TRIBUNAL PLENO - SESSÃO DE 06/01/2013
EXAME PRÉVIO DE EDITAL – ESTADUAL

PROCESSOS Nº:	00001443.989.12-4 00001446.989.12-1
REPRESENTANTE:	Construplanos Engenharia e Construções Ltda. – ME.
REPRESENTADA:	Companhia do Metropolitano de São Paulo - METRÔ Responsável: Peter Berkely Bardram Walker – Diretor Presidente
ASSUNTO:	Representações formuladas contra os editais das Concorrências n^{os}: - 41.822.284, destinada à concessão de uso de espaços em áreas do Sistema Metroviário e em Empreendimentos Administrados pela Companhia do Metrô, para a instalação de Módulos Blindados de Venda Assistida de Créditos Eletrônicos do Sistema de Bilhetagem Eletrônica do Bilhete Único, mediante remuneração à Concedente. - 41.832.284, destinada à concessão de uso de espaços em áreas do Sistema Metroviário e em Empreendimentos Administrados pela Companhia do Metrô, para a instalação de Equipamentos de Autoatendimento para a Venda de Créditos Eletrônicos, Recarga Automática de Vale Transporte e de outros tipos de créditos eletrônicos e de Consulta de Saldo do Sistema de Bilhetagem Eletrônica do Bilhete Único, mediante remuneração à Concedente.
ADVOGADO:	Carlos Alberto Cancian (OAB/SP nº 123.667)

RELATÓRIO

Construplanos Engenharia e Construções Ltda. ME. formulou, em 17 de dezembro passado, por meio de seu

representante legal Douglas Marcelo Galves Reia, **Representações** em face deste Tribunal de Contas, com o propósito de impugnar a realização das **Concorrências nos**: **41.822.284** - destinada à concessão de uso de espaços em áreas do Sistema Metroviário e em Empreendimentos Administrados pela Companhia do Metrô, para a instalação de Módulos Blindados de Venda Assistida de Créditos Eletrônicos do Sistema de Bilhetagem Eletrônica do Bilhete Único, mediante remuneração à Concedente e **41.832.284** - destinada à concessão de uso de espaços em áreas do Sistema Metroviário e em Empreendimentos Administrados pela Companhia do Metrô, para a instalação de Equipamentos de Autoatendimento para a Venda de Créditos Eletrônicos, Recarga Automática de Vale Transporte e de outros tipos de créditos eletrônicos e de Consulta de Saldo do Sistema de Bilhetagem Eletrônica do Bilhete Único, mediante remuneração à Concedente.

Os certames tiveram seus andamentos suspensos por decisão do Eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini, publicada no D.O.E. de 21 de dezembro, conforme registrado no evento nº 16.

No que toca ao edital nº 41.822.284, objeto de exame no processo eletrônico nº 00001443.989.12-4, reclama a Representante, sustentada em doutrina de Marçal Justen Filho e jurisprudência do Egrégio Tribunal de Contas da União, que o edital não está acompanhado de orçamento estimado, detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários, omissão que contraria disposição contida no inciso II, do § 2º, do artigo 40 da Lei de Licitações, inclusive impossibilitando aos interessados verificarem se a exigência de patrimônio líquido a ser apresentado pelos licitantes, no valor de R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais), encontra-se adequada ao limite previsto no § 3º, do artigo 56 do mesmo diploma legal.

Ressente-se, assim, do valor estimado para cada lote[1] e das planilhas com preços unitários de todos os equipamentos e

[1] Processo nº 00001443.989.12-4 – Concorrência nº 41.822.284:
Lote 1 – Estações: Ana Rosa, Vila Mariana, Santa Cruz, Praça da Árvore, Saúde e São Judas;
Lote 6 – Estações: Tucuruvi, Parada Inglesa, Jardim São Paulo/Airton Sena, Santana, Armênia-Norte e Armênia-Sul;
Lote 9 – Estações: Brigadeiro-Leste, Brigadeiro-Oeste, Paraíso, Santos/Imigrantes, Alto do Ipiranga, Sacomã, Tamanduateí e Vila Prudente;
Lote 10 – Estações: Corinthians/Itaquera, Artur Alvim, Patriarca, Guilhermina Esperança, Vila Matilde e Penha.

Processo nº 00001443.989.12-1 – Concorrência nº 41.832.284:
Lote 1 – Estações: Ana Rosa, Vila Mariana, Santa Cruz, Praça da Árvore, Saúde e São Judas;

materiais a serem implantados para execução dos serviços, dados que serviram de parâmetro de cálculo e fixação da qualificação econômico-financeira exigida dos licitantes, omissão que implica necessidade de revisão do edital, pena de ferir os princípios da igualdade, publicidade, legalidade, competitividade, impessoalidade, probidade administrativa e moralidade, na medida em que as empresas que já possuem módulos instalados nas estações desfrutam de informações privilegiadas relativas aos custos envolvidos.

Entende, mais, alertando para o fato de que a comercialização de créditos de vale transporte exige credenciamento das empresas junto a São Paulo Transportes - SPTRANS, consistir incoerente a previsão editalícia que determina a inabilitação de proponentes desprovidos de necessária qualificação técnica, condição contraditória ao fato de não existir no edital a definição dos critérios e documentos a serem utilizados no julgamento, que deverá ser objetivo.

Lote 2 – Estações: Anhangabaú-Formosa, Anhangabaú-Falcão, Bresser-Moóca, Belém, Tatuapé e Carrão;
Lote 5 – Estações: São Bento-Nível B, São Bento-Ladeira, São Bento-Vale, Sé, São Joaquim, Vergueiro e Brás;
Lote 6 – Estações: Tucuruvi, Parada Inglesa, Jardim São Paulo/Airton Sena, Santana, Armênia-Norte e Armênia-Sul;
Lote 8 – Estações: Vila Madalena, Sumaré, Clínicas, Consolação, Trianon-Leste, Trianon-Oeste e Chácara Klabin;
Lote 10 – Estações: Corinthians/Itaquera, Artur Alvim, Patriarca, Guilhermina Esperança, Vila Matilde e Penha.

Além disso, não restaram definidas no instrumento convocatório as condições de prova de capacidade técnico-profissional, ausência que estaria a contrariar a determinação legal inserta no § 1º, do artigo 30 da Lei de Licitações, a qual obriga que os licitantes apresentem dentro de seus envelopes "documentação" a indicação do profissional que se responsabilizará pela execução dos serviços.

Mostra-se indignada, ademais, com a possibilidade dos licitantes juntarem novos documentos após a sessão pública destinada à avaliação dos documentos de habilitação[2], a critério da Comissão de Licitação, previsão editalícia contrária ao disposto no § 2º, do artigo 43 da Lei de Licitações[3], seja porque atribui margem a aplicação de critério subjetivo, seja porque retira dos licitantes a possibilidade de apreciar os documentos juntados posteriormente pelos oponentes, refletindo prejuízo ao direito de interposição de recurso

[2] g.5 – A critério da Comissão de Licitação, admitir-se-á o saneamento de falhas, desde que os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias, sob penas de inabilitação do licitante e aplicação de multa de 1 % (um por cento) do valor do contrato, com previsão legal no § 5º do art. 40 da Lei 6.544/89.

[3] § 2º - Todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.

administrativo e colidindo, também, com a previsão do § 1º, do artigo 44 do mesmo diploma legal[4].

Esse mesmo item editalício (g.5) estaria, inclusive, maculado por impor sanção não prevista no dispositivo que menciona (§ 5º, do artigo 40 da Lei 6.544/89[5]).

Noutro aspecto, ao invocar a Lei 8.987/95, considera o edital impróprio diante da falta de previsão acerca das condições para amortização dos investimentos iniciais realizados pela concessionária, distante, assim, do que consignou o inciso III, do artigo 2º da referida lei.

A regularidade econômico-financeira exigida dos licitantes, por sua vez, destoaria do que descreve o § 2º, do artigo 31 da Lei de Licitações[6], uma vez que o edital se mostra absolutamente

[4] § 1º - É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

[5] § 5º - Ultrapassada a fase de habilitação, a que se referem os incisos I e II, e abertas as propostas, de que trata o inciso III, não mais cabe desclassificá-las por motivo relacionado com a capacidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade fiscal, salvo em razão de fatos supervenientes, ou só conhecidos após o julgamento.

[6] § 2º - A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo, ou ainda as garantias previstas no § 1º do art. 56 desta Lei, como dado objetivo de comprovação da qualificação econômico-financeira dos licitantes e para efeito de garantia ao adimplemento do contrato a ser ulteriormente celebrado.

ilegal por "limitar a apresentação de capital social registrado ou patrimônio líquido apenas para as empresas que possuam grau de liquidez corrente maior ou igual a 1 (um)", além do que outras referências podem ser utilizadas como forma de comprovação de qualificação, tal qual os índices de liquidez geral (ILG) e o índice de endividamento (IE).

Na sequência de suas reclamações, antevê como excessivas e incongruentes as regras destinadas a regular a aplicação de multas por intercorrências no atendimento aos usuários do sistema[7].

O inconformismo que apresenta segue com a seguinte indagação: "na eventual ocorrência de reclamações formalizadas ou não, na quantidade de **7 (sete)**, a infração será leve ou média; ou no caso de 10 (**dez**), será classificada como média ou grave?".

Ademais, como estabelecidos, os critérios se mostrariam desproporcionais e indefinidos em valores monetários, revelariam fragilidade na apuração dos fatos, tudo agravado pela

[7] Leve de 5 a 7 reclamações;
Média de 7 a 10 reclamações;
Grave de 10 a 15 reclamações.

inexistência de previsão de possibilidade de defesa para os apenados, na minuta do contrato.

Por fim, vê como ilegal a liberalidade quanto à tecnologia a ser utilizada, permitida a escolha pelos licitantes sem que se fixassem critérios mínimos de funcionalidades, mesmo porque há necessidade de credenciamento prévio junto à São Paulo Transportes - SPTRANS, órgão ao qual o equipamento deverá obrigatoriamente estar conectado, ainda mais porque o edital proíbe subcontratação, preocupando possível falta de qualidade nos equipamentos que serão colocados para execução dos serviços, bem como de expertise de eventuais aventureiros.

Passando ao relato do teor da Representação contida no processo eletrônico nº 00001446.989.12, que recai sobre o edital da Concorrência nº 41.832.284, consigno que a inicial repete inconformismo com: ausência de valor estimado no edital (desta feita acrescentando jurisprudência deste E. Tribunal em processo de minha relatoria); falta de parâmetro para aferir a adequação do valor exigido para o patrimônio líquido dos licitantes, aqui no montante de R$ 29.000,00 (com indicação de arestos desta E. Corte e do E. Tribunal de Contas da União); possibilidade de saneamento de falhas após o

encerramento da sessão de julgamento dos documentos de habilitação; inexistência de critérios destinados à avaliação da qualificação técnica dos licitantes; inadequação dos critérios destinados à sanção dos licitantes por reclamações dos usuários (agora sob novo enfoque, por não encontrar amparo legal nos dispositivos que regem a inexecução parcial do contrato e por evidenciar desproporcionalidade, uma vez que "a falha operacional que reduz o atendimento dos usuários pela metade, é punida com mais gravidade do que a falha operacional de deixar de atender o usuário em sua totalidade, faltando aos critérios razoabilidade"); impossibilidade de defesa dos contratados sancionados pelo Metrô; ausência de prazo para amortização dos serviços; e, ausência de critério para escolha da tecnologia a ser utilizada pelas concessionárias.

Aponta, por outro lado, novas irregularidades, agora se insurgindo contra a falta de parâmetro para formulação da proposta de preços, pois omitida a média mensal de vendas e movimentação financeira de cada estação, informação essencial diante da forma de remuneração prevista em percentual sobre valores arrecadados, o que também permitiria vantagem indevida às empresas que já são concessionárias junto ao Metrô, devendo a Estatal, nos

termos do inciso IV, do artigo 18 da Lei 8.987/95, disponibilizar junto ao edital "estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas", bem como contra omissão editalícia consubstanciada em não exigir-se dos licitantes certidão negativa referente aos tributos imobiliários, a ser fornecida pela Fazenda Municipal do domicílio ou sede do licitante, ressaltando que a lei não autoriza que a exigência de regularidade fiscal seja efetuada de modo parcial, apenas voltada para a verificação do adimplemento dos tributos mobiliários.

Também entende necessário que o edital aponte a metragem das áreas a serem ocupadas pelos equipamentos de ATM, pois o preço fixado para a exploração está estabelecido em R$ 737,00 (setecentos e trinta e sete reais), por metro quadrado.

Pede em suas conclusões a reformulação dos instrumentos convocatórios atacados, julgando-se procedentes as Representações.

As licitações estão suspensas consoante registrado nos eventos de nº 18 dos processos eletrônicos 00001443.989.12-4 e 0001446.989.12-1, os quais registram, ainda, a juntada das devidas justificativas e documentos necessários à instrução,

em atendimento à fixação de prazo constante da concessão da liminar pelo Eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini.

Defendendo a regularidade do edital combatido, o Metrô trouxe ao processo, no dia 10 de janeiro passado, os seguintes argumentos, *ipsis litteris:*

Do orçamento estimativo de preços

A Representante apontou como um equívoco, a ausência de orçamento estimativo de preços. Afirmou ainda que, não obstante, houve previsão de que os proponentes deveriam comprovar patrimônio líquido de, no mínimo, R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais), por lote, referente ao último exercício, não sendo possível mensurar como foi calculado e aplicado o previsto nos § 2° e 3° do inciso III do artigo 31 da Lei de Licitações n°. 8666/93, o qual estabelece que o valor exigível do patrimônio líquido não poderá exceder 10%.

Para esclarecer tal ponto, insta destacar, inicialmente que, não existe orçamento detalhado de preços, tendo em vista que os contratos a serem firmados decorrentes das concorrências mencionadas

consistem em futuros contratos de receita *para a Companhia do Metrô, e não de despesa.*

Vale destacar que, as presentes licitações foram instauradas em virtude do processo administrativo de descredenciamento da Concessionária Serviços Digitais Ltda., adjudicatária de certame anterior, pela SPTRANS - São Paulo Transporte S/A, gerenciadora do sistema de bilhetagem eletrônica do Bilhete Único, o que tornou indispensável a seleção de empresa interessada no objeto da concessão.

Quanto ao valor do patrimônio líquido mínimo a ser comprovado pelas proponentes, impende salientar que o cálculo foi elaborado a partir da projeção das receitas esperadas para o contrato, dentro da ótica desta Companhia, aplicando-se, então, o percentual de 10% (dez por cento), como disposto na Lei 8.666/93.

É necessário esclarecer ainda que, o valor de R$ 27.000,00 (vinte e sete mil reais) foi aplicado para a Concorrência n° 41822284 (TC 1443/989/12-4), e que o valor do patrimônio líquido para a Concorrência n°41832284 (TC 1446/989/12-1) foi de R$ 29.000,00 (vinte e nove mil reais).

Diante o exposto, o Patrimônio Líquido exigido para as licitações teve por base a remuneração fixa determinada para cada um dos processos, nos termos do § 3° do artigo 31 da Lei 8666/93. Senão vejamos.

Em relação à concorrência n°. 41822284 (TC 1443/989/12-4), o cálculo foi elaborado da seguinte forma:

RS 2.779.125,12, com vigência de 24 meses. O PL, será calculado por Lote, considerando:

A remuneração mensal a ser paga pela CONCESSIONÁRIA no prazo de concessão será constituída do somatório da remuneração fixa e da remuneração variável, na data base de 01/10/2012.

Estima-se remuneração fixa por lote de R$ 463.187,52, somado a remuneração variável.

Portanto a GPF estimou o valor do PL em R$ 27.000,00.

No que tange à concorrência n°41832284 (TC 1446/989/12-1), o cálculo se baseou nas seguintes informações:

RS 4.127.040,72, com vigência de 24 meses. O PL será calculado por Lote, considerando:

A remuneração mensal a ser paga pela CONCESSIONÁRIA no prazo de concessão será constituída do somatório da remuneração fixa e da remuneração variável, na data base de 01/10/2012.

Estima-se remuneração fixa por lote de R$ 687.840,12 somado a remuneração variável.

Portanto a GPF estimou o valor do PL em R$ 29.000,00.

Diante do acima explicitado, resta claro que não procedem as alegações da Representante.

Da publicidade e concorrência no certame

Mencionou a Representante suposta ausência de publicidade nos presentes certames. De acordo com o seu entendimento "as empresas que já possuem módulos nas estações, tem informações privilegiadas de custos e preços, podendo apresentar propostas com ampla vantagem aos novos proponentes, que não possuem tais informações".

A Representante alegou ainda ausência de publicidade de dados essenciais para a elaboração de proposta comercial.

A fim de esclarecer o apontado, importa mencionar que os lotes licitados através das concorrências aqui tratadas não estavam sendo

ocupados por nenhuma das atuais Concessionárias, restando claro que não houve qualquer tipo de favorecimento ou informação privilegiada, mas muito pelo contrário, foi assegurado o princípio da igualdade entre os licitantes.

Ademais, as informações solicitadas não estão associadas à elaboração do Plano de Negócio.

Vale lembrar novamente que, o motivo da realização de novo procedimento licitatório para os lotes indicados nos dois processos se deu em razão do descredenciamento da antiga concessionária, fazendo com que não tenham base os argumentos da Representante quanto à dita "concorrência desleal", já que a empresa descredenciada, possível detentora das informações questionadas, não participará do novo processo.

Desta forma, quanto a este ponto, as Representações também carecem de fundamento.

Do profissional técnico responsável pela execução dos serviços

Outro ponto destacado pela Representante diz respeito à ausência de profissional técnico responsável pela execução dos serviços.

Segundo a Representante, o artigo 30 da Lei de Licitações determina que os licitantes apresentem dentro de seu envelope documentação e a indicação do profissional que se responsabilizará pela execução dos serviços.

Quanto a este ponto impende destacar que toda a responsabilidade técnica será do Gestor do Contrato, indicado quando da assinatura dos instrumentos. A qualificação técnica é exigida pela SPTrans quando do credenciamento da licitante junto àquele órgão.

Ademais, é importante salientar que o artigo 30 da Lei 8666/93 lista as exigências máximas de qualificação técnica, ***se exigida.*** *Na lição de Marçal Justen Filho,*

O elenco dos arts. 28 a 31 deve ser reputado como máximo e não como mínimo. Ou seja, não há imposição legislativa a que a Administração, em cada licitação, exija comprovação integral quanto a cada um dos itens contemplados nos referidos dispositivos. O edital não poderá exigir mais do que ali previsto, mas poderá demandar menos. (g.n).

Assim, é possível concluir que a Companhia do Metrô agiu corretamente e dentro dos ditames legais.

Da apresentação de documentos e suposto julgamento subjetivo

A Representante destacou que o edital traz a possibilidade de apresentação extemporânea de documentos e julgamento subjetivo, conforme dispõe o subitem "g.5" do edital:

A critério da Comissão de Licitação, admitir-se-á o saneamento de falhas, desde que os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de inabilitação do licitante e aplicação da multa de 1% (um por cento) do valor do contrato, com previsão legal no §5° do art. 40 da Lei 6544/89.

Em suma, destacou a empresa representante que a Lei 8666/93 obriga, em seu artigo 43, que todos os documentos da proposta sejam rubricados por todos os licitantes presentes a sessão pública e pela comissão, e que a possibilidade de saneamento prevista no edital violaria essa previsão legal.

A lei 8666/93 em seu artigo 1° diz o seguinte:

*Art. 1° Esta Lei estabelece **normas gerais sobre licitações** e contratos administrativos (...) - g.n.*

Com o objetivo de esclarecer o ponto suscitado, importa analisar alguns aspectos.

A Lei 8666/93 veicula duas competências legislativas diversas. As normas gerais vinculam todos os entes federativos, e as especiais são obrigatórias apenas na órbita da União.

A Companhia do Metropolitano de São Paulo está vinculada a Administração Pública do Estado de São Paulo, que possui legislação própria sobre o tema. A Lei Estadual N° 6.544, de 22 de novembro de 1989, dispõe sobre o estatuto jurídico das licitações e contratos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações, concessões e locações no âmbito da Administração Centralizada e Autárquica paulista. Oportuno citar o teor de seu art. 40, mais precisamente na parte que trata de diligências e saneamento nas licitações realizadas pela Administração Pública estadual:

Artigo 40 - A licitação poderá ser processada e julgada observadas as seguintes etapas consecutivas:

(...)

VI - abertura dos envelopes e apreciação da documentação relativa à habilitação dos concorrentes cujas propostas tenham sido classificadas até os 3 (três) primeiros lugares;

(...)

§ 4° - É facultado à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório, vedada a criação de exigência não prevista no edital.

§ 5° - Para os efeitos do disposto no inciso VI deste artigo, admitir-se-á o saneamento de falhas, desde que, a critério da Comissão de Licitação, os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de inabilitação do licitante e aplicação da multa prevista no edital.(g.n).

Ou seja, a Lei Estadual traz a possibilidade de saneamento das falhas no prazo máximo de até 3 (três) dias, sendo que a Companhia apenas respeitou o disposto na norma referenciada.

Por outro lado, a apresentação de documentos no caso de saneamento de falhas não está vinculada a rubrica por parte dos licitantes, como entende a empresa autora da Representação. O objetivo do procedimento licitatório consiste em conseguir a melhor contratação dentro dos parâmetros legais estabelecidos, e qualquer excesso que fuja deste objetivo é mero formalismo, o que, prejudicaria o interesse público.

Portanto, não assiste razão à Representante neste aspecto.

Da redação da penalidade com base no §5° do art. 40 da Lei 6.544/89

A Representante apontou equivocada redação relativa à penalidade prevista. Isso porque, o item "g.5" traz previsão legal de penalidade aplicável aos proponentes fundamentada no §5° do artigo 40 da Lei Estadual 6544/89, contudo, destaca a Representante que esse artigo não dispõe acerca de penalidade.

Carece de fundamento a alegação da Representante, conforme adiante será explanado.

A princípio, importa colacionar ao arrazoado o item mencionado pela empresa representante, que assim dispõe:

g.5 - A critério da Comissão de Licitação, admitir-se-á o saneamento de falhas, desde que os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de inabilitação do licitante e aplicação da multa de 1 % (um por cento) do valor do CONTRATO, com previsão legal no § 50 do Art. 40 da Lei 6.544/89.

Veja-se que o item mencionado já foi abordado no tópico acima, sendo demonstrada a previsão legal para tal disposição.

Ademais, ao contrário do apontado pela Representante mencionado item editalício não traz uma penalidade, mas sim a possibilidade de saneamento de falhas relativo á documentação faltante e caso isso não seja realizado, a licitante poderá ser inabilitada.

Ou seja, não há que se falar em penalidade, mas tão somente em sequencia lógica dos fatos, ou seja, se a licitante não juntar os documentos necessários, nem sequer sanar a falha, será inabilitada.

Importa destacar também que, ao contrário do apontado pela Representante, a previsão legal do §5° do art. 40 da Lei Estadual 6544/89 não fundamenta qualquer penalidade, mas tão somente esclarece que, após ultrapassada a fase de habilitação e abertos os envelopes das propostas, não é mais possível ocorrer a desclassificação das licitantes, ou seja, o dispositivo legal é pertinente ao contido no item g.5 da minuta editalícia.

Por fim, esclarece-se novamente que a Administração Pública estadual, a qual esta Companhia está vinculada, tem competência para editar normas específicas sobre o tema, o que foi exercido na Lei Estadual 6544/89, possibilitando o saneamento de falhas, desde que, a critério da Comissão de Licitação, os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias.

Portanto, também não assiste razão à representante quanto a esse ponto.

Do prazo para amortização dos serviços

A Representante mencionou a inexistência de prazo para amortização dos serviços, o que, em seu entendimento, não preencheria as determinações dispostas no inciso III do art. 2°, da Lei 8987/95.

Em resposta a este questionamento, a Companhia entende que na formulação da proposta comercial, a proponente deverá levar em consideração todos os custos e despesas, para o atendimento do escopo da licitação, de acordo com as disposições contidas no Edital, bem como em observância ao prazo de vigência do ajuste a ser firmado.

Da qualificação econômico-financeira

Conforme o entendimento da Representante, a forma de qualificação econômico-financeira não se coaduna aos ditames legais, tais como o disposto no § 2° do art. 31 da Lei 8666/93.

Mencionou ainda que, o anexo IX determina que o resultado da operação deve ser igual ou maior que 1,0, sendo que o índice aplicado não é o único capaz de averiguar a qualificação econômico-financeira das empresas.

Ao contrário do apontado pela Representante, a avaliação por meio do índice de liquidez corrente encontra-se devidamente justificado no edital de licitação e em conformidade com os § 1° e § 5° do Art. 31 da Lei 8.666/93, a seguir transcritas:

Art. 31...

§ 1° - A exigência de índices limitar-se-á à demonstração da capacidade financeira do licitante com vistas aos compromissos que terá que assumir caso lhe seja adjudicado o contrato, vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior, índices de rentabilidade ou lucratividade.

(...)

§ 5° A comprovação de boa situação financeira da empresa será feita de forma objetiva, através do cálculo de índices contábeis previstos no edital e devidamente justificados no processo administrativo da licitação que tenha dado inicio ao certame licitatório, vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para

correta avaliação de situação financeira suficiente ao cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

O índice de liquidez corrente, reconhecido e amplamente utilizado pelo mercado financeiro, é obtido através do quociente entre o ativo circulante e o passivo circulante. Objetiva demonstrar a capacidade da empresa em honrar os seus compromissos de curto prazo com os seus direitos realizáveis, também de curto prazo, avaliando quão sólida é a base financeira da empresa.

Assim, uma empresa com bom índice de liquidez corrente deverá ter boa capacidade financeira para honrar as suas dívidas.

Há muitas dificuldades, entretanto, para se estabelecer um índice considerado "bom" e que seja unânime por todo o mercado financeiro. Essas dificuldades são destacadas, inclusive por renomados contabilistas, autores da obra "Contabilidade Introdutória da Equipe de Professores da USP":

Em geral, considera-se bom o quociente de 1,5 para cima. Mas isso depende fortemente dos prazos médios de recebimento de vendas, de pagamento das compras e de retenção dos estoques, o que varia de empresa para empresa.

A Companhia do Metrô, para possibilitar uma maior competitividade nos seus processos licitatórios, estabeleceu que o quociente de liquidez corrente deverá ser igual ou superior a 1,00 (um inteiro). Desta forma, no mínimo, para cada R$ 1,00 de obrigações, a empresa deverá possuir R$ 1,00 de direitos realizáveis.

Em relação à aplicação alternativa da Instrução Normativa MARE n° 7, de 16/11/1995, é necessário recordar que esta instrução estabelece procedimentos a serem observados pelos órgãos da Presidência da República, seus Ministérios, Autarquias e Fundações que integram o Sistema de Serviços Gerais - SISG, não possuindo abrangência sobre a Administração Direta e Indireta do Estado de São Paulo.

Cabe ressaltar, por último, que os processos licitatórios da Companhia do Metrô são avaliados regularmente por esse Egrégio Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, sendo que essa Colenda Corte não tem feito ressalvas quanto ao critério de avaliação econômico-financeiro através do índice de liquidez corrente.

Da aplicação de multa e penalidades

A Representante alegou excesso de aplicação de multa e incongruências, inclusive envolvendo cerceamento de defesa na ocorrência de aplicação de multas e abusividade na penalidade.

Questionou ainda que, no caso de ocorrência de reclamações formalizadas ou não, na quantidade de 7 (sete), a infração será a leve ou a média e no caso de 10 (dez), a média ou grave, pois a classificação constou da seguinte forma:

- *Leve - de 5 a 7 reclamações*
- *Média - de 7 a 10 reclamações*
- *Grave - de 10 a 15 reclamações*

Inicialmente, insta destacar que a Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, ou seja, só pode atuar de acordo ao disposto em lei e submetida àquilo que ela permite. Em assim sendo, não se pode olvidar que o princípio do contraditório e a ampla defesa encontra disposição legal na Constituição Federal, o que vincula a Administração a sempre atuar desta forma.

Ou seja, não será aplicada nenhuma multa ou penalidade sem a realização do devido processo legal, sempre respeitado o contraditório e a ampla defesa, conforme previsto na Constituição Federal:

Art. 5° - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou ***administrativo*** *e aos acusados em geral são assegurados o* ***contraditório e ampla defesa****, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Em assim sendo, não há que se falar que as disposições são abusivas, como mencionado pela Representante, pois só será aplicada qualquer forma de penalidade, após respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, como determina a nossa Carta Magna. Ensina com maestria o Prof. Celso Ribeiro Bastos:

Por ora basta salientar o direito em pauta como um instrumento assegurador de que o processo não se converta em uma luta desigual em que ao autor cabe a escolha do momento e das armas para travá-la e ao réu só cabe timidamente esboçar negativas. Não, forçoso se faz que ao acusado se possibilite a colocação da questão posta em debate sob um prisma conveniente á evidenciação da sua versão.

É por isso que a defesa ganha um caráter necessariamente contraditório*. É pela afirmação e negação sucessivas que a verdade irá exsurgindo nos autos. Nada poderá ter valor inquestionável ou irrebatível.* ***A tudo terá de ser assegurado o direito do réu de contraditar, contradizer, contraproduzir e até mesmo de contra-agir processualmente****. – g.n*

Inclusive, importante mencionar que a Companhia do Metrô possui um regulamento para aplicação de sanções – ***doc.2,*** *o que demonstra que existe uma estrutura previamente determinada para a aplicação de penalidades, não se tratando de algo aleatório e imprevisível.*

Ademais, o rigor na aplicação de penalidades é uma forma de assegurar a qualidade na prestação de serviços, tendo em vista o objeto licitado que consiste na concessão de uso de espaços em áreas do sistema metroviário e em empreendimentos administrativos pela Companhia, para a instalação de módulos blindados de venda assistida de créditos eletrônicos do sistema de bilhetagem eletrônica do bilhete único e instalação de equipamentos de autoatendimento para recarga automática de vale transporte e outros tipos de crédito.

As multas previstas na minuta do contrato visam assegurar a prestação dos serviços dentro dos padrões compatíveis ao nível de qualidade do sistema metroviário, uma vez que há impacto direto ao usuário do metrô/consumidor.

Quanto às ocorrências de tempo de espera em fila superiores a 5 minutos, a imposição de sanção somente ocorrerá quando a porcentagem média diária no mês for superior a 20% (vinte por cento). Frise-se que, esse parâmetro é perfeitamente compatível/adequado com a qualidade do serviço público esperado pelos usuários do metrô.

Dessa forma, nas tabelas de classificação das infrações deverão ser consideradas as seguintes condições:

Infrações leves - de 5 a 7 (exclusive) reclamações;

Infrações médias - de 7 a 10 (exclusive) reclamações;

Infrações graves - de 10 a 15 (exclusive) reclamações;

Infrações gravíssimas - igual ou superior a 15 reclamações.

Outro ponto a ser analisado diz respeito a equipamento indisponível, pois é inadmissível que um equipamento, pela média diária no mês, fique indisponível ao usuário em todo período de operação comercial. Ou seja, o usuário não será atendido e, obviamente, quanto maior a quantidade de equipamentos indisponíveis ao usuário, maior

também é a gravidade da infração, com a devida proporcionalidade da multa a ser aplicada.

Quanto à tabela de classificação de infração, deverão também ser consideradas as condições a seguir:

Infração leve - 1 a 2 (exclusive) equipamentos;

Infração média —2 a 3 (exclusive) equipamentos;

Infração grave —3 a 4 (exclusive) equipamentos;

Infração gravíssima - igual ou acima de 4 equipamentos.

No que tange à questão suscitada pelo Representante quanto à classificação das reclamações dos usuários como leve, média e grave, a Companhia entende que houve uma interpretação dúbia quanto a este tópico, o que será corrigido por meio de um termo aditivo após a celebração do instrumento contratual.

Isto porque, referido equívoco, de pouca gravidade, não ocasiona nenhuma espécie de impacto no preço a ser contratado ou sequer, na formulação das propostas pelos licitantes, motivo pelo qual se toma clara a possibilidade de prosseguimento no certame.

Assim sendo; a mencionada alteração contratual por meio de aditamento possibilitaria a correção, sem qualquer tipo de prejuízo ao certame licitatório.

Quanto a este aspecto, cumpre ressaltar que os contratos administrativos, diversamente dos privados, podem sofrer, com mais facilidade, alterações no decorrer de sua execução, tendo em vista o poder extroverso que detém a Administração Pública. Todavia, as modificações não poderão implicar em alterações que ensejem a descaracterização do objeto contratado.

Em sendo assim, estas alterações podem sempre ocorrer, desde que amparadas na legislação pertinente:

Alteração do contrato no Direito Administrativo

(...) Limites da modificação contratual

Como princípio geral, não se admite que a modificação do contrato ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e da isonomia.

Jessé Torres Pereira Júnior, ao versar a respeito, consigna ser possível realizar modificações consensuais nos contratos administrativos, sempre que necessário, além das hipóteses explicitamente descritas no artigo 65, inciso II, da Lei n° 8.666/93.

Não significa dizer que as alterações consensuais se reduzem a essas situações definidas no inciso II: as partes estarão sempre livres

para introduzirem no contrato qualquer alteração que resulte de consenso, observados os limites legais. O que o inciso 11 pretende deixar claro é que nas situações ali relacionadas está proibida a alteração por ato unilateral da Administração.

Desta feita, havendo consenso entre as partes e respeitados os parâmetros do ordenamento vigente, é possível a alteração do contrato administrativo.

Ademais, vale ressaltar que a correção de erro material é amparada em nosso ordenamento também pela Lei Estadual n° 10.177/98, que trata do procedimento administrativo na esfera estadual e consigna expressamente à Administração Pública o dever de obediência ao princípio da razoabilidade, bem como a possibilidade de convalidação de vícios meramente formais, quando estes puderem ser supridos de forma eficaz e não haja prejuízo à Administração ou a terceiros, a saber:

Artigo 4° - A Administração Pública atuará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos. (...) Artigo 11 - A Administração poderá convalidar seus atos inválidos, quando a invalidade decorrer de vicio de

competência ou de ordem formal, desde que: (...) II - Na hipótese de vicio formal, este possa ser suprido de modo eficaz. §1° - Não será admitida a convalidação quando ela resultar prejuízo à Administração ou a terceiros ou quando se tratar de ato impugnado. § 2° - A convalidação será sempre formalizada por ato motivado.

Em face de todo o exposto, resta evidente que, em casos de constatação da existência de algum equívoco, é possível a correção a qualquer momento, através de termo aditivo, com fundamento no princípio da razoabilidade e da possibilidade da Administração convalidar seus atos inválidos, conforme fundamento legal supramencionado.

Apenas para melhor esclarecer essa questão e não restarem dúvidas, a aplicação das penalidades se daria sempre in dubio pro reo, ou seja, a penalidade menos maléfica para a empresa contratada. Assim sendo, a interpretação da norma sancionatória se daria da forma mais favorável ao particular.

Embora a questão seja oriunda do direito penal, importa mencionar o que Marçal Justen Filho assinala acerca do regime sancionatório no contexto dos contratos administrativos e de sua proximidade com os princípios e regras daquele ramo jurídico:

Embora não seja possível confundir Direito Penal e Direito Administrativo (Repressivo), é inquestionável a proximidade dos fenômenos e institutos. Como ensina George Dellis, reconhece-se que 'a ideia clássica de autonomia pura e simples da ação administrativa e da ação penal está muito bem ultrapassada: a concepção da unidade do domínio repressivo ganha progressivamente terreno'. Por isso, os princípios fundamentais de Direito Penal vem sendo aplicados no âmbito do Direito Administrativo Repressivo, com a perspectiva de eventuais atenuações necessárias em face das peculiaridades do ilícito no domínio da atividade administrativa.

Mas a regra é a de que os princípios fundamentais do Direito Penal devem ser respeitados, especialmente pela impossibilidade de distinção precisa e absoluta entre sanções administrativas e penais. - g.n.

Ou seja, em caso de dúvida, os contratos devem ser interpretados da maneira menos onerosa. Na verdade, o que se demonstrou é que a interpretação dessas penalidades deve se amoldar aos métodos de interpretação contratual por harmonizar disposições contratuais.

Do critério para a escolha da tecnologia

Outro ponto mencionado pela Representante se refere à ausência de critério para a escolha da tecnologia, salientando que o subitem a.2.3 declara que "quanto à infraestrutura para instalação, serviços, e equipamentos complementares, bem como a escolha da tecnologia a ser utilizada, necessárias à execução dos serviços, serão de responsabilidade da Concessionária".

Ocorre que, a avaliação da tecnologia a ser utilizada é feita pela SPTrans quando do credenciamento.

Da descrição do total dá área concedida

Nos autos do TC 1446/989/12-1, Representante verificou que a Companhia do Metrô não forneceu a metragem total da área que será ocupada pela instalação dos equipamentos de ATM.

Ocorre que, não há como a Companhia fornecer esse tipo de informação, pois depende do tamanho dos equipamentos da proponente. Inclusive, a remuneração a ser paga será calculada pela somatória dos espaços a serem ocupados por esses equipamentos.

Da ausência de comprovação de tributos imobiliários

Nos autos do TC 1446/989/12-1, a Representante questionou que esta Companhia só exigiu a certidão relativa aos tributos mobiliários, sem requerer a relativa a tributos imobiliários.

Ora, a Companhia do Metrô exigiu todos os documentos que entendeu como necessários a comprovar a regularidade fiscal, de forma suficiente a assegurar a contratação de uma empresa que esteja quite com seus débitos.

Ademais, não se pode olvidar a discricionariedade que envolve a Administração Pública que, de acordo com o objeto licitado, elabora as exigências habilitatórias dentre aquelas previstas na Lei 8666/93.

O poder discricionário, como bem salienta Hely Lopes Meirelles, permite ao Administrador praticar certos atos com liberdade de escolha de seu conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade e do modo de realização do mesmo. Note-se que, embora não o explicite, o entendimento aqui esposado nos revela que fica vedado aos agentes da Administração a discricionariedade no que diz respeito aos ***fins*** *de sua atuação, restrita esta tão somente aos* ***meios e formas*** *de administrar.*

Isto porque á finalidade precípua da Administração Pública é unívoca e cristalina: a realização efetiva do bem-estar social, que por sua vez pode e deve ser entendido como a defesa incontinente à supremacia do ***interesse público.***

Neste sentido, o festejado mestre administrativista mencionado, na mesma obra, dá especial destaque à lição de Bartolomé A. Fiorini, ensinando-nos:

[...a discricionariedade é a faculdade que adquire a Administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores ***dos fins a que se propõe o Poder Público****. A discricionariedade adquire relevância jurídica quando a Administração quer custodiar em forma justa os interesses públicos entregues à sua tutela. E, então, a* ***ferramenta jurídica*** *que a ciência do Direito entrega ao administrador para que realize a gestão dos interesses sociais respondendo às necessidades de cada momento.]*

Assim, há que se concluir que esta Companhia utilizando-se de maneira legítima e submetendo-se integralmente ao seu "poder-dever" de discricionariedade, agiu de forma correta.

Por outro lado, a alegação não tem fundamento, tendo em vista o exercício da atividade a ser realizada. Os objetos licitados consistem em

concessão de uso de espaços em áreas do sistema metroviário e em empreendimentos administrativos pela Companhia do Metrô para a instalação de módulos e equipamentos de autoatendimento para a venda de créditos.

Conforme ensina Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, editora Dialética, 9ª edição, 2009, pág. 403):

(...)Portanto, não há cabimento em exigir do sujeito - em licitações de obras, serviços ou compras, comprove regularidade fiscal atinente a impostos municipais sobre propriedade imobiliária ou impostos estaduais sobre propriedade de veículos. (...) Todos esses tributos não se relacionam com o exercício regular, para fins tributários, da atividade objeto do contrato licitado.(g.n)

Logo, considerada a atividade realizada pela futura contratada, não se pode exigir no edital a comprovação de regularidade via certidão de tributos imobiliários.

Conclui a Companhia do Metropolitano de São Paulo pedindo a declaração de improcedência das representações,

cassando-se a liminar concedida para fins de prosseguimento do certame como posto a praça.

Examinada a matéria, a instrução processual se afigura dividida.

ATJ, PFE e MPC concluem no sentido da improcedência das Representações, enquanto SDG as entende parcialmente procedentes, conforme eventos n°s 28, 31, 34 e 37 do processo eletrônico nº 00001443.989.12-4, os quais abrigam conclusões que se repetem nos eventos 24, 27, 30 e 33 do processo eletrônico nº 00001446.989.12-1.

É o relatório.

GFL/.

REFERENDO

Preliminarmente, nos termos do que dispõe o parágrafo único, do artigo 221, do Regimento Interno deste Tribunal[8], submeto à consideração de Vossas Excelências, **para referendo**, os atos até então praticados, decorrentes da determinação de suspensão do andamento dos certames conforme promovida pelo Eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini.

[8] Aprovada a matéria pelo Tribunal Pleno, a Presidência expedirá ofício solicitando cópia completa do edital, incluindo projetos básicos e executivos, quando for o caso, memoriais, planilhas, minuta do contrato, parecer jurídico da aprovação do edital, e outras peças se existentes e cópia dos atos de publicidade.
Parágrafo único. Se a data designada para recebimento das propostas não propiciar a submissão da matéria ao Tribunal Pleno, o Relator poderá adotar as medidas previstas neste artigo, *ad referendum* do Plenário.

VOTO

Dividida a instrução processual, inicio pelos pontos nos quais não se estabeleceu controvérsia, ou seja, aqueles nos quais os Órgãos Técnicos, a douta Procuradoria da Fazenda Estadual e o douto Ministério Público de Contas convergem no sentido da improcedência das Representações.

Antes, porém, relembro que parte das questões debatidas no presente processo repetem as que constaram de Voto por mim proferido na sessão de 23 de novembro de 2011, acolhido pelo E. Plenário nos autos dos TC's 035911/026/11 e 036103/026/11[9], daquela decisão constando premissas básicas que utilizarei para nortear o entendimento a ser fixado quanto aos editais ora analisados.

Sobre a qualificação técnica operacional, reclamado pelo Representante que deveria ser orientada tendo em vista o prévio credenciamento junto à SPTRANS, o posicionamento adotado

[9] 035911/026/11 - Concorrência Pública nº 8188115011 (Republicação), licitação promovida visando a "concessão de uso de espaço para implantação de terminais de recarga e consulta de saldo de vale transporte do sistema de bilhetagem eletrônica do bilhete único, mediante remuneração".
036103/026/11 - Concorrência Pública nº 8188115011 (Republicação), licitação promovida visando a "concessão de uso de espaço para implantação de terminais de recarga e consulta de saldo de vale transporte do sistema de bilhetagem eletrônica do bilhete único, mediante remuneração".

por este E. Tribunal acerca do tema segue exatamente em sentido contrário à pretensão deduzida.

Já no ano de 2008, a Colenda Segunda Câmara decidiu, em Sessão realizada no dia 09 de dezembro, ao examinar contrato celebrado entre o Metrô e a empresa Planetek Environment Solution Ltda., acerca da inadequação do procedimento, nos termos do Voto do Eminente Conselheiro Fulvio Julião Biazzi (TC's 014063/026/07 e 000941/026/06):

> "A propósito, a exigência de comprovação na fase habilitatória de credenciamento da proponente junto ao SPTrans, inserida no item 3 do Ato Convocatório, fere a Súmula 14 desta Casa.
>
> Como bem destacou a Secretaria Diretoria Geral firmou-se entendimento nesta C. Corte no sentido de que exigência da espécie só pode ser requerida à vencedora do certame, bastando requisitar às participantes a declaração de que estão aptas a apresentá-la no momento oportuno.
>
> (...)
>
> Veja-se que 15 (quinze) empresas retiraram o Edital e apenas uma participou efetivamente do certame. Portanto, as cláusulas 3 e 3.1 revelaram-se restritivas.
>
> Assim, considero irregulares a Licitação, o Contrato e o Termo Aditivo, e procedente a Representação, no que tange

à impugnação do item 3 do Edital, e ilegal o ato determinativo da correlata despesa, com a conseqüente aplicação dos termos do art. 2º, incisos XV e XXVII da Lei Complementar nº 709/93".

Referida decisão foi mantida pelo E. Plenário, em sede recursal, na Sessão de 06 de abril de 2011, Recursos Ordinários relatados pelo Eminente Substituto de Conselheiro Marcelo Pereira e em Embargos de Declaração relatados na Sessão de 24 de agosto de 2011 pelo Eminente Conselheiro Antonio Roque Citadini.

O quanto compreendido nos autos dos processos TC's 014063/026/07 e 000941/026/06 orientou nova análise desta E. Corte acerca do tema quando o Egrégio Plenário, em Sessão de 11 de maio de 2011, nos autos dos processos TC's 012106/026/11, 012114/026/11 e 012221/026/11, acolheu Voto proferido pelo Eminente Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, no seguinte sentido:

"*Impende observar que torna a Administração, no edital ora impugnado, a postular credenciamento prévio junto à SPTRANS na fase de habilitação do certame (subitem b.1.1. do edital), hipótese censurada no TC-014063-026-07, que deu azo à decisão que julgou irregulares a licitação, o contrato e o*

aditamento levados a efeito e procedente a representação formulada (TC-00941-026-06 – tramitação conjunta), assuntos neles tratados.

Não bastasse isso, as informações trazidas pela própria Companhia do Metrô dão conta de grave perturbação da isonomia entre disputantes, de acesso ao certame restrito a um reduzido número de potenciais prestadores dos serviços por força da ingerência da SPTRANS no processo, que realizaria credenciamento 'apenas em um intervalo de cinco anos. Ou seja, apenas no segundo semestre de 2013 ou no primeiro semestre de 2014, será realizado novo processo de credenciamento'.

Em face dessas circunstâncias, associo-me à posição externada pela SDG, para quem "Ainda que a modificação do regulamento da SPTRANS não seja da competência da Companhia do Metropolitano de São Paulo, cabe a esta encontrar solução diversa para viabilizar o certame".

Esses julgados serviram de referência posteriormente para análise que procedi sobre a matéria como Relator dos processos TC's-035911/026/11 e 036103/026/11, confirmando-se a mesma orientação na Sessão de 23 de novembro de 2011 do E. Tribunal Pleno, em Sede de Exame Prévio de Edital.

E ao que parece, ao menos o quanto possível nessa fase de exame perfunctório, é que a Estatal encontrou de fato uma forma para viabilizar o certame sem restringir a competitividade àquelas empresa com prévio cadastramento junto à SPTRANS.

Essa a conclusão a que se pode chegar com o exame das disposições contidas no item "j.4." dos editais, em harmonia com a cláusula "9.32", das minutas dos contratos:

> "j.4. – Juntamente com a prestação da garantia acima mencionada – garantia de execução contratual - a(s) PROPONENTE(S) vencedora(s) deverá apresentar declaração atualizada, emitida com no máximo 30 (trinta) dias anteriores à data de sua entrega ao METRO, fornecida pela SPTrans, comprovando que estão credenciadas para a rede complementar de venda e carregamento de créditos eletrônicos do Bilhete Único ao público usuário dos serviços do sistema de transporte coletivo urbano de passageiros na cidade de São Paulo, com a utilização de redes *on line*".
>
> "9.32 – A CONCESSIONÁRIA deverá viabilizar junto a SPTrans um canal exclusivo para comprovação individualizada por lote e por estação, sob sua responsabilidade, relativo às vendas de créditos eletrônicos do SBE - BILHETE UNICO, nas áreas do sistema metroviário e nos empreendimentos

administrados pela COMPANHIA DO METRÔ, para separá-los de outros pontos de venda que a CONCESSIONÁRIA possa ter.

Assim, se mostra improcedente a reclamação do Representante acerca da necessidade de exigir-se dos licitantes credenciamento junto à SPTRANS.

Ademais, muito embora não definidos critérios para a qualificação técnica operacional dos licitantes, diante da evidência de que à Administração não será dado inabilitar qualquer proponente por não ter fixado objetivamente no edital as condições para que isso ocorra, creio que o fato não representa ilegalidade ou mesmo potencial de prejuízo à competitividade, já que não afasta qualquer empresa que pretenda apresentar proposta.

Não procede, ainda, a reclamação que recai sobre a falta de exigência, nos editais, de indicação do profissional responsável pela execução dos serviços.

Referida figura deverá ser apresentada pela empresa contratada conforme descrito nas cláusulas 9.8.1., da minuta do contrato que acompanha o edital da Concorrência nº 41.822.284:

> "Os funcionários alocados ao serviço deverão ter vínculo profissional com a CONCESSIONÁRIA, o qual poderá se dar mediante contrato social, registro na carteira profissional, ficha de empregado ou contrato de trabalho, inclusive autônomos que preencham os requisitos e se responsabilizem tecnicamente pela execução dos serviços".

E ainda que não detectado na minuta do contrato que acompanha o edital da Concorrência nº 41.832.284 dispositivo equivalente, ainda assim, não vejo no fato ilegalidade flagrante ou comprometimento da competitividade.

Igualmente entendimento pode ser aplicado no que toca à ausência de previsão editalícia que contemple avaliação da capacidade técnico-profissional, como já decidido outrora por esta E. Corte também nos TC's 035911/026/11 e 036103/026/11:

> "A falta de fixação de regras para aferição da capacidade técnica profissional também não caracteriza qualquer irregularidade, tendo a Administração optado, no exercício do poder discricionário que lhe incumbe, por avaliar apenas a capacidade técnica operacional dos licitantes. A propósito, acertadamente consta da minuta do contrato a necessidade da contratada apresentar indicação do

responsável técnico pela execução dos serviços, acompanhada da devida Anotação de Responsabilidade Técnica, no prazo previsto na cláusula 6.1.1., tratando-se a medida de cumprimento a condição obrigatória, exigida pela regulamentação do Sistema CREA/CONFEA".

Do julgamento daqueles processos vem, ainda, a orientação a ser seguida em relação às reclamações quanto à prova de capacidade econômico-financeira: "Nenhuma vedação legal há quanto às exigências de que os proponentes comprovem, ao mesmo tempo, contar com índices econômicos razoáveis e com capital social ou patrimônio líquido mínimos proporcionais ao valor estimado para a contratação. São requisitos que a Administração pode exigir sejam cumpridos pelos licitantes, nos termos dos §§ 1º ao 5º, do artigo 31 da Lei de Licitações, em nenhum momento impondo-se que a solicitação de prova deva ser efetuada de forma alternativa".

Não é demais lembrar que o índice de liquidez corrente fixado como mínimo nos anexos dos editais questionados, no patamar de 1,0 (um), encontra-se adequado ao limite consagrado na jurisprudência deste Tribunal e também que resultou eleito pela Administração como parâmetro, em detrimento dos índices de liquidez

geral e de endividamento, no exercício do poder discricionário que lhe incumbe.

Ainda em relação à fase de habilitação, desta feita passando à reclamação que recai sobre os critérios de prova de regularidade fiscal, a jurisprudência deste E. Tribunal traz entendimento que contraria a pretensão do Representante, de ver inserida nos editais exigência de certidão negativa de tributos imobiliários.

É o que se depreende da decisão contida no processo eletrônico nº 00000505.989.12-9:

> "Quanto aos aspectos levantados no despacho preliminar, as conclusões que se seguiram, apoiadas na pacífica jurisprudência deste Tribunal, são unânimes no entendimento de que a exigência de certidão negativa de tributos imobiliários como prova de habilitação (item 12.6.4) excede os requisitos necessários para a plena satisfação do objeto, tendo em vista a falta de nexo entre esta prova e a natureza daquele. Assim sendo, deve a Origem excluir tal condição do texto convocatório".

Em outro ponto no qual reconheço como improcedentes as representações, vejo amparadas na lei as disposições

constantes do item g.5 de ambos editais questionados, permitindo à Comissão de Licitação admitir saneamento de falhas no prazo de 3 (três) dias, sob pena de inabilitação e multa. Basta ver as disposições contidas na Lei 6.544/89, §§ 4º e 5º do artigo 40[10].

E nem se cogite que o procedimento como previsto pode retirar dos licitantes o direito de recorrer, uma vez que documentos eventualmente juntados no período determinado, que venham a interferir no julgamento da fase de habilitação, restarão submetidos também à avaliação dos licitantes quando da divulgação da decisão e, portanto, serão passíveis de questionamento nos termos da alínea "a", do inciso I, do artigo 109 da Lei Federal de Licitações, bem como da alínea "a", do inciso I, do artigo 83 da Lei Estadual correspondente.

No tocante à liberalidade constituída em favor das licitantes, de poderem comparecer aos certames referenciados com propostas que contemplem qualquer tecnologia, não vejo onde possa

[10] **Artigo 40** - A licitação poderá ser processada e julgada observadas as seguintes etapas consecutivas: (...) **§4º** - É facultado à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, promover diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo licitatório, vedada a criação de exigência não prevista no edital. **§5º** - Para os efeitos do disposto no inciso VI deste artigo, admitir-se-á o saneamento de falhas, desde que, a critério da Comissão de Licitação, os elementos faltantes possam ser apresentados no prazo máximo de 3 (três) dias, sob pena de inabilitação do licitante e **aplicação da multa prevista no edital**. (g.n.)

estar configurada qualquer ilegalidade e, muito menos, tenho-a como restritiva à competição.

Ao contrário, qualquer licitante que compareça ao certame com tecnologia compatível e interativa poderá disputar os lotes que lhes interessar, sem que isso represente descuido ou risco assumido pela Administração, mesmo porque a implantação do sistema estará a cargo da futura contratada, de acordo com sistema existente na SPTRANS.

Essa a lógica que reputo aplicável aos casos ora postos à apreciação, no tocante a esses aspectos.

Sobre a inexistência de previsão de prazo para amortização dos investimentos, impõe-se consignar a inaplicabilidade da Lei 8.987/95, por não se tratar de concessão de serviço público e sim concessão de direito real de uso de bem público.

Registro, inclusive, que acerca do assunto as regras estão estabelecidas no item "a.2.3." do Edital: "Todo investimento a ser efetuado, relacionados aos módulos blindados quanto à infraestrutura para a instalação, serviços e equipamentos complementares (...) necessárias à execução dos serviços, serão de responsabilidade da CONCESSIONÁRIA".

Esse item corrobora a assertiva do Metrô sustentada em sua defesa, no sentido de que:

> "...*na formulação da proposta comercial, a proponente deverá levar em consideração todos os custos e despesas, para o atendimento do escopo da licitação, de acordo com as disposições contidas no Edital, bem como em observância ao prazo de vigência do ajuste a ser firmado."*

Também as minutas aprovadas para os contratos trazem dispositivos que tratam de regulamentar o assunto, tal qual inserto nas cláusulas 3.3. e 3.5.1. de ambos instrumentos:

> "3.3. - A CONCESSIONÁRIA deverá Implantar toda a infraestrutura elétrica e de comunicação necessária, as quais deverão ter dutos específicos separando a infra de elétrica da infra de dados, com aprovação da COMPANHIA DO METRÔ, arcando com os respectivos custos, podendo ser utilizada parte das instalações existentes. No encerramento deste CONTRATO, toda a infraestrutura, incluindo os eletrodutos, fiação elétrica e cabos da comunicação de voz e dados realizados pela CONCESSIONÁRIA nas dependências da COMPANHIA DO METRÔ, passarão para propriedade da COMPANHIA DO METRÔ. Se a COMPANHIA DO METRÔ não se

interessar pela infraestrutura, a CONCESSIONÁRIA deverá removê-la de forma a entregar o local nas mesmas condições inicialmente recebidas".

"3.5.1. - Os equipamentos instalados são de propriedade da CONCESSIONÁRIA. Assim, por ocasião do encerramento deste CONTRATO, a CONCESSIONÁRIA deverá retirar das estações, todos os equipamentos e materiais envolvidos nas atividades deste instrumento, exceto os de infraestrutura de que trata o item 3.3. desta cláusula".

Ao passar à análise da regulamentação acerca das penalidades aplicáveis por infrações operacionais, Anexo XII do Edital, tenho que a definição dos eventos geradores, a forma de apuração dos fatos e o dimensionamento das penas, além de estarem inseridos no âmbito do poder discricionário do Administrador, não constituem objeto de avaliação em sede de exame prévio de edital, por não implicarem ilegalidade flagrante, nem por interferirem negativamente na formulação de propostas.

Os fatos geradores, violadores às regras contratuais e definidos como sendo "reclamações formais e informais" e "indisponibilidade de equipamentos" constituem, ao contrário do que entende a Representante, parâmetros próprios para avaliarem-se as condições de execução contratual, por isso classificáveis e elegíveis

para o fim de determinar-se penalidade tendo em vista o descumprimento do contrato, ou seja, a inexecução contratual, a ser apurada nos moldes previstos no Instrumento Normativo "Sanções no Processo Licitatório e nos Contratos" (doc. inserido no evento 18 do processo eletrônico, acompanhando as justificativas do Metrô), bem como nos artigos 50, inciso VII, 80 e seguintes da Lei 6.544/89 e nos artigos 55, inciso VII, 87 e seguintes da Lei 8.666/93, aqui, portanto, evidentemente não havendo falar-se em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ainda assim, forçoso se faz reconhecer que a Companhia do Metropolitano de São Paulo equivocou-se quanto à previsão de que um mesmo número de infrações possa gerar classificação diferenciada em relação à gravidade da ocorrência.

Apenas para exemplificar, não é possível que a indisponibilidade de 2 (dois) equipamentos durante o mês possa ser entendida como falta leve ou média, a critério de quem estiver apurando os fatos.

Esse equívoco foi reconhecido pela Estatal, que se comprometeu a ajustar o regramento por instrumento de retificação contratual, cumprindo registrar que, a meu ver, a falha não seria

passível de determinar a suspensão do andamento do certame ou motivar decisão no sentido da retificação do instrumento, fosse somente esse o aspecto controvertido.

Contudo, como veremos adiante, passando às impugnações que entendo devam sobressair-se em face da defesa apresentada, esse pequeno equívoco acabará devendo sofrer alteração, já que outras modificações serão determinadas.

Como reclamado pela Representante e reconhecido também pela SDG, o edital e seus anexos não contemplam os elementos mínimos necessários à formulação de propostas.

Consoante registrado pelo Senhor Secretário – Diretor Geral: "...razoável que para a correta formulação das propostas, as proponentes tenham acesso à média mensal de passageiros e/ou usuários que utilizam as máquinas de autoatendimento nos locais destinados à exploração do espaço, uma vez que a parte variável é parte integrante do cálculo e deve ser divulgada, ao menos no processo administrativo, às empresas interessadas no torneio".

É preciso, pois, que o Metrô revele a movimentação financeira envolvida, posto que estabelecido que as propostas comerciais compreendem percentuais mínimos a serem

aplicados sobre a remuneração variável conforme contemplado para cada lote.

Mas não é só.

Evidentemente, a Estatal efetuou suas projeções, realizou estudos destinados a amparar a elaboração do edital, definir, por exemplo, o patrimônio líquido que exigiu.

Estes elementos devem ser fornecidos como forma de auxiliar os interessados na formulação de suas propostas e deverão trazer, por exemplo, a metragem das áreas objeto da concessão.

Se por um lado é certo que a remuneração está estabelecida em R$ 737,00 (setecentos e trinta e sete reais) por metro quadrado (remuneração fixa constante do item 1.6.1.1. do edital), dependendo a definição do valor total do tamanho dos equipamentos a serem oferecidos, por outro é preciso dar-se conhecimento aos interessados acerca da dimensão dos equipamentos que utilizou em cada lote, para a projeção dos custos que estimou.

A propósito, orientemo-nos, novamente, pelas premissas que determinaram a decisão adotada nos processos TC's 035911/026/11 e 036103/026/11:

> "Sobre a existência de planilhas de custos, noto tratar-se de contrato de receita, no qual a Administração receberá determinada quantia pela cessão de uso do espaço público. Ainda assim, conveniente que a CPTM disponibilize aos licitantes as estimativas que fez acerca das possibilidades de reutilização das instalações já existentes, deixando claro aos licitantes o montante projetado a ser despendido em reformas ou novas instalações, ocasião em que poderá, inclusive, se for necessário, prever que o valor pago pela concessão de direito real de uso deverá considerar amortização dos investimentos durante o prazo contratual ou, ainda, dispor acerca de eventual pagamento de indenização após o término do contrato, decorrente da incorporação de possíveis benfeitorias".

Respeitadas eventuais diferenças de cada Estatal, ainda assim, considerando tratar-se de objetos no mínimo similares, para não dizer idênticos, creio que os princípios que nortearam aquela decisão devam prevalecer também no presente caso.

Afinal, muito embora tenha o Metrô revelado em sua defesa os montantes projetados para cada certame, os quais considerou para fixação do patrimônio líquido a ser exigido dos licitantes, o fato é que os editais não vêm acompanhados de elementos

necessários à formulação de propostas, como reclamados pela Representante e consignados na manifestação da Secretaria - Diretoria Geral, devendo ser revelados aos interessados, pelo menos, aqueles considerados pela Companhia para elaborar as regras editalícias.

Com isso permitir-se-á, inclusive, apurar se o valor do patrimônio líquido mínimo a ser comprovado pelos licitantes está adequado à legislação e à jurisprudência deste E. Tribunal, ou seja, está limitado a 10% (dez por cento) do valor estimado para cada lote, tendo em conta a possibilidade das empresas concorrerem individualizadamente por lote, bem como as disposições contidas no § 3º, do artigo 31 da Lei 8.666/93 e a decisão adotada nos autos do TC-001118/007/06, por mim relatado na Sessão Plenária de 19 de julho de 2006, a qual estabeleceu a necessidade de cumprir o princípio da anualidade.

Nesse sentido, ainda, as decisões constantes dos processos: TC-014343/026/09 (Tribunal Pleno - Sessão de 27/05/09), TC-007394/026/09 (Tribunal Pleno - Sessões de 04/03/09 e 20/05/09) e TC-001506/026/07 (Segunda Câmara – Sessão de 23/06/09).

Examinados um a um os aspectos arguidos pelo Representante e confrontados com as justificativas ofertadas pela

Estatal, acolhendo as conclusões da Secretaria – Diretoria Geral, **VOTO no sentido da procedência parcial das Representações formuladas pela empresa Construplanos Engenharia e Construções Ltda. – ME., determinando-se à Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ que corrija os instrumentos convocatórios: a) divulgando os elementos necessários à formulação de propostas, ao menos aqueles levados em conta pela Estatal para elaborar as regras editalícias e definir o orçamento estimado; b) ao exigir prova de patrimônio líquido mínimo dos licitantes, limite-se ao percentual legal, tendo em conta o princípio da anualidade e a possibilidade de participação dos licitantes para cada lote de forma individualizada; c) dê divulgação à correção que entende aplicável aos critérios de punição da concessionária nos casos de reclamações dos usuários.**

Determino, mais, que ao publicar reedição do edital, faça-o nos termos do § 4º, do artigo 21 da Lei de Licitações.

Lembro que a presente apreciação esteve circunscrita às impugnações lançadas na inicial, restando salvaguardado o exame aprofundado da matéria para o momento da análise ordinária.

Antes do arquivamento, os autos deverão transitar pela Fiscalização competente para eventuais anotações.

RENATO MARTINS COSTA
CONSELHEIRO