.

A Secretaria licitante protesta e alega que a Representante deixou de consultar outros documentos técnicos, a exemplo do Apenso 55 e do Apenso 13, todos do Anexo II.A.

O estudo dessa questão pela Assessoria Técnica especializada, uma vez mais, revelou não caber razão ao que fora suscitado na representação (vide fls. 2 do ev. 63.1):

> "*Analisando-se a documentação anexada aos autos juntamente com a Representação, encontra-se anexado no Evento 1.9 o documento intitulado Linhas 8 e 9 – Anexo III.A – Projetos e Engenharia, constituído pelas Partes I e II; na Parte I, item 2.13 (pág. 20) consta o Empreendimento 13 – Ampliação da Estação Osasco, que descreve as adequações previstas para a ampliação da referida estação, para conclusão de obras já iniciadas pela CTPM, sendo que na pág. 22 consta que informações detalhadas referentes ao Empreendimento (Ampliação da Estação) encontrar-se-iam no Apenso 13 deste mesmo Anexo. Já no item 4.1 (pág. 62) consta o Empreendimento 55 – Implantação da Via Permanente na Estação Osasco – Linha 8 – km 15+946, no qual encontra-se indicado (pág. 63) que o projeto referencial de implantação consta do Apenso 55 deste Anexo. Dentre a documentação encaminhada aos autos pela Representada constam (Eventos 40.318 e 40.319) o Memorial Descritivo do referido Empreendimento 55 (Apenso 55 – Via Permanente da Estação Osasco), bem como o documento intitulado Projeto Funcional - Via Permanente – Estação Osasco, com a indicação da nova via a ser implantada, nas quais constam, entre outros, a concepção proposta para o Empreendimento e o método construtivo proposto, assim como a Planta da Estação Osasco, com a configuração final das quatro vias, das quais poderiam ser extraídos detalhes, características e outras informações acerca das adequações a serem realizadas na Via Permanente da Estação Osasco. Assim sendo, entendemos improcedente a contestação da Representante, uma vez constatado que a mesma deixou de analisar documentos técnicos adequados através dos quais poderia ter acesso às informações reclamadas.*"

Incorporando à decisão, pois, esse parecer da Assessoria Técnica especializada, declaro que não procede o alegado na representação a esse respeito.

Prosseguindo, queixou-se a Representante de que não há dados sobre a sensibilidade da demanda quando da variação das tarifas públicas, ou seja, sobre como os usuários das Linhas 8 e 9 e dos demais modais respondem a aumentos e diminuições do valor da tarifa pública.

Numa brevíssima síntese, diz a Secretaria licitante que a futura concessionária não será remunerada por uma tarifa pública, mas, por uma tarifa técnica por passageiro transportado (descontadas as transferências entre linhas), de maneira a não ser relevante a análise dessa sensibilidade de demanda.

Ao menos numa leitura de caso sumária e apriorística, própria do rito sumário do exame prévio de edital eleito pela própria representante ao submeter sua inicial a este Tribunal, filio-me ao entendimento do Ministério Público de Contas por considerar aceitáveis e coerentes os esclarecimentos prestados pela Secretaria licitante.

Do que se pode extrair da cláusula 23 e seguintes da minuta do contrato[24], não é pela tarifa pública que será remunerada a futura

[24] "**23.** CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCEIRA – RECEITA TARIFÁRIA **23.1** A CONCESSIONÁRIA fará jus ao recebimento do valor de TARIFA DE REMUNERAÇÃO por PASSAGEIRO TRANSPORTADO NAS LINHAS, a partir da OPERAÇÃO COMERCIAL: **23.1.1** A TARIFA DE REMUNERAÇÃO é de R$ 2,84 (dois reais e oitenta e quatro centavos) data base de 1º de setembro de 2020. **23.2** A TARIFA DE REMUNERAÇÃO poderá sofrer AJUSTES À TARIFA, que serão sempre temporários e não se incorporam de forma definitiva à TARIFA DE REMUNERAÇÃO, para maior, na ocorrência das situações descritas nos incisos (i) e (ii) abaixo, ou para menor, na hipótese prevista no inciso (ii) abaixo: pagamento de IPTU, pela CONCESSIONÁRIA, sobre parcela ou a totalidade da ÁREA DA CONCESSÃO, sendo o acréscimo calculado em atenção ao valor do efetivo desembolso da CONCESSIONÁRIA, observado o disposto nas Cláusulas 34.2, inciso (x) e 34.5 e seguintes; e pelas variações na demanda de PASSAGEIROS nas LINHAS, nas hipóteses do Anexo VIII. **23.3** O pagamento do valor da remuneração devida à CONCESSIONÁRIA, descrito na Cláusula 22.1, observada a Cláusula 23.2 e contemplando eventuais AJUSTES À TARIFA, se for o caso, será realizado diariamente por meio de depósito em conta corrente de titularidade da CONCESSIONÁRIA, a partir do montante arrecadado pela comercialização de TÍTULOS DE VIAGEM, que compõe a CONTA DE ARRECADAÇÃO, conforme regulado nos instrumentos de CONVÊNIO e no acordo em vigor, constantes do Anexo III.F. **23.3.1** O valor final a ser transferido da CONTA DE ARRECADAÇÃO, para a conta corrente de titularidade da CONCESSIONÁRIA, considerará a dedução dos valores devidos pela CONCESSIONÁRIA, a qualquer título, destacando-se os seguintes: ÔNUS DE FISCALIZAÇÃO, nos termos da Cláusula 8.2; os montantes devidos pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, a qualquer título, já líquidos e exigíveis após a conclusão, se o caso, do correspondente processo

concessionária, mas, pela tarifa técnica - "*valor pago à concessionária por passageiro transportado nas linhas a partir da fase de operação comercial*" – e por eventual ajuste à tarifa - "*valor acrescido ou reduzido à tarifa de remuneração como forma de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato*" -, que é apurada pela câmara de compensação - "*mecanismo responsável pelo controle, aferição e gerenciamento dos valores recebidos pela venda de títulos de viagem no sistema de arrecadação do Bilhete Único do Município de São Paulo. É responsável por realizar a distribuição dos valores arrecadados aos operadores de transporte público metropolitano participantes do sistema de arrecadação do Bilhete Único do Município de São Paulo e pelos respectivos repasses dos montantes devidos à concessionária a título de tarifa de remuneração e ajuste à tarifa, tudo nos termos descritos no Anexo III.F*" -, no âmbito das transferências de passageiros no sistema de transporte metropolitano - "*passageiros que ingressam nas linhas por estação de integração, oriundos de outras linhas do sistema metroferroviário, com ou sem necessidade de pagamento de uma nova tarifa pública, seja por meio de linha de bloqueio ou por meio de contadores de fluxo de passageiros em área paga*" -[25].

Baseando-me, portanto, nesse contexto em que se dará a tarifa de remuneração e na conclusão do Ministério Público de Contas, à qual me filio, não há determinação a ser exarada a respeito de uma eventual abordagem da sensibilidade dos usuários a ajustes de tarifas públicas.

### ii) Queixas que buscam restringir a ampla participação no certame

---

administrativo, incluindo multas e indenizações, no limite de até 5% (cinco por cento) do valor diário devido à CONCESSIONÁRIA, sendo que os valores remanescentes serão descontados nos dias subsequentes, até a plena quitação do valor devido; e quando aplicável, as deduções por descumprimento dos INDICADORES DE DESEMPENHO, nos termos da Cláusula 22.1. **23.3.2** Na hipótese de inviabilidade, por qualquer razão, de realização de descontos do valor devido à CONCESSIONÁRIA, as deduções referidas na Cláusula 23.3.1, incisos (i) a (iii), serão pagas diretamente pela CONCESSIONÁRIA ao PODER CONCEDENTE, por meio de depósito bancário em conta corrente a ser oportunamente identificada, mantidos os prazos aplicáveis. **23.3.3** Os PASSAGEIROS TRANSPORTADOS NAS LINHAS, para fins de cálculo da RECEITA TARIFÁRIA devida à CONCESSIONÁRIA, serão contabilizados por meio de equipamentos e dispositivos de contagem instalados: (i) nas entradas das estações das LINHAS; e (ii) nas transferências das Estações de integração com outras linhas do SISTEMA METROFERROVIÁRIO (Pinheiros, Morumbi (Linha 17), Santo Amaro, Palmeiras/Barra Funda e nas futuras integrações das estações Lapa (Linha 7) e Água Branca (Linhas 6 e 7). **23.3.4** A TARIFA DE REMUNERAÇÃO constante da Cláusula 23.1.1 será reajustada nos termos da CLÁUSULA VIGÉSIMA QUARTA – REAJUSTE DA TARIFA DE REMUNERAÇÃO, de forma independente da evolução do valor da TARIFA PÚBLICA, não sofrendo qualquer impacto das gratuidades ou descontos tarifários estabelecidos".

[25] Conceitos extraídos do sistema de definições oficiais do edital e da minuta do contrato.

A respeito das cláusulas de qualificação técnica do item 12.24[26] do edital e seus subitens, requisita-se "*experiência prévia, ao longo de no mínimo 12 (doze) meses, como responsável pela gestão/administração de ativo de infraestrutura, de valor mínimo de investimento de R$ 650.000.000,00 (seiscentos e cinquenta milhões de reais), que tenha gerado receita operacional anual de, no mínimo, R$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais)*".

O requisito está adequadamente justificado pela Secretaria licitante, ao se valer da manifestação da Subsecretaria de Parcerias e da nota técnica do IFC, para informar que a ênfase recai "*na geração de receita operacional*", porquanto o projeto é caracterizado por "*um ativo no qual a maior parte da infraestrutura já se encontra instalada, possuindo poucos investimentos associados à execução de obras civis*", de maneira a ser necessário "*selecionar interessados que tenham demonstrada capacidade operacional em ativo de infraestrutura*".

A Secretaria licitante aduziu ainda que essa forma de aferir a aptidão técnica decorre da necessidade de alterar um cenário tradicionalmente desfavorável à participação por maior número de interessados, nacionais e internacionais, razão de estarem os requisitos focados na capacidade de gestão de ativos de infraestrutura de grande porte e geração de receita operacional, porquanto o escopo da delegação não se limita à operação do serviço de transporte de passageiros.

---

[26] "**12.24** Para fins de demonstração da sua QUALIFICAÇÃO TÉCNICA, a LICITANTE individual ou o CONSÓRCIO deverá comprovar aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da LICITAÇÃO, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnica, em nome da LICITANTE, emitido(s) por pessoa(s) jurídica(s) de direito público ou privado, ou por órgão de regulação e/ou de fiscalização, comprovando experiência prévia, ao longo de no mínimo 12 (doze) meses, como responsável pela gestão/administração de ativo de infraestrutura, de valor mínimo de investimento de R$ 650.000.000,00 (seiscentos e cinquenta milhões de reais), que tenha gerado receita operacional anual de, no mínimo, R$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais). **12.24.1** Para comprovação do exigido no item 12.24 deste EDITAL, será admitido somatório de atestados, desde que em um dos atestados seja demonstrada participação como responsável pela gestão/administração de ativo de infraestrutura que tenha o valor de investimento de, no mínimo, R$ 325.000.000,00 (trezentos e vinte e cinco milhões de reais), e que tenha gerado receita operacional anual de, no mínimo, R$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) [...]."

A esse respeito, vale transcrever o que diz Carlos Ari Sundfeld, autor intelectual da lei de Parcerias Público-Privadas e festejado especialista no campo das concessões de serviços públicos, ao comentar os requisitos de habilitação técnica de lei federal 8.666/93:

> "[A] lei impediu uma habilitação técnica por critérios diferentes da apresentação de atestados de desempenho anterior. Isso significou **fechar o mercado** à competição de empresas novas, que se constituíssem a partir de acervos de engenheiros e **de grandes capitais de outra origem**. Isso acabou fazendo com que, durante as décadas posteriores à lei 8.666/93, continuasse a haver uma grande **concentração do mercado de obras públicas nas mãos das mesmas empreiteiras** que já vinha da década de 1950. O critério legal de habilitação técnica foi moldado para garantir o fechamento do mercado em favor daquelas empresas que já vinham encorpando desde anos antes"[27] (destaque acrescido).

Para alterar esse cenário, é que o Governo do Estado de São Paulo desde já há alguns anos tem privilegiado outros aspectos – como a capacidade de promover grandes investimentos e de geri-los adequadamente – para fins de demonstração da aptidão de licitantes interessados em grandes obras de infraestrutura. **O que importa, afinal, não é um conjunto de papéis em tese manipuláveis, mas o estofo econômico e de gestão das empresas, o que garantirá o seu sucesso empresarial e a escorreita consecução da finalidade pública pretendida** – aspectos esses que estão intrinsecamente relacionados, aliás.

Pois bem, nesse contexto, a representante direcionou sua queixa ao subitem 12.24.3[28] do edital, no ponto onde estabelece não ser necessário "*que o valor mínimo de investimento em ativo de infraestrutura, considerando o respectivo cronograma de realização, tenha sido integralmente concluído na*

[27] Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins (entrevistadores), "Entrevista com Carlos Ari Sundfeld". *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura – RDAI*. Revista dos Tribunais, v. 6, jul/set, 2018 (p. 343-375).

[28] "**12.24.3** Para fins do disposto nos itens 12.24 e 12.24.1., acima, não é necessário que o valor mínimo de investimento em ativo de infraestrutura, considerando o respectivo cronograma de realização, tenha sido integralmente concluído na data marcada para a apresentação das PROPOSTAS, bastando a comprovação de que o empreendimento possui previsão de investimento mínimo em tal montante."

*data marcada para a apresentação das propostas, bastando a comprovação de que o empreendimento possui previsão de investimento mínimo em tal montante*".

Propõe a representante, em suma, que se restrinja essa qualificação técnica a fim de não ser mais admitida a prova realizada com cronogramas de investimento ainda em fase execução, mas, que se circunscreva a cronogramas de investimentos já encerrados, o que a mim se afigura como um pleito improcedente em sede de exame prévio de edital, por pretender seja restringida a possibilidade de ingresso na competição.

Justamente pela natureza sumária e apriorística do rito aplicado ao § 2º do art. 113 da Lei 8.666/93, o escopo de sua apreciação está na vigilância sobre eventuais excessos que desbordem do limite do indispensável que é definido no inc. XXI do art. 37 da Carta de 1988. A piorar, não está colocado qualquer estudo do segmento de mercado que possa contrapor os estudos da Administração e sustentar uma maior restrição nas condições licitatórias, razão pela qual não há alteração a ser determinada em sede de exame prévio de edital, ficando diferida para o rito ordinário a análise de evento do caso concreto derivado desse ponto.

Houve impugnação também contra a prova de qualificação técnica depois de encerrada a fase de habilitação, em até 7 (sete) dias úteis anteriores à assinatura do contrato, a ser exibida pela adjudicatária ou por operador subcontratado – item 15.5, v -, nos seguintes termos:

> "**15.5** Previamente à assinatura do CONTRATO, nos prazos indicados, a ADJUDICATÁRIA deverá: [...] **(v)** em até 07 (sete) dias úteis anteriores à assinatura comprovar, perante o PODER CONCEDENTE, experiência **na operação de sistema de transporte público de passageiros urbano ou metropolitano com tecnologia de metrô leve (monotrilho, VLT), de metrô ou ferroviária**, por no mínimo 12 (doze) meses consecutivos, com pelo menos 300.000 (trezentos mil) entradas de passageiros, em média por dia útil, pela ADJUDICATÁRIA ou por OPERADOR SUBCONTRATADO, observadas, neste último caso, as condições previstas na minuta do CONTRATO, admitindo-se, em qualquer das hipóteses, a soma de

> atestados para a comprovação do quantitativo de entrada de passageiros exigido, desde que pelo menos um dos atestados apresente 50% (cinquenta por cento) do quantitativo exigido, e que todos observem o período mínimo de 12 (doze) meses consecutivos de experiência. Para a comprovação aqui exigida, serão aplicáveis, para a ADJUDICATÁRIA ou para o OPERADOR SUBCONTRATADO, os mesmos termos e condições previstas nos itens 12.25 a 12.32;" (destaque acrescido)

A exigência questionada estabelece que, após a declaração do vencedor do certame, e antes da assinatura do contrato, a adjudicatária **ou seu subcontratado** deverá comprovar que possui a experiência anterior descrita acima.

O item ora em exame tem o mesmo intuito de **ampliar o universo de licitantes aptos,** que já foi reconhecido no item anterior deste voto.

Veja-se que, reconhecendo se tratar de um mercado naturalmente restrito – o de **operação de sistema de transporte público urbano ou metropolitano com tecnologia de metrô leve (monotrilho, VLT), de metrô ou ferroviária** – a Administração optou por deslocar um item tradicionalmente exigido para fins de atestação técnica para momento posterior.

Desse modo, permite-se que o vencedor da disputa negocie, **após o certame**, diretamente com os operadores interessados e disponíveis no mercado os termos e as condições do vínculo a ser por eles entabulados.

É dizer, no lugar de forçar uma associação anterior à disputa entre os **operadores de sistema de transporte público urbano ou metropolitano com tecnologia de metrô leve (monotrilho, VLT), de metrô ou ferroviária** e os licitantes propriamente considerados (p. ex. integrantes do consórcio ou grupo econômico interessado) – o que terminaria por reduzir o universo de competidores aptos – , a previsão editalícia ora questionada libera os licitantes e os **operadores de sistema** para se associarem posteriormente à disputa.

Em outras palavras, **o que pretende a representante neste item específico é equiparar o universo de potenciais interessados ao número sabidamente restrito de operadores de sistema de transporte público urbano ou metropolitano com tecnologia de metrô leve (monotrilho, VLT), de metrô ou ferroviária** e que detenham a experiência definida no item do edital acima reproduzido.

E isto não faz o menor sentido, pois **o que se pretende não é a contratação de um operador de sistema, mas a delegação em concessão da exploração de um serviço público indispensável**, o que compreende a realização de vultosos investimentos, a coordenação de uma pluralidade incomensurável de atores, e uma rara capacidade de gestão do bem e dos serviços públicos que serão transferidos à iniciativa privada por longas décadas.

Outro agravamento de condições do ato convocatório é proposto pela Representante à penalidade contratual do Anexo V, por entender que há riscos de descumprimento da obrigação de a concessionária adquirir 34 (trinta e quatro) novos trens e realizar remobilização de 2 (dois) trens diante do sistema de multas do Anexo V, diante da multa lá fixada:

| AQUISIÇÃO DE MATERIAL RODANTE | | | | |
|---|---|---|---|---|
| 9 | Atrasar o cronograma, conforme prazos e condições do item 2.1 do Anexo II.F relativamente à devolução dos trens à CPTM, observada a Programação de Devolução de Trens constante do item 5.5.4 do Anexo II.G. | Anexo II.F e Anexo II.G item 5.5.4 | R$ 500.000,00, sendo o primeiro mês. Segundo mês em diante, R$ 1.000.000,00. [aplicação pro rata dia] | II – Infração por mora |

Propõe a representante passe a ser também exigida "*apresentação de Declaração do Fabricante dos trens (que poderá ser, eventualmente, até subcontratado da Concessionária) na fase de habilitação, por meio da qual se responsabiliza pela entrega tempestiva do material rodante*" (carta conforto), baseando-se no julgado do proc. TC-25059/026/09.

Um ponto relevante é que a decisão do TC-25059/026/09[29] diz respeito a se admitir declaração de instituição financeira, nacional ou estrangeira, atestando que examinou o edital, seus anexos e planos de negócios da licitante, o que não se pode colocar em pé de igualdade com uma declaração de compromisso do fabricante para a fase de habilitação, porquanto aquela declaração de instituição financeira tangencia a aptidão técnica para os investimentos demandados pela concessão, enquanto que esta declaração do fabricante proposta pela representante corresponderia à mobilização prévia vedada pelo § 6º do art. 30 da Lei 8.666/93, que aqui incide subsidiariamente, razão de se colocar em desconformidade com a Súmula nº 15[30] deste Tribunal.

Ademais, esclareceu a Administração haver outras espécies de sanções à hipótese de descumprimento da aludida obrigação contratual, para além da multa, a exemplo do item 2[31] do Anexo V, que prevê a devolução ao Poder Concedente de eventual montante auferido pela concessionária, ainda que em forma de economia, pela prática da infração, evitando seu enriquecimento ilícito.

Acresceu a Secretaria licitante que a penalidade dobra a partir do segundo mês de atraso, passando a ser de R$ 1.000.000,00/mês, de maneira que a penalidade pode chegar a R$ 11.500.000,00 pelo atraso de um ano, o que equivaleria a aproximadamente 23% do valor de um trem novo, além do que, a concessionária fica sujeita ainda à penalidade definida no item 9 da Tabela "Tipificação das Infrações", que recai sobre cada trem em atraso, de maneira que a "infração por mora" aplicável cumulativamente por trem em

[29] **TC-25059/026/09**. Plenário. Sessão de 26/8/2009. Relator: Conselheiro-Substituto Carlos Alberto de Campos. DOE de 26/8/2009.

[30] **Súmula nº 15** - Em procedimento licitatório, é vedada a exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa.

[31] "[...] o PODER CONCEDENTE sempre poderá, além de aplicar a devida penalidade, exigir a devolução de eventual montante que a CONCESSIONARIA tenha auferido, ainda que em forma de economia, em razão da prática de ato tido como infração, de modo a se evitar o enriquecimento ilícito da CONCESSIONARIA."

atraso tem valor de R$500.000,00 no primeiro mês, passando ao valor de R$1.000.000,00 a partir do segundo mês em diante.

Conclusivamente, pois, são satisfatórios os esclarecimentos da Administração, sendo forçoso ponderar que um agravamento desse sistema de penalidades, como quer a Representante, poderia vir a ser fator de desestímulo à tomada de decisão por ingressar na concorrência internacional, em contraponto com o fim buscado pelo postulado da licitação no que diz respeito à observância do indispensável, consoante o inc. XXI do art. 37 da Carta Constitucional.

**(iii) Queixas dirigidas a cláusulas da minuta do contrato**

As insurgências dirigidas à minuta de contrato serão decididas a seguir. As críticas não se dirigem à fase de disputa propriamente considerada. Ao mesmo tempo, não há indícios de ilegalidade manifesta nos pontos questionados. Por essa razão, e em respeito ao escopo e ao rito sumário do exame prévio de edital, a análise se dá de modo objetivo e direto.

A cláusula 67 da minuta de contrato regula o procedimento de arbitragem no âmbito do contrato de concessão. A instauração de arbitragem para fins de rescisão do contrato deve observar o quanto nela previsto. Por mero preciosismo, ressalvam-se as hipóteses excepcionais e exorbitantes de rescisão contratual pelo poder concedente (titular do serviço), nos termos da lei e da Constituição Federal.

A insurgência contra a cláusula 58.4.2 da minuta de contrato foi rechaçada em resposta ao pedido de esclarecimento nº 728. A redação da referida cláusula está de acordo com o disposto no artigo 39, parágrafo único, da lei de concessão. E é certo que qualquer das partes pode, nos termos da cláusula 67.12, se socorrer da arbitragem.

Os questionamentos dirigidos à composição da câmara arbitral encontram-se superados pela cláusula 67 do contrato de concessão e seus desdobramentos. Hipóteses porventura não cobertas pelo regime contratual devem ser compreendidas em conformidade com o decreto estadual n. 64.356, de 31/7/2019, que dispõe sobre o regulamento arbitral no âmbito das contratações públicas firmadas pelo Governo do Estado de São Paulo.

Beira o absurdo o questionamento dirigido à cláusula 50.13.2 da minuta de contrato. Há ampla experiência nas contratações públicas atuais que revelam a correção de comunicações oficiais por meio eletrônico. Deve-se anotar que a própria paralisação do certame sobre o qual ora se decide foi primeiramente comunicada por correspondência eletrônica, e apenas posteriormente publicada no veículo oficial. Não fosse isto, o pleito da representante não teria sequer surtido efeito. E isso tudo para não mencionar novas disposições adotadas por órgãos do Poder Judiciário autorizando-as inclusive por meio de aplicativos de comunicação instantânea. De todo o modo, a presunção de recebimento é relativa e passível de contraprova pela parte prejudicada.

A cláusula 10.1.3 da minuta de contrato trata do prazo de 10 dias para retificação nos planos de operação e manutenção, de investimentos e de gestão e mobilização de ativos. Diferentemente do que afirma a representante, a cláusula referida não trata da apresentação do plano original, cuja apresentação deve ocorrer em até 90 dias após a assinatura do contrato, a rigor do disposto na cláusula 10.1.2.

De toda a sorte, em resposta ao pedido de esclarecimento n. 723, restou consignado que poderá ser prorrogado o prazo de 10 dias previsto na cláusula 10.1.3, a critério do poder concedente.

Ademais, o prazo de 10 dias é uniforme: aplica-se para a concessionária retificar o plano original, e também ao poder concedente no

momento de apreciá-lo, conforme disposto na cláusula 10.1.4 da minuta de contrato.

E é certo que a concessionária não sofrerá consequências em sua operação em virtude de eventual descumprimento do prazo de 10 dias pelo poder concedente. É que a cláusula 10.1.5 do edital autoriza a sua implantação, no silêncio da Administração.

Por derradeiro, adoto como razão de decidir os esclarecimentos prestados pela Administração a respeito das cláusulas contratuais e de seus anexos, que foram sintetizados nas letras **(o)**, **(n)** e **(p)** do relatório que antecede a este voto, com suas respectivas numerações, e que revelam à representante necessidade de ler e de compreender o edital em sua integralidade. Como já decidiu este Tribunal em mais de uma oportunidade, "o edital deve ser interpretado em seu conjunto pelos licitantes interessados (...). Nas palavras de Carlos Ari Sundfeld: '(...) o contido em qualquer anexo do edital é tão edital da licitação quanto o que está escrito nas cláusulas do documento a que se dá o nome de edital. Os anexos são cláusulas do edital, embora sob outras formas. O valor jurídico dos anexos é o de norma do edital. Uma cláusula do edital de licitação não pode ser lida, interpretada e aplicada isoladamente, desconhecendo o restante das cláusulas estejam elas no corpo principal (no edital em sentido estrito) ou nos anexos (no edital em sentido amplo)'[32].

Assim, são improcedentes as críticas direcionadas à minuta de contrato.

Ante todo o exposto e filiando-me à Assessoria Técnica, à Procuradoria da Fazenda do Estado e ao Ministério Público de Contas, voto

[32] Segunda Câmara, TC-410/010/14, Rel. Cons. Subs. Alexandre Manir Figueiredo Sarquis, sessão de 21/7/2015, reproduzindo trecho de Carlos Ari Sundfeld. Pareceres, Vol. III. São Paulo: Thomson Reuter – Revista dos Tribunais, 2013, pp.: 173/174 .

pela **improcedência** da representação e declaro desde já **cessados** os efeitos da medida cautelar inicialmente decretada, liberando a Secretaria dos Transportes Metropolitanos a prosseguir com o certame.

Finalmente, acolho sugestão do Ministério Público de Contas e proponho a autuação e distribuição aleatória de processos referentes à concorrência internacional aqui tratada, ao futuro contrato de concessão e à correspondente execução contratual.

É o que submeto à elevada consideração do E. Plenário.