



TRIBUNAL PLENO – SESSÃO: 22/07/2015
EXAME PRÉVIO DE EDITAL
SEÇÃO MUNICIPAL

(M-002)

Processos: TC-1699/989/15-8, TC-1758.989.15-6 e TC-1785.989.15-3.

Representantes: Mário Marte Marinho Junior, Vereador do Município de Sorocaba, Luís Daniel Pelegrine (OAB/SP nº 324.614) e Jundiá Transportadora Turística Ltda.

Representada: Prefeitura Municipal de Sorocaba.

Responsável pela Representada: Antonio Carlos Pannunzio – Prefeito

Assunto: Representação contra o Edital da Concorrência Internacional nº 020/2015, do tipo menor tarifa de remuneração, promovido pela Prefeitura Municipal de Sorocaba, objetivando a contratação de concessão comum precedida da execução de obra pública para a implantação e operação do sistema de Bus Rapid Transit – BRT em Sorocaba.

Valor Estimado da Contratação: R\$ 2.386.900.000,00.

Advogados: Ariovaldo Barbosa Pires Junior (OAB/SP nº 214.089), Claudia Helena Mähler Duprat (OAB/SP nº 281.981) e Luís Daniel Pelegrine (OAB/SP nº 324.614).

Procurador de Contas: Celso Augusto Matuck Feres Junior

1. RELATÓRIO

1.1. Trata-se de representações formuladas por **MÁRIO MARTE MARINHO JUNIOR**, Vereador do Município de Sorocaba, **LUÍS DANIEL PELEGRINE** e **JUNDIÁ TRANSPORTADORA TURÍSTICA LTDA.** contra o Edital da Concorrência Internacional nº 020/2015, do tipo menor tarifa de remuneração, promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA**, objetivando a contratação de concessão comum, precedida da execução de obra pública, pelo prazo de 20 (vinte) anos contados da celebração do Termo de Transferência Inicial, para a implantação e operação do sistema de Bus Rapid Transit – BRT em Sorocaba.

O objeto inclui os seguintes serviços: (i) Elaboração de todos os projetos de engenharia e arquitetura necessários à implantação do Sistema BRT, objeto do Contrato de Concessão, sempre em consonância com as diretrizes do projeto de engenharia de referência disponibilizadas pelo Poder Concedente; (ii) Realização das obras necessárias à Implantação e manutenção do Sistema BRT, assim como sua Operação; (iii) Fornecimento do



material rodante, nos termos do Volume IV do Anexo II; (iv) Obtenção das licenças ambientais necessárias à Implantação e Operação do Sistema BRT; e (v) Obtenção, aplicação e gestão de todos os recursos financeiros necessários à execução do objeto deste Edital.”

Segundo a nota de esclarecimento anexada à petição impugnatória, a abertura do certame se daria na data de 24/03/2015, às 10:00hs.

1.3. O representante **Mário Marte Marinho Junior** insurge-se contra o Edital sustentando, em resumo, que o mesmo é carente de projeto básico, nos termos do inciso IX, do artigo 6º, da Lei nº 8.666/93.

Sustenta que a subvenção aos investimentos, prevista na Cláusula Vigésima Sexta da Minuta do Contrato, é vedada pelo artigo 119 da Constituição Bandeirante.

CLÁUSULA VIGÉSIMA SEXTA – DA SUBVENÇÃO AOS INVESTIMENTOS

26.1 Conforme previsão da Lei Municipal nº 11.049, de 08 de janeiro de 2015, a presente Concessão contará com Subvenção aos Investimentos, no valor máximo de R\$ 133.901.261,64 (cento e trinta e três milhões e novecentos e um mil e duzentos e sessenta e um reais e sessenta e quatro centavos) – dos quais R\$ 127.206.198,47 (cento e vinte e sete milhões, duzentos e seis mil e cento e noventa e oito reais e quarenta e sete centavos) são provenientes de Contrato de Financiamento celebrado entre a Prefeitura Municipal de Sorocaba e a Caixa Econômica Federal, no âmbito do Programa Pró-Transporte – cuja percepção pelo Concessionário se dará em conformidade com o Cronograma de Cumprimento da Obrigação de Subvenção de Investimentos, do Anexo VIII, em parcelas que serão devidas em função da efetiva execução, pelo Concessionário, dos investimentos previstos para a implantação do Sistema BRT, observada a proporcionalidade com as etapas efetivamente executadas, as quais estão vinculadas aos eventos estabelecidos na evolução da realização dos investimentos e na aferição da efetiva implantação do Sistema BRT.



Aduz que o Edital determinou como requisito mínimo relativo ao material rodante que o veículo (chassi 4.2.3) seja equipado com sistema de freio dotado de controle contra tração de veículo, o que é equipamento tecnicamente desnecessário, sendo item opcional, para os veículos da categoria “Padron” e “Padron Especial” e somente deve ser exigido para ônibus “articulados” que necessitam do denominado “ASR – controle de tração e patinagem”, circunstância que direciona o equipamento de determinado fabricante.

1.4. O peticionário **Luís Daniel Pelegrine** insurge-se contra o ato convocatório afirmando existir restrições ilegais que acabam por cercear indevidamente a participação de várias empresas, bem como contrariedades às Leis 8.987/95, 8.666/93 e 12.587/12.

1.4.1. Alega que o edital é falho ao não ter, entre a legislação aplicável, a Lei Federal 12.587, de 03 de janeiro de 2012, e aponta a inobservância das disposições contidas nos §§6º e 9º do artigo 9º do referido diploma legal, que tratam da destinação dos recursos advindos de eventual superávit tarifário proveniente da receita adicional originada em determinados serviços delegados e da transferência de parcela dos ganhos de eficiência e produtividade das empresas aos usuários, quando da incidência de reajuste tarifário.

E acrescenta que o edital deixou de contemplar os direitos dos usuários consagrados no artigo 14 da Lei 12.587/12 e dispor acerca dos instrumentos de participação da sociedade civil no planejamento, fiscalização e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana, disciplinados no artigo 15 do mesmo diploma legal.

1.4.2. Em relação às exigências de qualificação técnica, identifica o representante as seguintes inconformidades:

1.4.2.1. Exigência de atestado de experiência em atividade específica: Aponta a inobservância do comando do §§ 3º e 6º do artigo 30 da Lei 8.666/93 e desatendimento à súmula 30 deste E. Tribunal na exigência contida no subitem 12.22.1 em relação a “Atestado(s) de experiência na execução de serviço de transporte público coletivo urbano ou suburbano ou semiurbano com caráter urbano e/ou na execução de serviço de transporte coletivo de caráter



urbano, conforme definições do art. 4º da Lei Federal 12.587/12, com uso de recursos tecnológicos de monitoramento e controle operacional centralizado, empregando, no mínimo, 60 (sessenta) ônibus”.

Soma-se à objeção a violação ao §1º do artigo 30 da Lei 8.666/93 que o representante vislumbra no subitem “12.24”, em razão da aceitabilidade de “*atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado*”, pois pondera que a prestação de serviço urbano ou suburbano de transporte somente ocorre apenas para Municípios ou Estados, mediante concessão ou permissão, não havendo lugar para a apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito privado.

Argumenta que a restritividade da cláusula “12.22.1” é agravada pela exigência de atestados que comprovem o uso de recursos tecnológicos e controle operacional, serviços que considera divorciados da atividade principal do objeto e que poderiam ser contratados junto a terceiros.

1.4.2.2. Exigência irregular de compromisso de terceiro: Articula que a cláusula, 12.26, ao permitir a apresentação das provas de experiência demandadas pelos subitens “12.22.2” e “12.22.4” por terceiro, mediante comprovação de vínculo com o licitante ou o consórcio, estaria a permitir a formulação de consórcio informal, exigindo que o licitante firme contrato com terceiro desde antes da entrega dos envelopes.

Prossegue criticando a disposição que, segundo o representante, obriga o terceiro a manter vínculo com a concessionária durante todo o prazo da concessão, proibindo inclusive a rescisão deste eventual contrato com esse terceiro e incidindo em ofensa à súmula 15 deste E. Tribunal.

1.4.2.3. Admissibilidade de atestados de experiência em nome de empresa controlada, controladora e/ou coligada: Critica a disposição contida no subitem 12.25 por importar em desatendimento ao artigo 27 da Lei 8.666/93 exatamente ao permitir a apresentação de atestados dos proponentes e não de terceiros, e afronta indireta ao artigo 27 da Lei 8.987/95;

1.4.2.4. Imprópria exigência de atestado técnico referente a investimentos: Alegando a ausência de amparo legal, o representante postula a exclusão da requisição contida no subitem “12.22.3”, referente a apresentação de “*Atestado*



que comprove a participação da Licitante na execução de empreendimento no qual tenha sido realizado investimento de, no mínimo R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) com recursos próprios ou de terceiros.”

1.4.3. Aduz que o edital abriga, no subitem “18.1”, exigência ilegal de ressarcimento das despesas incorridas para o custeio dos estudos apresentados no âmbito da Manifestação de Interesse Privada – MIP, no montante de R\$ 3.353.500,00;

1.4.4. Critica a disposição contida no subitem 17.1, que dispõe que a concessionária será obrigatoriamente uma SPE, na forma de sociedade por ações, constituída de acordo com a lei brasileira, com a finalidade de cumprir com o objeto da concessão.

Segundo o representante, a ilegalidade da referida cláusula reside na incidência desta disposição sobre as empresas que disputarem a licitação isoladamente, por ferir o princípio da livre iniciativa.

E garante ser ilegal a exigência de capital social mínimo da SPE, nos termos da cláusula 17.2, que estabeleceu este mínimo em R\$ 27.140.000,00.

1.4.5. Lança objeções às exigências de patrimônio líquido mínimo de R\$ 55.340.000,00 (30% superior no caso de consórcios – R\$ 71.972.000,00) e prestação de garantia de proposta no importe de R\$ 5.530.000,00, disciplinadas nas cláusulas “12.7”, alíneas “v” e “vi”, face à ausência de previsão de investimentos iniciais de R\$ 553.000.000,00 e muito menos de R\$ 719.720.000,00.

Por não ter como base o valor dos investimentos previstos, aponta o representante que ambas as exigências acabam por comprometer, frustrar e restringir o caráter competitivo do certame.

1.4.6. Acusa a ausência de previsão legal para as seguintes requisições contidas nos subitens “13.4” e “13.5”, que considera igualmente desatender à súmula 15 deste E. Tribunal:



- Declaração de Assessor Financeiro ou instituição financeira, nacional ou estrangeira, listada no último Relatório dos 50 (cinquenta) maiores Bancos – Critério de Ativo Total menos Intermediação, emitido trimestralmente pelo Banco Central do Brasil, emitida no papel timbrado da referida instituição e com a devida comprovação dos poderes do seu signatário, declarando a viabilidade da Proposta de Preço e do Plano de Negócios da Licitante, declarando ainda, **sob pena de responsabilidade, que:** (i) Examinou o Edital, o Plano de Negócios da Licitante e sua Proposta de Preço; (ii) Considera que a Proposta de Preço e o Plano de Negócios tem viabilidade econômica; (iii) Considera viável a obtenção dos financiamentos necessários ao cumprimento das obrigações da futura Concessionária, nos montantes e nas condições apresentadas pela Licitante.”
- Demonstração inequívoca, por meio de documento (atestados, declarações ou outros) a experiência do Assessor Financeiro ou da instituição financeira mencionada no item 13.4 acima na estruturação financeira de empreendimentos e, em especial, na área de infraestrutura, na modalidade de *project finance* ou outras formas de mobilização de recursos a longo prazo, envolvendo ao menos R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) de investimentos.”

1.4.7. Por fim, identifica no ato convocatório desvio de finalidade na forma em que foi redigido, afirmando a existência de situações que levam à incerteza e *“indicam o direcionamento do edital para empresas que residam no município de Peruíbe/SP”*, concluindo pela ofensa ao disposto no artigo 3º, §1º, I da Lei 8.666/93;

1.5. A representante **Jundiá Transportadora Turística Ltda.** insurge-se contra o Edital, apontando, em síntese, a existência de irregularidades, ilegalidades e falhas que permeiam o conteúdo dos documentos do certame e, com isso, maculam os princípios da isonomia, da legalidade e da razoabilidade, a saber:

1.5.1. Reclama da limitação de prazo atribuída para o ingresso de pedidos de esclarecimentos complementares (até dez dias úteis antes da data fixada para a sessão pública de abertura do certame), prevista no subitem “6.1” do edital, o que aponta contrariar a norma do artigo 41, §1º da Lei 8.666/93;

1.5.2. Critica a obrigatoriedade da visita técnica, consoante disciplina constante nos subitens “8.1” e “8.5” do edital em função da ausência de amparo legal, do período exíguo designado para tal diligência (23/02/2015 a



26/02/2015) e diante do que considerou uma antecipação, em praticamente um mês, da data da sessão pública, visto que as empresas que tiveram acesso ao edital após 26/02/2015 não teriam mais chances de participar da disputa.

1.5.3. Aduz ser ilegal a exigência de apresentação de balanço patrimonial por meio de SPED contábil (Sistema Público de Escrituração Digital), consoante previsão contida no subitem “12.8” do edital, pois a apresentação de balanço nestes termos não é obrigatória a todos os tipos de sociedades empresárias. Assevera que a disposição contraria o preceito do artigo 31, I da Lei 8.666/93.

1.5.4. Questiona a legalidade da cláusula “12.25” do edital, que permite a comprovação da experiência exigida para fins de qualificação técnica por meio de atestados emitidos em nome de empresa controlada, controladora e/ou coligada. Afirma que a Lei 8.666/93, em momento algum, determina que a atestação de eventual Licitante possa ser apresentada em nome de empresa distinta (isto é, com CNPJ diferente), seja esta controlada, controladora e/ou coligada.

1.5.5. Finalmente, tece impugnações às exigências previstas nos subitens “13.4” e “13.5”, afetas à (i) aprovação do Plano de Negócios por instituição financeira, e comprovação de que referida instituição financeira (ii) figura entre as cinquenta maiores do país, bem como (iii) possui experiência na aprovação de *Project Finance*, ou outras formas de mobilização de recursos.

A representante aponta a ausência de fundamentação legal a legitimar tais exigências e a contrariedade destas disposições à súmula 15 deste E. Tribunal.

1.6. Nestes termos, requereram os representantes que fosse determinada a suspensão liminar do procedimento licitatório e, ao final, o acolhimento de suas impugnações com a determinação de retificação do instrumento convocatório.

1.7. Ao analisar a representação abrigada nos autos do TC-1699.989.15-8, protocolizada no dia 17/03/2015, considerei que haveria tempo suficiente a permitir a notificação da Municipalidade de Sorocaba para que trouxesse justificativas acerca dos pontos alçados pelo representante Mário



Marte Marinho Junior, a fim de verificar a pertinência ou não das assertivas impugnatórias, visto que a abertura do certame encontra-se designada para o dia 24/03/2015.

O despacho de notificação do Senhor Prefeito, fixando 24 horas de prazo para atendimento ao quanto solicitado, foi publicado no DOE de 19/03/2015.

A Municipalidade manifestou-se nos referidos autos para colacionar esclarecimentos e justificativas, através das quais, entre outros pontos, defendeu a não obrigatoriedade da existência de projeto básico com todos seus elementos nas concessões e nas PPPs, apoiando-se no preceito do artigo 18, XV da Lei 8.987/95.

Ademais, prontificou-se a excluir a exigência de “controle contra tração e patinagem (ASR)” para os veículos na modalidade “padron” e “padron especial”, visando assim afastar supostas alegações de limitação de aquisição de veículo de determinado fabricante e, por consequência, restrição à competitividade.

1.8. Verificada, portanto, a existência de questões suficientes para a intervenção desta Corte e, na medida em que a data designada para o recebimento das propostas, 24/03/2015, não propiciaria a submissão da matéria ao Tribunal Pleno, nos termos do que dispõe o Parágrafo único do Artigo 221 Regimento Interno desta Corte, por decisão publicada no D.O.E. de 24 de março de 2015, foi determinada a autuação e registro da matéria como **Exame Prévio de Edital**, bem como a suspensão do andamento do certame, fixado o prazo máximo de 05 (cinco) dias à **PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA** para a apresentação de suas alegações em face das insurgências trazidas nas representações, juntamente com todos os demais elementos relativos ao procedimento licitatório.

A matéria foi submetida ao Egrégio Plenário desta Corte em sessão de 25 de março de 2015, ocasião em que as medidas adotadas em juízo preliminar foram referendadas.

1.9. A Representada colacionou aos autos justificativas, defendendo a improcedência das impugnações ao certame.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



1.10. **Assessoria Técnica e Chefia de ATJ** pronunciaram-se pela procedência parcial das representações.

1.11. Na mesma linha seguiram as conclusões do **Ministério Público de Contas** e da **Secretaria-Diretoria Geral**.

1.12. Considerando o ingresso de memoriais da Representada, seguiram os autos para nova manifestação da Assessoria Técnica, Ministério Público de Contas e da Secretaria-Diretoria Geral.

1.13. Analisando o acrescido, os mencionados órgãos reiteraram seus posicionamentos.

É o relatório.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



TRIBUNAL PLENO
EXAME PRÉVIO DE EDITAL

SESSÃO: 22/07/2015
TC-001699.989.15-8
TC-001758.989.15-6
TC-001785.989.15-3

SEÇÃO MUNICIPAL

2. VOTO

2.1. Trata-se de representações formuladas por **MÁRIO MARTE MARINHO JUNIOR**, Vereador do Município de Sorocaba, **LUÍS DANIEL PELEGRINE** e **JUNDIÁ TRANSPORTADORA TURÍSTICA LTDA.** contra o Edital da Concorrência Internacional nº 020/2015, do tipo menor tarifa de remuneração, promovido pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA**, objetivando a contratação de concessão comum, precedida da execução de obra pública, pelo prazo de 20 (vinte) anos contados da celebração do Termo de Transferência Inicial, para a implantação e operação do sistema de Bus Rapid Transit – BRT em Sorocaba.

O objeto inclui os seguintes serviços: (i) Elaboração de todos os projetos de engenharia e arquitetura necessários à implantação do Sistema BRT, objeto do Contrato de Concessão, sempre em consonância com as diretrizes do projeto de engenharia de referência disponibilizadas pelo Poder Concedente; (ii) Realização das obras necessárias à Implantação e manutenção do Sistema BRT, assim como sua Operação; (iii) Fornecimento do material rodante, nos termos do Volume IV do Anexo II; (iv) Obtenção das licenças ambientais necessárias à Implantação e Operação do Sistema BRT; e (v) Obtenção, aplicação e gestão de todos os recursos financeiros necessários à execução do objeto deste Edital.”

Em linhas gerais, pretende a Prefeitura Municipal de Sorocaba implantar uma solução de transporte coletivo por ônibus diferenciado – BRT, visando melhorar o nível de serviço oferecido aos usuários, complementando o sistema atual com a integração com as ciclovias, a interligação das regiões do município, a implantação de estações, terminais e abrigos, a instalação de bicicletários, a sinalização com semáforos, bem como obras de melhoria da acessibilidade e paisagismo.



2.2. À vista dos elementos presentes na instrução processual, é de rigor o reconhecimento da **procedência parcial** das insurgências formuladas pelos representantes.

2.3. Considerando a magnitude do objeto licitado para o Município de Sorocaba, os possíveis prejuízos futuros e efeitos negativos decorrentes de falhas no planejamento do certame, inicio a análise pela aventada insuficiência de dados no Projeto Básico, amplamente criticado nas manifestações técnicas dos autos.

Não obstante nos anexos do instrumento convocatório constar as “diretrizes” para execução do contrato, restou incontroversa a necessidade de maiores informações e detalhamentos acerca das circunstâncias e abrangência do objeto.

Alega a Prefeitura, em sua defesa, que foram demonstrados todos os dados necessários e suficientes à execução do objeto, e que pela redação do artigo 18, inciso XV, da Lei 8.987/95¹, não se exige para concessão de serviços públicos precedida de obra pública, a apresentação do Projeto Básico na sua integralidade, mas apenas elementos do objeto que permitam sua caracterização.

Contudo, observo que o tratamento diferenciado nesses casos não significa que a Administração esteja desonerada de fornecer todas as informações essenciais à “*plena caracterização*” do objeto, o que, inclusive, está expresso no referido dispositivo legal.

2.3.1. Como ressaltou o Ministério Público de Contas, a despeito da divergência acerca da conceituação jurídica e composição do Projeto Básico em casos da espécie, o fato é que é imprescindível o detalhamento de diversos pontos, justamente para reduzir o maior número possível de conflitos de interesses que uma concessão dessa magnitude pode gerar, inclusive com grandes prejuízos ao erário, devendo a Origem esmiuçar os aspectos relativos

¹ Art. 18. XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra



aos padrões urbanísticos e arquitetônicos da concessão, não fazendo apenas menções genéricas ao cumprimento da legislação em vigor.

Como se trata de questão de mais alta relevância, equívocos, contradições e omissões neste momento crucial de caracterização do objeto, planejamento e definição de diretrizes, elevam indubitavelmente o custo financeiro e o prazo para início do serviço público, fazendo-se necessário, posteriormente, a celebração de inúmeros termos de aditamento ao contrato inicial, com evidentes prejuízos ao erário e ao interesse público.

2.3.2. Oportuna, também, a transcrição de trechos do parecer bastante elucidativo, elaborado pela Unidade de Engenharia da Assessoria Técnica e acolhido nos demais pareceres técnicos dos autos, que bem traduz as circunstâncias que deverão ser observadas pela Prefeitura Municipal de Sorocaba na reformulação do Projeto Básico a ser elaborado:

“A concessão é de Transporte Coletivo o que foge e muito do exigido neste item, e que, como, aliás, aqui assente a Administração, fatalmente possibilitará diversos imprevistos e indefinições. Qual a área necessária para o levantamento? No caso de se encontrar alguma rede com profundidade insuficiente, como deverá proceder a concessionária? Alterar seu projeto, assumindo os custos inerentes? O que aconteceria em caso de falha do cadastramento? E se esta hipotética falha acarretar em danos a alguma rede de abastecimento? Quem arcaria com os prejuízos? Digamos, uma rede de esgoto, cujo caimento por gravidade exija um deslocamento de mais de 1000 metros perpendiculares à faixa de domínio da concessão, a quem responsabilizar pela readequação da rede? E a dúvida principal: Como valorar as obras sem ao menos se conhecer de antemão as interferências relevantes existentes? Percebo claramente conflito de interesses no cadastramento das redes subterrâneas com a implantação da calha do BRT, razão pela qual, entendo, deverá este cadastramento prévio da rede ser parte integrante do Projeto Básico.

(...) Outra lacuna, tão gigantesca como preocupante, consiste na delegação dos padrões urbanísticos e arquitetônicos à concessionária, importantes premissas que podem resultar tanto em



valorização da área afetada como forte degradação destas. Todavia, o legítimo e precípuo interesse da concessionária, o lucro, é conflitante com eventuais custos extras para a intervenção com qualidade paisagística das áreas afetadas.

(...) Fica patente, portanto, que embora se trate de concessão, por haver interesses conflitantes em questões primordiais à cidade e a sua população, deverá o Edital incluir um Projeto Básico que forneça, com razoável definição, além das áreas a serem desapropriadas, com os respectivos valores, definições de todo o tratamento paisagístico de forma a mitigar as cicatrizes urbanas e os impactos negativos inerentes aos corredores de ônibus.

Este Projeto Básico deverá incluir também os projetos arquitetônicos das ciclovias, praças, estações, equipamentos urbanos e demais edificações, com as respectivas definições dos acabamentos, e todas as demais definições que conflitem com o interesse precípuo e legítimo de maximização dos lucros da concessionária, cabendo à concessionária a elaboração somente do Projeto Executivo, custeio das desapropriações e implantações das obras, além, é claro, a implantação e operação do sistema propriamente dito. Procedente, portanto, a representação neste item, não por falta, mas por falhas graves no Projeto Básico.

(...) numa intervenção urbana, há outros aspectos qualitativos, que não se limitam à obra a ser conservada, mas, e principalmente, qualidade de vida e patrimonial de muitos que, inclusive, não se configurarão como usuários ou beneficiários diretos desta intervenção, mas sofrerão significativo impacto e este, por sua vez, há de ser positivo ou, se negativo, mínimo. Esta qualidade suplementar em nada tangencia aos interesses da concessionária e, portanto, caberá ao Projeto Básico garanti-las”.

2.3.3. Não pode, assim, a Administração Pública lançar mão de Edital cujo objeto não está plenamente caracterizado, com base apenas em limitadas estimativas ou projeções que serão verificadas, verdadeiramente, somente no



momento da execução dos serviços licitados, fase em que os eventuais prejuízos já não poderão mais ser contidos.

2.3.4. Cabe, ainda, o alerta a SDG de que há impropriedade da disposição do subitem 1.3.1.2, do Anexo I, que apontou para a ausência de investigações geológicas e geotécnicas por parte da Administração, e, conseqüentemente, para a falta de dados sobre esses aspectos técnicos como auxílio à formulação das propostas.

2.3.5. Neste compasso, em que pesem os “elementos” e as “diretrizes” consignadas para a execução dos serviços a serem contratados, o Projeto Básico peca pelas obscuridades apontadas, devendo ser alvo de ampla reformulação.

2.4. No tocante aos requisitos de qualificação técnica, há dissonâncias à jurisprudência de E. Corte e legislação pertinente, que merecem reparo.

2.4.1. Inicialmente a exigência de atestado de experiência em atividade específica contida nos itens 12.22.1 e 12.22.4 do edital, em desatendimento à Súmula nº 30 deste E. Tribunal, considerando a imposição de atestado comprovando a prestação dos serviços do objeto “*com uso de recursos tecnológicos de monitoramento e controle operacional centralizado*”, que no contexto do objeto não possui o relevo empregado.

Essa conclusão é lógica com o teor dos subitens 12.24 e 12.26 do edital, que autorizam que a prova de experiência anterior sobre tais serviços possa ser oferecida por “terceiros”, atribuindo caráter acessório àquela parcela, nada obstante, tal autorização seja inválida, ante a obrigatoriedade da demonstração de qualificação técnica referir-se exclusivamente à licitante, que se responsabilizará perante o Órgão Concessor pela execução dos serviços.

A cláusula 12.26, ainda, padece de razoabilidade e resulta em ofensa à súmula 15 deste E. Tribunal, ao exigir que seja comprovado o vínculo do licitante com o eventual terceiro fornecedor das provas de experiência demandadas, mediante compromisso firmado antes da entrega dos envelopes, que deve perdurar por todo o prazo da concessão.



Portanto, as mencionadas cláusulas deverão ser reformuladas, de forma a eliminar a exigência de experiência em atividade específica, abolir a permissão de comprovações da espécie por terceiros, e que não sejam mais exigidos compromissos com terceiros como requisito de participação no certame.

2.4.2. No que se refere à imposição do subitem 12.22.3, de apresentação de *“Atestado que comprove a participação da Licitante na execução de empreendimento no qual tenha sido realizado investimento de, no mínimo R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) com recursos próprios ou de terceiros”*, filio-me ao posicionamento técnico majoritário dos autos, no sentido de que tal exigência não deve permanecer no instrumento convocatório, pois extrapola as exigências contidas nos artigos 30 e 31 da Lei Federal nº 8.666/93, se apresentando restritivo e passível de riscos à competitividade do certame.

Não obstante a complexidade do objeto e do vulto da contratação, os mecanismos postos nos referidos dispositivos legais são plenamente capazes de garantir aos órgãos contratantes e ao Município de Sorocaba a correta aferição da capacidade técnica das licitantes em atender ao objeto, não havendo justificativas que demonstrem tanto o caráter excepcional do caso em questão, como a imprescindibilidade de se manter no instrumento convocatório imposição que vai além do que a lei autoriza.

A cláusula, portanto, deverá ser excluída do instrumento convocatório.

2.4.3. As demais insurgências quanto aos requisitos de qualificação técnica **não merecem prosperar.**

Inicialmente não vejo óbice legal na admissibilidade de atestados de experiência em nome de empresa controlada, controladora e/ou coligada, que não eventual prejuízo à comprovação de aptidão técnica e favorece a ampliação do universo competitivo.

Também é vaga a aventada violação ao §1º do artigo 30 da Lei 8.666/93 que o representante vislumbra no subitem “12.24”, em razão da aceitabilidade de *“atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público*



ou privado”, que pondera que a prestação de serviço urbano transporte somente ocorre por pessoas jurídicas de direito público. Observo que a cláusula se baseou no texto da lei e eventuais exceções e/ou impropriedades em relação aos serviços apresentados nos atestados cabem ao exame ordinário de caso concreto.

2.5. No tocante aos requisitos de qualificação econômica das licitantes, **não procedem** as objeções contra aos quantitativos exigidos para comprovação de patrimônio líquido mínimo de R\$ 55.340.000,00 (30% superior no caso de consórcios – R\$ 71.972.000,00) e prestação de garantia de proposta no importe de R\$ 5.530.000,00, conforme manifestações técnicas unânimes, pois estão em conformidade com a lei de regência e o entendimento pacífico desta Corte de Contas que, em se tratando de concessão, a base de cálculo para garantia de participação e para o patrimônio líquido deve ser sobre o valor para o investimento estimado da concessionária.

2.5.1. Por outro lado, **procede** o inconformismo sobre a exigência de apresentação de balanço patrimonial por meio de SPED contábil (Sistema Público de Escrituração Digital), pois a apresentação de balanço nestes termos não é obrigatória a todos os tipos de sociedades empresárias, como destacou a Assessoria Técnica, atuando em desfavor da competitividade do certame.

2.6. Em relação à crítica a disposição contida no subitem 17.1, que dispõe que a concessionária, incluindo-se as empresas que disputarão isoladamente o certame serão obrigatoriamente uma Sociedade de Propósito Específico (SPE), trago trechos de interesse do voto sob minha relatoria, acolhido pelo E. Tribunal Pleno em sessão de 01/10/2014, no Exame Prévio de Edital TC-003936/989/14, que determina a revisão de imposições da espécie:

A Sociedade de Propósito Específico apresenta-se como um modelo de organização empresarial pelo qual se constitui uma nova empresa limitada ou sociedade anônima com um objetivo específico, de atuação bastante restrita, dotada de personalidade jurídica, escrituração contábil própria e demais características comuns às empresas limitadas ou Sociedades Anônimas.

No âmbito do Direito Administrativo, a constituição de Sociedade de Propósito Específico – SPE é prevista no artigo 9º da Lei 11.079, de 30 de



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



dezembro de 2004, que disciplina a contratação de parceria público-privada, como condição obrigatória à assinatura do contrato.

E a Lei nº 8.987/95 estabelece a faculdade do poder concedente em impor ao consórcio vencedor que se constitua em empresa antes da celebração do contrato.

Ou seja, as duas hipóteses previstas no ordenamento jurídico para a constituição de sociedade de propósito específico incidem sobre situações plenamente justificáveis, uma afeta ao compartilhamento entre os investimentos e demais implicações que vinculam o parceiro público e privado, no caso das PPPs, e outra relativa à participação de duas ou mais empresas que se agregam, na forma consorciada, com o propósito de atender aos requisitos de habilitação e executar o objeto do contrato.

A doutrina bem define a Sociedade de Propósito Específico como uma estrutura comercial que reúne interesses e recursos de duas ou mais pessoas para a consecução de empreendimento de objeto específico e determinado, mediante a constituição de uma nova sociedade com personalidade jurídica distinta da de seus integrantes.

Por demandar, portanto, a reunião de duas ou mais pessoas, não há sentido em impor a constituição de uma Sociedade de Propósito Específico – SPE à empresa proponente que eventualmente participar do certame em tela de forma isolada e se sagrar vencedora da disputa.

Desta forma, melhor examinando a questão e reavaliando os fundamentos espostos no precedente citado nas manifestações dos órgãos técnicos e do D. MPC, considero que o disposto no inciso II do artigo 23 da Lei nº 8.987/95 não tem o condão de conferir suficiente amparo à referida exigência, na medida em que apenas estabelece como cláusula essencial do contrato de concessão, entre outras, a que define o modo, forma e condições de prestação do serviço.

Por outro lado, é perfeitamente admissível e recomendável a exigência de constituição de SPE às empresas que participarem na licitação sob a forma de consórcio, consoante previsão expressa no artigo 20 da Lei 8.987/95.

Neste contexto, face à ausência de justificativas suficientes e demonstração da legalidade da exigência de constituição de Sociedade de Propósito Específico – SPE às empresas que participarem singularmente



da licitação, considero procedente a impugnação, determinando que seja removida do edital a questionada requisição contida na cláusula “7.2.3”.

Portanto, a exigência de constituição de SPE deverá se limitar às empresas que participarem na licitação sob a forma de consórcio.

Ainda, é imprópria a imposição de capital social mínimo à SPE, estabelecida no subitem 17.2, pois desprovida de justificativas e suporte legal, devendo ser excluída do edital.

2.7. Também as exigências contidas nos subitens “13.4” e “13.5” do instrumento convocatório, relacionadas a documentos a serem apresentados pelo Assessor Financeiro ou Instituição Financeira, esbarram na vedação da Súmula nº 15, deste E. Tribunal, pois implicam no oferecimento de documento que configura compromisso de terceiro alheio à disputa.

2.8. Acerca das críticas voltadas à visita técnica, há unanimidade nas manifestações técnicas no sentido de que não merecem prosperar, ante a conformidade com a jurisprudência desta E. Corte. Ressalto que, com a extensão do período para sua realização, o prazo abrangeu o intervalo de 44 (quarenta e quatro dias), atendendo, desta forma, o tempo de publicidade determinado pela legislação vigente.

2.9. Não prospera também limitação de prazo atribuída para o ingresso de pedidos de esclarecimentos complementares (até dez dias úteis antes da data fixada para a sessão pública de abertura do certame), prevista no subitem “6.1” do edital, pois além de haver na Lei de Licitações limitações de prazo para tal procedimento, no caso específico dos autos o estipulado não denota indícios de irregularidade e/ou potencial ofensivo à formulação de questionamentos.

2.10. Não vejo, ainda, na linha defendida pela SDG, indicativo de irregularidade na subvenção do investimento previsto, tendo em vista a disposição do artigo 17 da Lei nº. 8.987/95², que o ampara, e as justificativas que constam nos autos.



2.11. Também não há elementos para censura ao contido no subitem “18.1”, que trata do ressarcimento das despesas incorridas para o custeio dos estudos apresentados no âmbito da Manifestação de Interesse Privado – MIP, e do requisito mínimo de que os veículos sejam equipados com sistema de freio dotado de controle contra tração de veículo, o qual, não obstante tenha a Representada se comprometido em suas justificativas a rever a exigência descrita, se trata de item de segurança, e que, como ressaltou a SDG, se coaduna com um dos princípios da Política Nacional de Mobilidade Urbana, consoante estatuído no art. 5º, inciso VI, da Lei Federal nº 12.587/12.

2.12. Por fim, na linha do que defendeu a Assessoria Técnica, premissas da Lei Federal 12.587/12 foram observadas pela Prefeitura na elaboração do edital, não se configurando a aventada omissão.

2.12.1 Acrescentou, ainda, a SDG, que *“consoante informações contidas no subitem 5.3, do Anexo I, e no item 11.5.3, do Estudo Técnico, o “Plano de Mobilidade de Sorocaba (PDTUM) foi elaborado (...) através da URBES – Trânsito e Transportes durante o período de 02 de agosto de 2012 até 10 de abril de 2013” (sic), o que denota ter aludida Municipalidade observado às determinações contidas no art. 24, §§ 1º e 4º, da Lei Federal nº 12.587/12.”*

Neste sentido, oportuno o alerta do referido órgão técnico sobre a necessidade de que o ato convocatório em comento seja compatível com indigitado Plano de Mobilidade de Sorocaba, haja vista que tal aspecto não escapará do controle de legalidade por ocasião do exame ordinário da licitação e do contrato decorrente, bem como para que o edital expressamente consigne a necessidade, por parte da concessionária, de observância aos assentamentos inseridos em referido Plano, e que a Administração garanta disponibilização às participantes do certame, de modo que todas tomem prévio conhecimento dos procedimentos necessários à realização do objeto.

2.13. Ante todo o exposto e por tudo o mais consignado nos autos, **VOTO** pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** das representações, determinando à **PREFEITURA MUNICIPAL DE SOROCABA** que promova a retificação do edital de forma a:

² Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



- a) ampliar as informações constantes do Projeto Básico, conforme diretrizes no corpo do voto;
- b) excluir dos requisitos de qualificação técnica a imposição de demonstração de precedente uso de recursos tecnológicos e controle operacional;
- c) excluir dos requisitos de qualificação técnica a autorização de fornecimento de provas de experiência anterior por “terceiros”, juntamente com a consequente comprovação de vínculo do licitante com o eventual terceiro fornecedor; e exigência de documentos que configurem compromissos
- d) excluir dos requisitos de qualificação técnica, a imposição atestado que comprove a participação da Licitante na execução de empreendimento no qual tenha sido realizado investimento de, no mínimo R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais) com recursos próprios ou de terceiros.
- e) excluir do edital exigência de documentos que configurem compromissos com terceiros, como requisito de participação no certame;
- f) excluir de edital a exigência de apresentação de balanço patrimonial por meio de SPED contábil (Sistema Público de Escrituração Digital).
- g) excluir de edital a exigência de que a concessionária seja Sociedade de Propósito Específico (SPE), quando se tratar de empresa que dispute a licitação isoladamente;
- h) excluir de edital a exigência de capital social mínimo à Sociedade de Propósito Específico (SPE), quando se tratar de empresa que dispute a licitação isoladamente;
- i) compatibilizá-lo com o Plano de Mobilidade de Sorocaba, garantindo disponibilização às participantes do certame, dos procedimentos necessários à realização do objeto.

A reformulação do edital é, portanto, medida que se impõe, em consonância com todos os aspectos desenvolvidos no corpo do voto ora proferido, com a consequente publicação do novo texto do ato convocatório e



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO
Gabinete do Conselheiro Dimas Eduardo Ramalho



reabertura do prazo legal, nos termos do artigo 21, § 4º, da Lei Federal nº 8.666/93, para oferecimento das propostas.

Por fim, após o trânsito em julgado, archive-se o procedimento eletrônico.

DIMAS EDUARDO RAMALHO
CONSELHEIRO