



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

SECRETARIA DE GOVERNO MUNICIPAL

Coordenadoria de Desestatização e Parcerias

Viaduto do Chá, 15, 11º Andar - Bairro Centro - São Paulo/SP - CEP 01002-900

Telefone: 3113-8000

PROCESSO 6016.2022/0051436-1

Ata SGM/SEDP/CDP Nº 110570344

Edital de Concorrência: EC 010/2022/SGM-SEDP.

Processo Administrativo: 6016.2022/0051436-1.

Interessados: PMSP, SGM, SGM/SEDP, SME.

Objeto: Parceria Público-Privada na Modalidade Concessão Administrativa para a Requalificação e Conservação de Unidades Educacionais da DRE São Mateus na Cidade de São Paulo.

Assunto: Deliberação sobre Impugnação.

ATA DE ANÁLISE E DELIBERAÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DO EDITAL

Aos 13 de setembro de 2024, os membros da Comissão Especial de Licitação (CEL), instituída pela **Portaria nº 012/2024/SGM-SEDP** (doc. SEI! 102145705), analisaram e deliberaram sobre o Pedido de Impugnação ao Edital da Concorrência EC 010/2022/SGM-SEDP, de lavra do sr. Wedison Batista de Souza, representante legal da empresa VIGENT CONSTRUÇÕES LTDA, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ/MF nº 263.982.028-13, protocolada em 11 de setembro de 2024, recepcionada na sede da Prefeitura do Município de São Paulo (PMSP), cita ao Viaduto do Chá, nº. 15, Centro Histórico, São Paulo/SP, cujos documentos estão juntados em doc. SEI! 110513376.

Em síntese, a Impugnante alega que o edital de licitação contém “irregularidades estruturais referentes aos estudos técnicos e à aplicação adequada das normas”, além de afirmar que “a minuta de contrato apresenta disposições desproporcionais e irrazoáveis, com o potencial de desestimular interessados e induzir propostas com preços mais elevados”.

Para contextualizar, a Impugnante aponta supostas irregularidades em cinco pontos específicos:

1. No que tange ao Edital, a Impugnante argumenta que: (i) as alterações substanciais na contratação foram realizadas sem a condução de novos estudos técnicos; e (ii) a republicação do edital foi efetuada sem a devida adequação às disposições da Lei Federal nº 14.133/2021;
2. Relativamente ao Contrato, a Impugnante alega que: (iii) as regras do sistema de penalidades desconsideram parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade; (iv) há uma atribuição inadequada de riscos relacionados a vícios ocultos; e (v) o mecanismo de contratação de um verificador independente favorece avaliações de desempenho arbitrárias.

Preliminarmente à análise do mérito, é importante observar que o pedido de impugnação foi apresentado dentro do prazo estabelecido, portanto, foi recebido em sua totalidade, assegurando o pleno respeito aos princípios de publicidade e impessoalidade.

ANÁLISE E JULGAMENTO

1. Alterações relevantes na contratação sem realização de novos estudos técnicos

Em resumo, a Impugnante alega a existência de alterações significativas na contratação, que, segundo sua interpretação, configurariam modificações no escopo do Contrato. Ela argumenta que essas alterações foram feitas *“sem os estudos técnicos adequados, resultando em diversas mudanças nas premissas da minuta de contrato”*.

No entanto, é necessário esclarecer que, apesar das alegações da Impugnante sobre uma possível alteração substancial do objeto da concessão, tal entendimento não procede. Explica-se que não houve alteração significativa no objeto da Concorrência EC/010/2022/SGM-SEDP, que permanece o mesmo desde sua publicação em 2022: *“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.”*

As modificações mencionadas na impugnação foram resultados das recomendações da Subsecretaria de Controle Externo (SCE) do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, as quais, é importante ressaltar, não implicaram em mudança substancial do objeto da contratação. A Impugnante não pode alegar uma alteração substancial do objeto com base em mudanças de caráter secundário que surgiram em decorrência do cumprimento das observações do Tribunal de Contas, uma vez que isso não corresponde à realidade.

Além disso, a Impugnante não pode utilizar esta impugnação para contestar aspectos do contrato meramente por discordância. As modificações nos documentos editalícios não configuram ilegalidade que justificaria a impugnação do Edital. Pelo contrário, todas as alterações foram feitas para atender estritamente às determinações do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, em conformidade com o princípio da legalidade.

É evidente que a Impugnante está tentando reavaliar e questionar aspectos do Edital em uma fase inadequada. Reitera-se que, durante a republicação do Edital, foi concedido um prazo adequado para que as partes interessadas analisassem as minutas e apresentassem eventuais pedidos de esclarecimento, em conformidade com o princípio da publicidade e o item 11.1 do Edital, que é a fase apropriada para esclarecer dúvidas sobre questões contratuais e operacionais.

Ademais, é responsabilidade das licitantes realizar seus próprios estudos, levantamentos, pesquisas, projetos e outros documentos relacionados à concessão, uma vez que os dados fornecidos pelo Poder Concedente têm caráter meramente referencial e não vinculante. Assim, os interessados devem revisar todas as instruções, condições, exigências, leis, decretos, normas e regulamentações aplicáveis à concessão e arcar com os custos necessários para a elaboração de suas propostas comerciais, conforme previsto no item 2.6 do Edital.

Além disso, conforme os termos legais, as licitantes tiveram a oportunidade de realizar visitas técnicas, se desejassem, para auxiliar na elaboração de suas propostas comerciais, como permitido no item 10.1 do Edital.

Diante do exposto, conclui-se que a alegada ilegalidade pela Impugnante não foi devidamente comprovada, portanto, consideramos o pedido improcedente.

2. Republicação do Edital sem adequação às regras da Lei Federal nº 14.133/2021

Em resumo, a Impugnante alega que o Edital é inadequado por estar regido pela Lei Federal nº 8.666/1993, enquanto, segundo ela, deveria estar sob a regulamentação da Lei Federal nº 14.133/2021, conhecida como *“Nova Lei de Licitações e Contratos”* (“NLLC”). Alega ainda que a republicação da licitação em maio de 2024 deveria seguir a NLLC, pois, na sua visão, houve alterações substanciais no objeto do Edital, o que, conforme sua interpretação, exigiria a adaptação do Edital à nova lei, apesar de o Edital original ter sido publicado para licitação em novembro de 2022. Assim, a Impugnante considera que há uma irregularidade na aplicação da Lei Federal nº 8.666/1993 ao Edital, o que, segundo sua argumentação, justificaria a suspensão do certame e a retificação do Edital.

No entanto, os argumentos apresentados pela Impugnante não são convincentes e não demonstram a existência de ilegalidade no Edital.

Para que a aplicação ultrativa da Lei Federal nº 8.666/1993 ocorra, basta que a autoridade competente manifeste a escolha pela aplicação da norma anterior até o marco temporal de 30 de dezembro de 2023, mesmo que essa opção seja feita durante a fase preparatória do certame. Em outras palavras, mesmo que o Edital não tenha sido publicado, uma decisão administrativa que registre a escolha da legislação anterior no processo administrativo é suficiente, do ponto de vista legal, para permitir a aplicação ultrativa da Lei Federal nº 8.666/1993.

Ademais, deve-se destacar que o Decreto Municipal nº 62.100/2022, que se aplica às licitações no Município de São Paulo, estipula que a escolha da legislação aplicável deve ser feita no momento da publicação do Edital – que deve ocorrer até 29 de dezembro de 2023 – e que essa opção deve estar registrada no instrumento convocatório.

No que diz respeito à Concorrência nº EC/010/2022/SGM-SEDP, o despacho autorizatório e o comunicado de abertura do procedimento licitatório foram publicados no Diário Oficial da Cidade de São Paulo em 17 de setembro de 2022, ocasião em que foi feita a menção explícita à aplicação subsidiária da Lei Federal nº 8.666/1993.

Portanto, as alegações apresentadas pela Impugnante não se sustentam, dado que a republicação realizada em 3 de maio de 2024 representa apenas a continuidade da Concorrência, após o processo de diálogo com o Tribunal de Contas, e não uma nova publicação. Assim, existe um vínculo contínuo entre a publicação anterior, ocorrida em 17 de setembro de 2022, quando a autoridade competente optou expressamente pela aplicação da Lei Federal nº 8.666/1993.

Diante do exposto, conclui-se que a ilegalidade alegada pela Impugnante em sua peça de impugnação não foi devidamente comprovada, julgamos, portanto, improcedente.

3. Sistema de Penalidades: regras que desconsideram parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade

Em resumo, a Impugnante alega que a minuta do Contrato de Concessão (Anexo II do Edital) contém "disposições desproporcionais e inadequadas para o desenvolvimento contratual". Ela argumenta que o sistema de penalidades do Contrato está "em total descompasso com os princípios de razoabilidade e proporcionalidade estabelecidos nos artigos 20, parágrafo único; 21, parágrafo único; 22, §§1º, 2º e 3º; e 26, §1º, inciso I, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme as alterações da Lei nº 13.655/2018, bem como no artigo 5º da Lei de Licitações".

Contudo, observa-se que os argumentos da Impugnante não são convincentes e não demonstram a ilegalidade do Edital. A alegação de que a minuta do Contrato necessita de retificação para ajustar o Sistema de Penalidades à individualização das multas e sanções de acordo com as unidades educacionais, bem como à proporcionalidade dos valores mínimos e máximos das multas, revela apenas uma discordância com os valores e sanções fixados, e não uma ilegalidade.

É importante ressaltar que a simples inconformidade não deve ser interpretada como ilegalidade. O exame da questão deve se basear na previsão expressa dos artigos 41, §§ 1º e 2º da Lei Federal nº 8.666/1993.

A Impugnação não é o meio adequado para solicitar modificações no Edital. As alterações ou ajustes deveriam ter sido realizados durante o período de consulta e audiência pública, conforme os artigos 10, inciso VI da Lei Federal nº 11.079/2004 e 39 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Adicionalmente, destaca-se que as porcentagens fixadas no Sistema de Penalidades do Contrato são proporcionalmente consistentes com outros projetos semelhantes do Município, como evidenciado pela Concorrência nº EC/009/2023/SGM-SEDP6, cujo contrato foi assinado em 10 de setembro de 2024. Tanto a Concorrência nº EC/009/2023/SGM-SEDP6 quanto a Concorrência nº EC/010/2022/SGM-SEDP foram analisadas e aprovadas pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo, o que confirma a adequação do Sistema de Penalidades previsto na minuta contratual.

Ademais, a previsão de duas bases de cálculo diferentes (uma para o valor total do contrato e outra para a contraprestação mensal efetiva) permite maior precisão e proporcionalidade na determinação das multas, ajustando-se à gravidade das penalidades em relação ao interesse público.

Portanto, a discordância da Impugnante não decorre da falta de proporcionalidade no Sistema de Penalidades, mas de sua simples discordância com os termos estabelecidos. A Impugnante não conseguiu demonstrar qualquer ilegalidade nos documentos editalícios, razão pela qual entendemos como improcedente.

4. Vício oculto: atribuição inadequada de riscos

Em síntese, a Impugnante alega que a “atribuição de riscos relacionados a vícios, defeitos, irregularidades e inconformidades nas edificações das unidades de ensino pode comprometer gravemente o equilíbrio econômico-financeiro do Contrato”.

A Impugnante busca modificar a alocação desses riscos, que atualmente recai sobre a Concessionária a partir da data de emissão da Ordem de Início pelo Poder Concedente. Alega que a Concessionária enfrentaria dificuldades em prever custos relacionados a vícios ocultos, o que poderia gerar discrepâncias entre as propostas e dificultar uma avaliação justa durante o certame.

No entanto, embora a Impugnante solicite a alteração do edital para corrigir uma suposta inadequação na atribuição dos riscos associados a vícios ocultos, a análise da Impugnação revela que a verdadeira discordância reside na própria alocação de riscos.

É importante notar que a Impugnação não é o meio apropriado para solicitar alterações no Edital. Modificações nas cláusulas e previsões do Contrato de Concessão deveriam ter sido propostas durante o período de consulta e audiência pública, conforme previsto nos artigos 10, inciso VI da Lei Federal nº 11.079/2004 e 39 da Lei Federal nº 8.666/1993.

A Impugnante, ao não utilizar o canal adequado para solicitar alterações nos documentos editalícios, não pode agora utilizar a Impugnação para atender a interesses próprios e particulares, em detrimento do interesse público que norteia a licitação da PPP para a Manutenção de Escolas da DRE São Mateus.

Além disso, é essencial destacar que o instrumento contratual foi elaborado para garantir uma distribuição equilibrada e eficiente dos riscos, visando a adequada execução dos serviços. Portanto, a solicitação da Impugnante, foi realizada de forma inadequada e sem a capacidade de demonstrar qualquer ilegalidade nos documentos convocatórios. Assim sendo, decidimos por não acolher. Consideramos também não haver necessidade de alterar e republicar o Edital conforme solicitado.

5. Verificador Independente: mecanismo de contratação que favorece avaliações de desempenho arbitrárias

A Impugnante alega, em essência, que o mecanismo de contratação do Verificador Independente estabelecido na minuta do Contrato de Concessão (Anexo II do Edital) é incompatível com as boas práticas e normas de contratação pública, e que, conforme formulado, cria um “cenário de incerteza jurídica quanto à avaliação do desempenho da Concessionária”. Além disso, argumenta que a “disposição relativa à fiscalização dos serviços na ausência de contratação do Verificador Independente, conforme a Cláusula 31.2 da Minuta do Contrato”, seria prejudicial à Concessionária. Segundo a Impugnante, essa situação permitiria que o Poder Concedente não respeitasse o prazo de seis meses para a contratação do Verificador Independente, pois (i) possibilita que o Poder Concedente realize a apuração do desempenho por conta própria e (ii) não prevê penalidade para o Poder Concedente em caso de não contratação do Verificador Independente.

Entretanto, apesar do pedido de alteração no instrumento convocatório para corrigir uma alegada arbitrariedade nas avaliações de desempenho, a análise da Impugnação revela que a real inconformidade da Impugnante reside na discordância quanto à obrigação de contratação do Verificador Independente pelo Poder Concedente.

Ressalte-se, ainda, que a Impugnação não é o meio adequado para solicitar alterações no Edital. Tais modificações deveriam ter sido solicitadas durante o período de consulta e audiência pública, conforme previsto no art. 10, inciso VI da Lei Federal nº 11.079/2004 e art. 39 da Lei Federal nº 8.666/1993.

Além disso, importante destacar que a obrigação de contratação do Verificador Independente pelo Poder Concedente está devidamente respaldada pela legislação, não havendo qualquer incerteza jurídica sobre a aferição do desempenho da Concessionária ou prejuízo para a mesma, mesmo que o Verificador Independente não seja contratado dentro do prazo estipulado.

Ademais, a previsão da contratação do Verificador Independente está em conformidade com a recomendação do Tribunal de Contas do Município de São Paulo, conforme relatado no Relatório Preliminar de Acompanhamento de Edital – TC nº 9651/2024, relativo ao projeto de concessão para instalação do parque Campo de Marte.

Conforme a Cláusula 31.2 da Minuta de Contrato, mesmo no cenário excepcional em que o Poder Concedente realiza a aferição do Fator de Desempenho, a Concessionária não sofrerá prejuízo. O Anexo V do Contrato estabelece que o fator de contratação do Verificador Independente (CVI) é ajustado conforme a contratação ou ausência de contratação do Verificador Independente pelo Poder Concedente. Caso o Poder Concedente contrate o Verificador Independente dentro do prazo, o CVI será igual a 1 após o sexto mês da Ordem de Início. Se a contratação não ocorrer, o CVI será reduzido pela metade, fixando-se em 0,5. Esse mecanismo visa garantir o equilíbrio contratual e incentivar a contratação célere do Verificador Independente.

Portanto, a ausência de contratação do Verificador Independente, ao contrário do alegado pela Impugnante, não causará prejuízo à Concessionária, pois os documentos editalícios já abordam essa situação de forma equilibrada entre as partes.

Além disso, é importante notar que esse mecanismo já foi aplicado na Concorrência nº EC/009/2023/SGM-SEDP7, aprovada pelo Tribunal de Contas do Município de São Paulo e cuja contratação foi assinada no dia 10 de setembro.

Por fim, fundamental reiterar que é obrigação e prerrogativa legal do Poder Concedente fiscalizar o Contrato de Concessão, conforme Cláusula 30.1 da Minuta do Contrato. A figura do Verificador Independente serve como apoio na fiscalização. A contratação desse Verificador é uma prática comum em outros contratos de concessão do setor, como as PPPs de Escolas de Belo Horizonte, Novos CEUs Lote 1 e Lote 2, e a PPP Escola Bem-Cuidada de Porto Alegre.

Dessa forma, não havendo qualquer ilegalidade e tendo a Impugnação sido apresentada de forma inadequada, o pedido da Impugnante não merece acolhimento e consideramos improcedente.

Ante todo o exposto, a Comissão Especial de Licitação deliberou pelo:

- i. **RECONHECIMENTO** do pedido de Impugnação interposto pela Impugnante VIGENT CONSTRUÇÕES LTDA, posto que tempestivo e por via processual adequada;
- ii. **INDEFERIMENTO** do pedido interposto pela Impugnante VIGENT CONSTRUÇÕES LTDA por inexistir a necessidade de alteração e republicação do Edital nos termos requeridos, tampouco a reabertura do prazo de entrega das propostas.

O conteúdo da presente Ata constará em Comunicado a ser publicado no Diário Oficial do Município.

VANESSA CONDE CARVALHO

Presidente da Comissão Especial de Licitação (CEL)

LUCIANA SANT'ANA NARDI

Membra da Comissão Especial de Licitação (CEL)

MARCOS PAULO ANDRADE

Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL)

ROBSON MAIDA PROFENZANO

Membro da Comissão Especial de Licitação (CEL)



Marcos Paulo Andrade
Assessor(a) IV

Em 13/09/2024, às 20:25.



Robson Maida Profenzano
Assessor(a) IV

Em 13/09/2024, às 20:40.



Vanessa Conde Carvalho
Coordenador(a) I

Em 13/09/2024, às 21:25.



Luciana Sant'Ana Nardi
Assessor(a) Jurídico

Em 13/09/2024, às 21:43.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site <http://processos.prefeitura.sp.gov.br>, informando o código verificador **110570344** e o código CRC **804E870E**.
