



CONCORRÊNCIA Nº 010/2022/SGM-SEDP

Parceria Público-Privada (PPP) na modalidade concessão administrativa para a requalificação e conservação de UNIDADES EDUCACIONAIS da DRE SÃO MATEUS na cidade de SÃO PAULO

Respostas às solicitações de Esclarecimentos

| Data do Pedido | Nº | Item - Cláusula | Sugestão / Opinião / Crítica / Esclarecimento | Resposta |
|----------------|----|--|--|---|
| 25/07/2024 | 1 | Cláusulas 6.6, 6.6.1, 6.6 e 15.2, Minuta do Contrato | As Cláusulas 6.6, 6.6.1 e 6.6.2 da minuta do Contrato dispõem que: 6.6. A CONCESSIONÁRIA terá o prazo de até 12 (doze) meses, contados da DATA DE INÍCIO DAS OBRAS, para a conclusão da ETAPA DE OBRAS da UNIDADE ESCOLAR PREEXISTENTE correspondente, nos termos do ANEXO III – CADERNO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA. O prazo de que trata a subcláusula 6.6 poderá ser estendido caso se comprove que o atraso ocorreu por solicitação do PODER CONCEDENTE para que houvesse a interrupção e/ou reprogramação do cronograma físico-financeiro das obras em virtude de adequações necessárias para a realocação dos EDUCANDOS ou melhor adequação ao calendário escolar. Caso seja necessária uma extensão do prazo de que trata a subcláusula 6.6.1 superior a 6 (seis) meses, a CONCESSIONÁRIA terá direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO. Em contrapartida, a Cláusula 15.2 prevê o seguinte: O PODER CONCEDENTE deverá disponibilizar à CONCESSIONÁRIA, na DATA DA ORDEM DE INÍCIO a ÁREA DA CONCESSÃO e os bens que ficarão sob a gestão da CONCESSIONÁRIA necessários ao desenvolvimento adequado do OBJETO. Diante das referidas disposições, entende-se que a eventual impossibilidade de início das obras por falta de disponibilização efetiva do local, constatada pela Concessionária quando emitida a Ordem de Início, terá o mesmo efeito da hipótese prevista na Cláusula 6.6.2, isto é, possibilitará requerimento de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato. Está correto o nosso entendimento? Caso negativo, favor esclarecer. | As hipóteses de cabimento de procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro estão previstas na Cláusula 38ª do Contrato, observados os termos da lei e da alocação de riscos prevista contratualmente. O processamento de eventual solicitação de reequilíbrio econômico-financeiro observará o procedimento descrito na Cláusula 39ª do Contrato, mediante solicitação de qualquer uma das partes interessadas e desde que atendidos os critérios e procedimentos previstos no Contrato de Concessão e na legislação aplicável. O procedimento ocorre mediante apresentação de relatório técnico com descrição dos eventos que deram causa e seu impacto no equilíbrio econômico-financeiro. Por isso, somente com a análise pormenorizada do caso concreto será possível determinar a procedência, ou não, do pleito de reequilíbrio econômico-financeiro. |
| 25/07/2024 | 2 | Cláusula 33.4, itens "d" e "f" e Cláusula 35.2, Minuta do Contrato | De acordo com a Cláusula 33.4, itens "d" e "f", da minuta do Contrato: 34.4. Constituem, dentre outros, riscos de engenharia e operação assumidos pela CONCESSIONÁRIA: d) identificação de vícios, defeitos, irregularidades e inconformidades nas edificações das UNIDADES EDUCACIONAIS, a partir da DATA DA ORDEM DE INÍCIO; j) gastos resultantes de defeitos ocultos em MOBILIÁRIOS e equipamentos; No entanto, o Anexo VII – Matriz de Risco, prevê em diversos momentos a contratação de Seguro de Riscos de Engenharia, do tipo "todos os riscos". Destaca-se abaixo um exemplo sobre os mecanismos de mitigação dos vícios nos bens vinculados à concessão ou na área da concessão (pág. 10, Anexo VII): Elaboração de Plano de Mobiliário pela Concessionária. Obrigação da CONCESSIONÁRIA contratar Seguro de Riscos de Engenharia, do tipo "todos os riscos" ou utilizar a respectiva garantia do fabricante referente ao EQUIPAMENTO ou MOBILIÁRIO defeituosos. Por sua vez, a Cláusula 35.2 da minuta do Contrato admite a possibilidade do risco compartilhados nas situações de caso fortuito ou força maior: 35.2. Na ocorrência de CASO FORTUITO ou FORÇA MAIOR, cujas consequências não sejam seguráveis, à época de sua materialização, há pelo menos 2 (dois) anos e por pelo menos 2 (duas) empresas seguradoras, as PARTES acordarão se haverá lugar à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro ou à extinção da CONCESSÃO, cabendo esta última apenas na hipótese de inviabilização comprovada da continuidade da CONCESSÃO, tendo-se por base as consequências dos eventos para a continuidade do OBJETO deste CONTRATO, observado o disposto no CAPÍTULO XIV – DA SOLUÇÃO DE CONFLITOS. Nesse sentido, entendemos que (i) somente riscos para os quais exista seguro disponível no mercado em condições comerciais viáveis deverão ser suportados pela Concessionária, e (ii) uma vez que é sabido que não existem seguros para riscos de engenharia que cobrem todas as possíveis situações referidas nos itens "d" e "f" da Cláusula 34.4 da minuta do Contrato, tais riscos não deverão ser suportados pela Concessionária. Ressalta-se que, em resposta ao esclarecimento nº 5 formulado em 09/11/2022, no âmbito deste procedimento licitatório – em momento anterior à suspensão e à republicação dos documentos editalícios – a Comissão Especial de Licitação confirmou referido entendimento. Considerando que não houve alteração substancial deste item no Edital republicado, assume-se que o entendimento desta Comissão permanece o mesmo. Assim, está correto o nosso entendimento? Caso negativo, favor esclarecer | Esclarece-se que, nos termos da subcláusula 35.2 da minuta contratual, apenas nas hipóteses de ocorrência de caso fortuito ou de força maior que não seja segurável haverá o compartilhamento do risco entre as partes, as quais acordarão se haverá recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou a extinção da Concessão. |
| 25/07/2024 | 3 | Cláusula 14.2, "hh", Minuta do Contrato | A obtenção de licenciamento é um procedimento no qual a Concessionária tem baixíssimo grau de ingerência, dependendo de tratativas junto ao Poder Público para a sua obtenção. Pela redação atual da Cláusula 14.2, "hh" da Minuta do Contrato, o ônus para a obtenção de licenças, permissões e autorizações recai exclusivamente sobre a Concessionária, ao passo que o Poder Concedente, enquanto ente da administração pública, tem maior capacidade de realizar tratativas junto aos órgãos públicos para a emissão de tais documentos. Nesse sentido, sugere-se a seguinte redação para a Cláusula em comento: hh) Obter, quando aplicável, todas as licenças, alvarás, permissões e autorizações exigidas para a plena execução do OBJETO, devendo ser responsabilizar por todas as providências necessárias para a sua obtenção junto aos órgãos competentes, com o auxílio do PODER CONCEDENTE, nos termos da legislação vigente e arcando com todas as despesas e os custos envolvidos. | Esclarece-se que a Minuta de Contrato é explícita em elencar o papel de auxílio do Poder Concedente durante o processo de licenciamento. Não obstante, resta evidente a obrigação da Concessionária em realizar as providências necessárias para obtenção dos alvarás e licenças aplicáveis. |

| | | | |
|------------|---|---|---|
| 25/07/2024 | 4 | <p>Cláusula 14.2, "fff", Minuta do Contrato</p> <p>A Cláusula 14.2, item "fff", da minuta do Contrato, dispõe quanto obrigação da Concessionária "conservar e manter todos os bens, equipamentos e instalações empregados das UNIDADES EDUCACIONAIS, mantendo-os atualizados e em perfeitas condições de funcionamento, bem como reparar suas unidades e promover, oportunamente, as substituições demandadas em função do desgaste, superação tecnológica ou término da sua vida útil [...]". Ocorre que o dever de promover substituições demandadas em função da superação tecnológica é demasiadamente genérica e onerosa à Concessionária. Ainda, a redação contratual não traz quaisquer balizas objetivas para que tal argumento seja usado com parcimônia pelo Poder Público. Desse modo: Vê-se que a redação genérica somada às rotineiras inovações tecnológicas impõe um ônus excessivo à futura Concessionária, que será demandada a substituir equipamentos e realizar modernizações ao crivo do Poder Concedente. Dessa feita, entende-se que tal obrigação deve ser excluída do Contrato. O entendimento está correto? No limite, caso não seja esse o entendimento, faz-se pertinente prever que só seria obrigação da CONCESSIONÁRIA a substituição ou atualização tecnológica na situação que estivesse comprovado o não atendimento dos índices de desempenho e qualidade decorrente da defasagem tecnológica. Senão por tal situação, deveria ser entendido como mudança por interesse do Poder Concedente, com o devido equilíbrio contratual. Confirma este entendimento? Ademais, cumpre observar o disposto na Cláusula 36.1 da Minuta do Contrato. A Cláusula em comento dispõe que a cada cinco anos, contados da Data da Ordem de Início, as PARTES promoverão a revisão dos parâmetros, condições e resultados gerais da Concessão, tendo como um de seus objetivos "rever o conteúdo do Plano de MOBILIÁRIO que deverá ser implementado nas UNIDADES EDUCACIONAIS, em especial para garantir a atualização tecnológica dos equipamentos" (item "d" da Cláusula 36.1). Em vista do disposto acima e da obrigação prevista na Cláusula 14.2."fff" da Minuta do Contrato, entende-se que a obrigação de atualização tecnológica dos bens, equipamentos e instalações empregados é condicionada ao momento da revisão quinzenal. O entendimento está correto? A este respeito, cumpre esclarecer que esta Comissão Especial de Licitação concordou com este entendimento em resposta ao esclarecimento nº 4 de 11/11/2022, publicado antes da suspensão do procedimento e da republicação dos documentos editalícios.</p> | <p>Quanto ao primeiro e ao segundo ponto do esclarecimento, ambos os entendimentos estão incorretos.</p> <p>Nesse sentido, esclarece-se que o entendimento do terceiro ponto do pedido de esclarecimento está correto. Entende-se que a obrigação de atualização tecnológica dos bens e equipamentos está relacionada ao período de revisões ordinárias, conforme alínea "d)" da subcláusula 36.1 da Minuta de Contrato, o que não se confunde por substituições devido a falhas e obsolescência de equipamento.</p> |
| 25/07/2024 | 5 | <p>Cláusula 15.1, "h" e "j", Minuta do Contrato item 3, Anexo V da Minuta do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Contraprestação e do Aporte</p> <p>Ao dispor sobre as obrigações do Poder Concedente, as Cláusulas em comento preveem que ele deve realizar a contratação da Certificadora de Obras e do Verificador Independente em até seis meses da Data da Ordem de Serviço. Ocorre que a contratação do Verificador Independente e da Certificadora de Obras é de suma relevância, em vista do papel desempenhado por estes agentes para a boa execução contratual, para a viabilidade financeira e técnica do Projeto. No cotidiano da gestão da PPP, o Verificador Independente será o responsável por auxiliar tecnicamente as partes contratuais a atingirem os objetivos da concessão. Ele poderá otimizar a eficiência do sistema de monitoramento e controle de desempenho, bem como recomendar eventuais alterações nos índices de desempenho. Já a Certificadora de Obras será responsável por prestar apoio ao Poder Concedente no acompanhamento dos serviços executados pela Concessionária durante as etapas de obras e auxiliar na vistoria e ateste do recebimento das intervenções. Desse modo, a demora na contratação do Verificador Independente e da Certificadora de Obras compromete a boa execução do Contrato, podendo inviabilizar o Projeto por completo. Nesse sentido, entende-se que é essencial que a contratação da Certificadora de Obras e do Verificador Independente seja feita em momento antecedente à data de emissão da ordem de início e com aprovação das Partes pelas razões já expostas. O entendimento está correto? Ainda, consoante ao disposto no item 3 do Anexo V do Contrato, para fins de fiscalização e cálculo da contraprestação mensal devida à Concessionária, entende-se que enquanto não houver a contratação do Verificador Independente não haverá a incidência dos indicadores de desempenho para fins de cálculo da contraprestação. Confirma o entendimento? Isso se faz necessário em razão da impossibilidade de o Poder Concedente realizar uma análise crítica e imparcial em relação à apuração dos indicadores. Ou seja, haverá uma mudança relevante na margem de segurança do projeto, uma vez que a fiscalização do Poder Concedente, diferentemente da autonomia do verificador, pode estar/ficar enviesada para fins de redução da contraprestação, ou seja, há real aumento do risco político e financeiro do projeto a falta do Verificador Independente desde o início do projeto ou, ainda, não tendo, de o Poder Concedente assumir tal função para si, eliminando qualquer incentivo em contratar o Verificador.</p> | <p>Ambos os entendimentos apresentados não estão corretos.</p> <p>Esclarece-se que a incidência dos indicadores de desempenho para cálculo da contraprestação mensal efetiva, ante a ausência do Verificador Independente, ocorre em conjunto como mecanismos estabelecidos para esse cenário, a exemplo da valoração do Fator de Desempenho (FD) em 1 (FD = 1) até o 12º mês a partir da Data da Ordem de Início, e da valoração do Fator de Contratação do Verificador Independente (CVI) em 0,5 (CVI = 0,5), se não houver Verificador Independente contratado após o 6º mês da Data da Ordem de Início, conforme previsto no ANEXO IV DO CONTRATO - SISTEMA DE MENSURAÇÃO DE DESEMPENHO e no ANEXO V DO CONTRATO – MECANISMO DE PAGAMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO E DO APORTE.</p> |
| 25/07/2024 | 6 | <p>Cláusula 15.1, "l", Minuta do Contrato</p> <p>Em que pese a assunção da obrigação pelo Poder Concedente para realizar a manutenção de intervenções artísticas existentes nos ambientes e instalações das UNIDADES EDUCACIONAIS, poderiam por favor esclarecer como será o controle relacionado à manutenção, de modo a afastar quaisquer ônus à Concessionária?</p> | <p>Nos termos do subitem 7.5 do Anexo III do Contrato - Caderno de Encargos da Concessionária, eventuais intervenções artísticas a serem realizadas nas escolas, a exemplo de grafite e muralismo, não deverão ser permitidas pela Concessionária, mediante prévia aprovação do Gestor da Unidade Educacional. É de responsabilidade da Concessionária, no que couber, os serviços de limpeza e demais encargos de zeladoria aplicados à Área da Concessão, mas não de reparação da obra artística eventualmente realizada nas escolas.</p> |
| 25/07/2024 | 7 | <p>Cláusula 27.9, Minuta do Contrato</p> <p>Ao tratar do procedimento de pagamento da Contraprestação Mensal, a Cláusula 27.9 da Minuta do Contrato dispõe que o pagamento do valor incontroverso deverá ser realizado até o 25º dia do mês subsequente ao da prestação dos serviços e mediante execução orçamentária. Contudo, não resta claro qual será o procedimento e prazo a serem observados para fins de pagamento de eventual valor objeto de controvérsias entre as Partes. Informação, esta, de suma relevância para antever eventuais riscos de inadimplemento ou morosidade para recebimento desses valores. Desta feita, solicita-se esclarecer qual será o procedimento para pagamento do valor controverso e em qual prazo deve ser feito.</p> | <p>Esclarece-se que o tratamento ofertado a eventuais controvérsias quanto aos valores devidos a título de contraprestação mensal efetiva é abordado no item 4.6 e subsequentes do Anexo V do Contrato - Mecanismo de Pagamento da Contraprestação e do Aporte.</p> |
| 25/07/2024 | 8 | <p>Cláusula 28.2, Minuta do Contrato</p> <p>A Cláusula 28.2 da Minuta do Contrato condiciona a liberação do Aporte em favor da Concessionária em função da efetiva realização de investimentos pela Concessionária e emissão dos termos definitivos de aceitação de obras no âmbito dos programas correspondentes. Nesse sentido, a emissão dos termos definitivos de aceitação de obras, consoante ao disposto na Cláusula 6.7.3 da Minuta do Contrato, está desvinculada da apresentação das licenças e alvarás necessários. Em outras palavras, estes são necessários apenas para a emissão da Ordem de Serviço Definitiva, sem condicionar a liberação do termo definitivo da aceitação das obras e, por conseguinte, para a liberação do Aporte. Ademais, o termo de aceitação de obras é ato vinculado, ocorrido sem juízo de valor e sempre que demonstrado, pela Concessionária, bem com certificado pelo Certificador de Obras, que o objeto da obra foi atendido nos termos e condições técnicas contratadas. Isso se faz pertinente para atribuir segurança jurídica ao projeto, ou seja, mitigando riscos e custos financeiros para as partes. Ressalta-se que, em resposta ao esclarecimento nº 13 formulado em 11/11/2022, no âmbito deste procedimento licitatório – em momento anterior à suspensão e à republicação dos documentos editalícios – a Comissão Especial de Licitação confirmou referido entendimento. Considerando que não houve alteração substancial deste item no Edital republicado, assume-se que o entendimento desta Comissão permanece o mesmo. Assim, estão corretos os nossos entendimentos? Caso negativo, favor esclarecer.</p> | <p>O entendimento está correto apenas no que se refere às licenças e alvarás necessários para iniciar a operação dos CEUs (emissão da Ordem de Serviço Definitivo). No entanto, ressalta-se que, para fins de execução das obras, é de responsabilidade da concessionária a prévia obtenção de licenças e alvarás necessários, nos termos do subitem 2.11.2 do Anexo III do Contrato - Caderno de Encargos da Concessionária.</p> |

| | | | | |
|------------|----|---|---|--|
| 25/07/2024 | 9 | Cláusulas 29.23, Minuta do Contrato | As Cláusulas 29.22 e 29.23 descrevem sobre a destinação dos recursos da Conta Aporte à Conta Salário Educação, conforme hipótese descrita: Na impossibilidade de uso ou na insuficiência dos recursos da CONTA APORTE, a INSTITUIÇÃO DEPOSITÁRIA estará autorizada a efetuar o pagamento do débito remanescente por meio do uso dos recursos da GARANTIA SUBSIDIÁRIA, da CONTA SALÁRIO EDUCAÇÃO. A INSTITUIÇÃO DEPOSITÁRIA verificará a existência de inadimplemento por parte do PODER CONCEDENTE e transferirá os recursos da CONTA SALÁRIO EDUCAÇÃO à CONCESSIONÁRIA, na forma da subcláusula 29.22, até o limite do valor devido pelo PODER CONCEDENTE à CONCESSIONÁRIA, seja para o pagamento de CONTRAPRESTAÇÕES MENSIS EFETIVAS, seja para o pagamento de indenizações, inclusive por investimentos não amortizados no caso de extinção antecipada do CONTRATO. Em vista do disposto, é essencial esclarecer, caso seja necessário utilizar os novos depósitos referentes às quotas do salário- educação, qual o procedimento, prazo e previsão para a liberação e disponibilização desses valores à Concessionária? | Os procedimentos e prazos específicos para a utilização da GARANTIA SUBSIDIÁRIA estão regradados na CLÁUSULA 10ª do Apêndice I do Anexo VIII do Contrato - Minuta de Contrato de Nomeação de Agentes de Garantia e Administração de Contas. |
| 25/07/2024 | 10 | Cláusula 33.4, "r", Minuta do Contrato | A Cláusula 33.4, "r" da Minuta do Contrato atribui, exclusivamente, à Concessionária, os gastos resultantes de defeitos ocultos em MOBILIÁRIOS e equipamentos. Ocorre que os referidos custos se referem a um montante que a Concessionária não ter qualquer grau de ingerência, uma vez que trata de defeito ou falha de fábrica – a qual não é previsível. Desse modo, é certa a exclusão dessa previsão contratual, de modo que eventuais vícios cultos sejam exclusivamente requeridos junto aos fabricantes e outros responsáveis pela falha. Confirma este entendimento? | O entendimento não está correto. Cumpre à licitante realizar as suas estimativas e elaborar sua proposta comercial com base na matriz de risco estabelecida no contrato, assim como nas suas próprias estimativas de probabilidade de ocorrência do evento e impacto do evento. |
| 25/07/2024 | 11 | Cláusula 33.4, "q", Minuta do Contrato | Ao dispor enquanto risco alocado à Concessionária, o "perecimento, destruição, roubo, furto, depredação, vandalismo, perda ou quaisquer outros tipos de danos causados aos BENS VINCULADOS À CONCESSÃO, incluindo sua reposição e/ou reparo, considerando também o quanto disposto na subcláusula 15.1 "m" e "n" (Cláusula 33.4, "q"), a Cláusula em comento não endereça como a apuração desses custos ocorrerá. A assunção do risco de destruição, roubo, furto, depredação ou vandalismo, diante da presente redação, apresenta alto grau de incerteza somado ao fato que se trata de situações provocadas por terceiros e sem qualquer conduta atrelada à Concessionária. Por conseguinte, em vista da necessidade de tornar mais concreto os limites da assunção destes riscos, é necessário esclarecer: Como será o procedimento, método e apuração dos danos resultantes de ações de destruição, roubo, furto, depredação, vandalismo ou perda? Como deverá ser realizada a comprovação dos custos relacionados aos danos resultantes de ações de destruição, roubo, furto, depredação, vandalismo ou perda? | Em relação às questões suscitadas, cabe à Concessionária a definição da estratégia para realização dos encargos relacionados à segurança e vigilância patrimonial, o que inclui o auxílio na coligação de atos de vandalismo e depredações. Esclarece-se também que cabe à Concessionária realizar a substituição de qualquer mobiliário dos ambientes da Área da Concessão que tenha sido furtado, roubado, vandalizado ou depredado. |
| 25/07/2024 | 12 | Cláusulas 6.7.2 e 6.7.3, Minuta do Contrato Item 6.4, Anexo V do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Contraprestação e do Aporte | Considerando que o item 6.4 do Anexo V do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Contraprestação e do Aporte estabelece a liberação em benefício da Concessionária ou do Financiador, conforme o caso, em até 15 (quinze) dias da emissão do Termo Definitivo de Aceitação de Obra no caso das unidades escolares preexistentes; a Cláusula 6.7.2 da minuta do Contrato estabelece que concluída a etapa de obras, em cada Unidade Escolar Preexistente, caberá à Concessionária solicitar e obter todas as autorizações, licenças e Alvarás necessários ao pleno funcionamento da Unidade Escolar; a Cláusula 6.7.3 da minuta do Contrato estabelece que a Concessionária deverá comprovar a posse das licenças e alvarás necessários para a plena operação da Unidade Escolar Preexistente, como o AVCB; e (iv) as Unidades Escolares Preexistentes estão em funcionamento. Entende-se que as Unidades Escolares Preexistentes são, desde já, detentoras dos alvarás, licenças e quaisquer outros documentos exigidos pela legislação vigente, de modo que caberá à Concessionária somente a atualização das licenças, quando necessário. O entendimento está correto? Caso negativo, favor justificar | É de responsabilidade da Concessionária providenciar todas as autorizações, alvarás, licenças e aprovações necessárias junto aos respectivos órgãos e entidades da Administração Pública nos âmbitos federal, estadual e municipal, para a execução integral do objeto da Concessão, inclusive para a operação das unidades educacionais compreendidas no objeto contratual. |
| 25/07/2024 | 13 | Cláusulas 6.7.2 e 6.7.3, Minuta do Contrato Item 6.4, Anexo V do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Contraprestação e do Aporte | Considerando que o item 6.4 do Anexo V do Contrato – Mecanismo de Pagamento da Contraprestação e do Aporte estabelece a liberação em benefício da Concessionária ou do Financiador, conforme o caso, em até 15 (quinze) dias da emissão do Termo Definitivo de Aceitação de Obra no caso das unidades escolares preexistentes; a Cláusula 6.7.2 da minuta do Contrato estabelece que concluída a etapa de obras, em cada Unidade Escolar Preexistente, caberá à Concessionária solicitar e obter todas as autorizações, licenças e Alvarás necessários ao pleno funcionamento da Unidade Escolar; a Cláusula 6.7.3 da minuta do Contrato estabelece que a Concessionária deverá comprovar a posse das licenças e alvarás necessários para a plena operação da Unidade Escolar Preexistente, como o AVCB; e as Unidades Escolares Preexistentes estão em funcionamento; e a maioria das obras de requalificação serão efetuadas nas Unidades Escolares Preexistentes, as quais terão sua ocupação e utilização de 100% no ato da conclusão das obras (de reforma e qualificação). Entende-se que é possível a emissão da Ordem de Serviço Definitiva a partir do ato da conclusão, tendo em vista que as Unidades Escolares Preexistentes já detentoras dos alvarás, licenças e quaisquer outros documentos exigidos pela legislação vigente, restando somente eventual necessidade de atualização. O entendimento está correto? Caso negativo, favor justificar. Por conseguinte, considerando que (a.) o investimento efetuado pela Concessionária para a adequação de uma UNIDADE ESCOLAR; (b.) a emissão de eventuais renovações ou atualizações depende de terceiros sob os quais a Concessionária não tem qualquer grau de ingerência; e (c.) a UNIDADE ESCOLAR estará em plena utilização; Entende-se que o pagamento do Aporte poderá ser feito a partir da apresentação das atuais licenças, não sendo necessário à de renovações, as quais poderão ser apresentadas a posteriori, sem prejuízo do pagamento do Aporte da Unidade requalificada quando concluída as adequações. O entendimento está correto? Caso negativo, favor justificar. | É de responsabilidade da Concessionária providenciar todas as autorizações, alvarás, licenças e aprovações necessárias junto aos respectivos órgãos e entidades da Administração Pública nos âmbitos federal, estadual e municipal, para a execução integral do objeto da Concessão, inclusive para a operação das unidades educacionais compreendidas no objeto contratual. Esclarece-se que o pagamento do aporte está condicionado à emissão do Termo Definitivo de Aceitação de Obras no caso das unidades escolares preexistentes e à conclusão dos Metas de Avanço Físico no caso dos MinICEUs, conforme previsto no Anexo V do Contrato - Mecanismo de Pagamento da Contraprestação e do Aporte. |
| 25/07/2024 | 14 | Itens 8.5 e 8.6, Anexo III do Contrato – Caderno de Encargos da Concessionária | Para fins do cumprimento da obrigação contratual de vigilância, a Concessionária dispõe de vários meios, previstos no item 8.6 do Caderno de Encargos, para sua realização 24 horas por dia, 7 dias por semana. Ainda, conforme resposta ao esclarecimento nº 33 formulado em 11/11/2022, no âmbito deste procedimento licitatório – em momento anterior à suspensão e à republicação dos documentos editalícios – a Comissão Especial de Licitação esclareceu que as atividades que compõem o encargo de Vigilância e Segurança Patrimonial, as quais estão elencadas no Caderno de Encargos da Concessionária, são de observância obrigatória pela Concessionária, cabendo à Licitante elaborar sua estratégia de execução com base no desempenho exigido a ser mensurado para fins de contraprestação. Assim, entende-se que para fins do cumprimento da obrigação contratual de vigilância, itens 8.6 e 8.7, a Concessionária poderá se valer da utilização de soluções isoladas ou combinadas dos vários meios previstos no item 8.5 do Caderno de Encargos, não se limitando às atividades previstas na Lei nº 7.102/1983. O entendimento está correto? Caso negativo, favor justificar. | O entendimento está correto. A Licitante deverá observar as diretrizes dispostas no Caderno de Encargos da Concessionária e a legislação vigente para obtenção de autorização de funcionamento no Estado de São Paulo concedido pelo Ministério da Justiça, nos termos da mencionada Lei Federal nº 7.102/1983, do Decreto Federal nº 89.056/1983 e Decreto Federal nº 1.592/1985, mas sem precisar se limitar às atividades listadas em tais normativos. Nesse sentido, cabe à Licitante elaborar sua estratégia de execução dos encargos em questão com base no desempenho exigido a ser mensurado para fins de contraprestação. |

| | | | |
|--|-----------------------------|--|---|
| | <p>25/07/2024</p> <p>15</p> | <p>Cláusulas 44.3.1, item "b"; 44.4.1, 44.5.1, item "a"; 44.6.1, item "a"; 44.7; 44.9, Minuta do Contrato</p> <p> Ao analisar os parâmetros de aplicação de multas à Concessionária pelo Poder Concedente, observa-se que a metodologia de cálculo proposta e os valores que efetivamente poderão ser aplicados no caso concreto não são proporcionais às infrações cometidas, estando em total desconexão com a devida razoabilidade, além de inviabilizarem o contraditório e ampla defesa da Concessionária. Isso se deve essencialmente a três pontos principais: (i) a base de cálculo utilizada para as multas considera o escopo total do contrato, abrangendo todas as unidades, sem qualquer distinção em relação à unidade em que foi verificado eventual infração ou inadimplemento; (ii) os parâmetros estabelecidos como valor mínimo são extremamente altos, o que poderia obrigar o Poder Concedente a aplicar multas desproporcionais à situação concreta; e (iii) a tipificação das infrações está excessivamente aberta, recaindo em elevado grau de subjetivismo, o que gera insegurança jurídica e dificulta (quando não inviabiliza) o exercício da ampla defesa e do contraditório da Concessionária. Explica-se. O valor das multas passíveis de serem aplicadas à Concessionária tem como base de cálculo o valor do contrato e da contraprestação mensal de referência, sendo estes multiplicados por percentuais pré-estabelecidos nas cláusulas 44.3.1, item "b"; 44.4.1; 44.5.1, item "a"; e 44.6.1, item "a", a depender da gravidade da infração, conforme se verifica abaixo: a) Infrações de natureza leve: 44.3.1. O cometimento de infração de natureza leve ensejará a aplicação das seguintes penalidades: b) multa, em caso de reincidência em uma mesma conduta que caracterize infração leve, dentro do período de 04 (quatro) meses consecutivos, que será no valor de 0,005% (cinco milésimos por cento) do VALOR DO CONTRATO ou 0,5% (cinco décimos por cento) da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL DE REFERÊNCIA, conforme a Base de Cálculo utilizada. b) Infrações de natureza média: A infração será considerada média quando decorrer de conduta praticada pela CONCESSIONÁRIA, cujo potencial de dano impacte diretamente o OBJETO. O cometimento de infração de natureza média ensejará a aplicação de multa, no valor de 0,015% (quinze milésimos por cento) do VALOR DO CONTRATO ou 1,5% (um e meio por cento) da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL DE REFERÊNCIA, conforme a Base de Cálculo utilizada, além da determinação da adoção de medidas necessárias de correção. c) Infrações de natureza grave: 44.5.1. O cometimento de infração grave ensejará a aplicação, de maneira isolada ou concomitante, das seguintes penalidades: a) determinação da adoção de medidas necessárias de correção e multa no valor de 0,03% (três centésimos por cento) do VALOR DO CONTRATO ou 3,0% (três por cento) da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL DE REFERÊNCIA, conforme a Base de Cálculo utilizada; d) Infrações de natureza gravíssima: A infração será considerada gravíssima quando constatado, diante das características do serviço prestado e do ato praticado pela CONCESSIONÁRIA que suas consequências se revestem de grande lesividade ao interesse público, prejudicando o meio ambiente, o erário ou a própria continuidade do OBJETO. O cometimento de infração gravíssima ensejará a aplicação de maneira isolada ou concomitante das seguintes penalidades: a) determinação da adoção de medidas necessárias de correção e multa no valor de 0,06% (seis centésimos por cento) do VALOR DO CONTRATO ou 6,0% (seis por cento) da CONTRAPRESTAÇÃO MENSAL DE REFERÊNCIA, conforme a Base de Cálculo utilizada; Além disso, também há previsão de aplicação (i) de multa de 0,015% do valor do contrato, no caso de aplicação de 3 (três) advertências distintas, dentro de um mês, nos termos da Cláusula 44.7; e (ii) de multa moratória, com a mesma sistemática de cálculo (percentagem multiplicada pela base de cálculo da contraprestação mensal de referência), conforme os parâmetros estabelecidos na Cláusula 44.8 do Contrato, em caso de inadimplemento contratual. (1) Cálculo da multa: Considerando a metodologia de cálculo exposta, o que se verifica é uma falta de proporcionalidade entre os eventos tipificados no Contrato como infrações e, portanto, ensejadores de multa vis-à-vis os possíveis valores a serem aplicados em face da Concessionária, visto que o percentual aplicado ao valor do contrato ou da contraprestação mensal de referência é muito acima do esperado. Assim, entende-se que caso mantida a dinâmica de aplicação de multas atual, uma simples multa de infração leve resultará no valor total de R\$ 192.219,22, se aplicado sobre o valor do contrato, ou de R\$ 77.361,17, se aplicado sobre o valor da contraprestação mensal. Isso também se verifica com as demais naturezas das infrações, podendo ser aplicadas multas de até R\$ 2.306.630,65, em caso de infrações gravíssimas. Este montante ultrapassa a função pedagógica e coercitiva da multa, implicando em penalidade excessiva, capaz até mesmo de impactar a regular execução do objeto contratual e a saúde financeira da Concessionária, sem que exista de fato algo justificável para tanto. Soma-se a isso o fato de que o cometimento de infrações também impactará no valor da contraprestação mensal em razão da avaliação do sistema de desempenho, de forma que a multa não é penalidade isolada aplicada nestes casos. Ausência de individualização das infrações: Ademais, a atual metodologia do cálculo da multa também não é adequada vez que não individualiza as infrações. Isso porque, a concessão é composta por 94 unidades educacionais, todavia, caso a infração ocorra em apenas uma unidade educacional, o cálculo da multa considerará a totalidade do valor do contrato ou da contraprestação mensal, que abrange todas as unidades educacionais e não somente a unidade em que ocorreu a infração. Ou seja, trata-se de clara desproporcionalidade na mensuração do valor da multa, que torna a penalidade excessiva e onerosa em relação aos patamares regularmente esperados. Na hipótese de ocorrência de uma falha pontual, em uma única unidade escolar, a multa aplicada será correspondente a uma infração ocorrida em todas as unidades, existindo um claro desconexão em relação à razoabilidade e à proporcionalidade das multas aplicadas. Desproporcionalidade e irrazoabilidade na redação da Cláusula 44.7. Ainda em relação à desproporcionalidade das sanções, destaca-se também a previsão da Cláusula 44.7 da minuta do Contrato, que estabelece a aplicação de multa de R\$ 576.657,66 (0,015% do valor do contrato), no caso de aplicação de 3 (três) advertências distintas. Nesse contexto, o valor da multa não é equalizado considerando a natureza das infrações. Ou seja, o mesmo valor será aplicado para infrações de natureza grave, média, grave e gravíssima. Esta questão torna-se relevante considerando a onerosidade econômica do valor da multa, inclusive, não sendo razoável a aplicação deste montante diante da não individualização das possíveis infrações a serem cometidas. Infrações com redação subjetiva: Além de todos esses pontos, os fatos tipificados como infrações são dotados de subjetividade em sua apuração, o que prejudica o exercício de ampla defesa da Concessionária em caso de instauração eventual processo administrativo sancionatório. Para exemplificar, destacamos abaixo infrações previstas na tabela da Cláusula 44.9 da minuta do Contrato de Concessão: Item 15: "Dispensar tratamento discriminatório ao PODER CONCEDENTE e aos USUÁRIOS (por ato discriminatório)". Não é especificado e qualificado o parâmetro de eventuais "tratamentos discriminatórios". A redação deficiente poderá resultar na aplicação de multa de R\$ 576.657,66, considerando o valor do contrato, sendo um montante de vultuosidade relevante que não deve ser sujeito à discricionariedade do Poder Concedente. Item 31: "Dispensar, ainda que por meio de seus empregados, prepostos ou empregados subcontratados, tratamento qualquer tipo de tratamento discriminatório, abusivo ou opressivo aos EDUCANDOS das UNIDADES EDUCACIONAIS". Novamente não é especificado o que se enquadraria como tratamento discriminatório, bem como há previsão bastante ampla de "qualquer tipo de tratamento discriminatório". A redação deficiente poderá resultar na aplicação de multa de R\$ 1.153.315,32, considerando o valor do contrato, de forma totalmente arbitrária e subjetiva pelo Poder Concedente. Item 34: "Qualquer atitude comissiva ou omissiva que impeça ou dificulte o exercício da fiscalização por parte do PODER CONCEDENTE e/ou do VERIFICADOR INDEPENDENTE". Também se trata de redação ampla que não especifica o que seria considerado atitude comissiva ou omissiva, deixando a critério do Poder Concedente em avaliar o caso concreto de acordo com a sua conveniência e oportunidade. A redação obscura poderá resultar na aplicação de multa de R\$ 1.153.315,32, considerando o valor do contrato. Diante do exposto, é necessário uma revisão da metodologia de cálculo de multa no âmbito do contrato com a consequente alteração da redação das cláusulas relacionadas. Assim, sugere-se: (a.) A alteração da metodologia do cálculo da multa, prevista nas Cláusulas 44.3.1, item "b"; 44.4.1; 44.5.1, item "a"; 44.6.1, item "a"; e 44.7, da minuta do Contrato, de modo que os percentuais sejam ajustados, assegurando-se a proporcionalidade entre o valor da multa e a infração cometida. Nesse sentido, recomenda-se seguintes percentuais, seguindo as melhores práticas na atuação da Administração Pública: Infração de natureza leve: percentual de 0,00005% do valor do contrato ou de 0,005% da contraprestação mensal de referência; Infração de natureza média: percentual de 0,0015% do valor do contrato ou de 0,15% da contraprestação mensal de referência; Infração de natureza grave: percentual de 0,003% do valor do contrato ou de 0,3% da contraprestação mensal de referência; Infração de natureza gravíssima: percentual de 0,006% do valor do contrato ou de 0,6% da contraprestação mensal de referência. De forma alternativa e subsidiária, recomendamos a alteração da metodologia de cálculo para prever um valor mínimo e máximo para a aplicação da multa. Analisando o contexto da prestação dos serviços, entendemos que o valor mínimo de multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) é o mais adequado para a presente situação. (b.) O ajuste da referência da base de cálculo do valor da multa (Cláusulas 44.3.1, item "b"; 44.4.1; 44.5.1, item "a"; 44.6.1, item "a", da minuta do Contrato), de modo que o valor total do contrato ou da contraprestação mensal variável considere a individualização de cada unidade educacional. (c.) A alteração da redação da Cláusula 44.7 da minuta do Contrato a fim de equalizar a aplicação de multa diante da concretização do fato tipificado (aplicação de 3 advertências dentro do período de 1 mês), especificando-se a gravidade da infração que culminou a advertência. (d.) A alteração da redação da tabela da Cláusula 44.9 da minuta do Contrato a fim de garantir que as infrações sejam exaustivamente descritas, para que não seja fragilizado o sistema de aplicação de infrações diante de possíveis subjetivismos do Poder Concedente. Confirma o entendimento? </p> | <p> Ressalta-se que estas mesmas porcentagens são coerentes proporcionalmente com outros projetos semelhantes do próprio Município, como é o caso da Concorrência nº EC/009/2023/SGM-SEDP na Cláusula 45ª da Minuta de Contrato, o qual, inclusive, já foi licitado com a participação de diversos licitantes. Ademais, com a presença de duas bases de cálculos diferentes, há uma maior precisão e proporcionalidade na determinação de cada valor de multa, de forma a considerar o que mais faz sentido para cada uma das penalidades específicas. </p> <p> Além disso, indica-se que apenas a infração de natureza leve enseja a possibilidade de aplicação de advertência, nos termos da subcláusula 44.3.1, alínea "a)" da Minuta de Contrato. Portanto, as condutas referidas na subcláusula 44.7 referem-se a condutas cuja natureza seja leve, nos termos da Minuta de Contrato. </p> <p> Ademais, entende-se que não é razoável afirmar que não há possibilidade de exercício de ampla defesa e do contraditório da Concessionária, já que quando ocorre aplicação de sanção por conta da infração cometida, o Poder Concedente deverá seguir o quanto disposto na subcláusula 45.12 da Minuta de Contrato e dos procedimentos dispostos na Cláusula 45ª do mesmo documento, sendo garantido a Concessionária diversas oportunidades para exercício de tais direitos, conforme previsto nas subcláusulas 45.4 e 45.5 da Minuta de Contrato. </p> |
|--|-----------------------------|--|---|