

PRIMEIRA CÂMARA – SESSÃO: 23/04/2024

22 TC-018177.989.21-7

Concedente: Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos – STM.

Concessionária(s): Consórcio BR Mobilidade Baixada Santista S/A – SPE (constituído pelas empresas Comporte Participações S/A e Viação Piracicabana), tendo como intervenientes a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A – EMTU e a Companhia Paulista de Parcerias – CPP.

Objeto: Concessão patrocinada do Sistema Integrado Metropolitano da Baixada Santista (SIM RMBS), compreendendo a prestação de serviços públicos de transporte urbano coletivo intermunicipal, por ônibus, VLT e demais veículos de baixa e média capacidade, incluindo o fornecimento de sistemas e dos veículos, operação, conservação e manutenção, abrangendo os Municípios de Bertioga, Cubatão, Guarujá, Itanhaém, Mongaguá, Peruíbe, Praia Grande, São Vicente e Santos.

Responsável(is): Clodoaldo Pelissioni (Secretário Estadual), Joaquim Lopes da Silva Junior (Diretor-Presidente da EMTU), Fernando Luiz Bento Pirró (Diretor da EMTU), Tomás Bruginski de Paula e Claudia Polto da Cunha (Diretores da CPP).

Em Julgamento: Licitação – Concorrência Internacional. Contrato de Concessão de 23-06-15.

Advogado(s): Ana Cristina Fecuri (OAB/SP nº 125.181), João Negrini Neto (OAB/SP nº 234.092), Percival José Bariani Junior (OAB/SP nº 252.566), Renan Marcondes Facchinatto (OAB/SP nº 285.794), Beatriz Neves Dal Pozzo (OAB/SP nº 300.646), Marcos Jordão Teixeira do Amaral Filho (OAB/SP nº 74.481), Eduardo Leandro de Queiroz e Souza (OAB/SP nº 109.013), Marco Túlio Meirelles Bafero (OAB/SP nº 118.114), Nelson Lopes de Moraes Neto (OAB/SP nº 173.717), Caio César Benicio Rizek (OAB/SP nº 222.238), Tatiana Barone Sussa (OAB/SP nº 228.489), Janaina Lopes de Martini (OAB/SP nº 235.565), Beatriz Neme Ansarah (OAB/SP nº 242.274), Graziela Nóbrega da Silva (OAB/SP nº 247.092), Rodrigo Pozzi Borba da Silva (OAB/SP nº 262.845), Gabriela Macedo Diniz (OAB/SP nº 317.849), Camila Aparecida de Pádua Dias (OAB/SP nº 331.745), Beatriz Miranda (OAB/SP nº 338.833), Eduardo Dias de Vasconcelos (OAB/SP nº 357.955), Maylise Rodrigues Santos (OAB/SP nº 380.089), Fábio Albergaria Modinger (OAB/SP nº 401.221), Jocimar Ramos Moura (OAB/SP nº 408.328), Karen Oliveira Bonfim (OAB/SP nº 410.314), Ana Carolina Gomes Moraes (OAB/SP nº 415.242), Agatha Alves de Araújo (OAB/SP nº 418.902), Wilson Levy Braga da Silva Neto (OAB/SP nº 376.509) e outros.

Procurador(es) de Contas: Rafael Neubern Demarchi Costa.

Procurador(es) da Fazenda: Débora Sammarco Milena.

Fiscalizada por: GDF-2.

Fiscalização atual: GDF-2.

Sustentação oral proferida em sessão de 28-11-23.

(GC DER-52)

EMENTA: CONTRATO. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. CONCORRÊNCIA INTERNACIONAL. CONCESSÃO PATROCINADA DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. REUNIÃO NO MESMO CONTRATO DE MODAIS DIFERENTES DE TRANSPORTE COLETIVO. ÔNIBUS E VLT. EXISTÊNCIA DE JUSTIFICATIVAS TÉCNICAS E ECONÔMICAS. REQUISITOS DE HABILITAÇÃO TÉCNICA JUSTIFICADOS DIANTE DO OBJETO LICITADO. LEGITIMIDADE DOS ESTUDOS DE VIABILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRA QUE FUNDAMENTARAM A MODELAGEM DO CONTRATO. REGULAR.

1. Nas contratações de contratos de delegação de atividades públicas (concessões e Parcerias Público-Privadas), a análise do objeto licitado, para fins de aferição de aglutinação irregular, deve levar em consideração os aspectos técnicos e econômicos, dentro da política pública que a Administração pretende implementar.

2. No caso, a reunião de diferentes modais de transporte – ônibus e

VLT – no mesmo contrato mostrou-se condizente com a política de transporte que a Administração pretendeu executar.

3. Os estudos de viabilidade econômico-financeira que embasaram a contratação se mostraram pertinentes com a estruturação do objeto licitado, considerando o seu aspecto referencial e estimativo dos custos, além da natureza da gestão do empreendimento realizada pela via da Parceria Público-Privada, enquanto espécie de contrato de delegação de atividades públicas.

1. RELATÓRIO

1.1. Trata-se de análise da **Concorrência Internacional EMTU/SP 17/2013** e do decorrente **Contrato de Concessão Patrocinada STM 002/2015**, assinado em 23/06/2015 entre o Estado de São Paulo, representado pela **Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos – STM**, e **BR Mobilidade Baixada Santista S.A. – SPE**, tendo por objeto a Concessão patrocinada do Sistema Integrado Metropolitano da Região Metropolitana da Baixada Santista (SIM RMBS), compreendendo a prestação dos serviços públicos de transporte urbano coletivo intermunicipal, por ônibus, VLT e demais veículos de baixa e média capacidade, contemplando o fornecimento de Sistemas e de veículos, operação, conservação e manutenção, modalidade regular, abrangendo os municípios de Bertioga, Cubatão, Guarujá, Itanhaém, Mongaguá, Peruíbe, Praia Grande, São Vicente e Santos¹.

O ajuste tem prazo de vigência de **20 (vinte) anos²** e **valor estimado de R\$ 5.581.463.837,60** (cinco bilhões, quinhentos e oitenta e um milhões, quatrocentos e sessenta e três mil, oitocentos e trinta e sete reais e sessenta centavos), correspondente ao somatório dos valores de contraprestação, das receitas decorrentes da tarifa e das outras receitas, na

¹ O Termo de Ciência e Notificação assinado pelos responsáveis está juntado às fls. 2.797/2.798 (ev. 1.51).

² De acordo com a Cláusula 5.2, a vigência do Contrato começa com a Ordem de Início dos Serviços da Fase I – Ônibus ou com a Declaração de Início da Operação Comercial do VLT – Fase I – Etapa I, a que for expedida primeiro, após concluídas as obrigações do Poder Concedente/EMTU/SP e da Concessionária, previstas na Etapa Preliminar. Esta, por sua vez, tinha duração de 06 (seis) meses, contados da data da assinatura do Contrato, prorrogável por no máximo 03 (três) meses.

data-base de 01.11.2014, constantes do Plano de Negócios da Concessionária, conforme cláusula 11 do Contrato (fls. 2.667, ev. 1.49).

1.2. As obras necessárias para a implantação do sistema de transporte coletivo foram realizadas pelo Poder Concedente, cabendo à Contratada a prestação dos serviços públicos de transporte coletivo, além do fornecimento de sistemas e de veículos, operação, conservação e manutenção dos bens necessários à execução do ajuste.

De acordo com a Cláusula 1.2 da avença, a Concessão foi dividida em 02 (duas) fases.

A primeira, destinada à prestação dos serviços de transporte público intermunicipal de passageiros, por meio de ônibus e demais veículos de baixa e média capacidade, e a tecnologia VLT, relativa ao Trecho A, Barreiros – Valongo, com 27 (vinte e sete) estações e 19 (dezenove) km de extensão.

Esta fase foi dividida em 03 (três) etapas: Etapa 1 – com a operação de 14 (quatorze) estações; Etapa 2 – com a inclusão de mais uma estação; e Etapa 3 – com a agregação de mais 12 (doze) estações.

Também para esse momento do Contrato estão previstas as seguintes atividades: **(i)** entrega de 22 VLT's pelo Poder Concedente; e **(ii)** implantação e início de operação do Sistema de Bilhetagem Eletrônica – SBE, em até 180 (cento e oitenta) dias a partir da assinatura do Contrato.

Para a segunda fase está prevista a prestação dos serviços públicos de transporte urbano coletivo intermunicipal de passageiros, incluindo o fornecimento e implantação de Sistemas e VLT's para o Trecho B, Barreiros – Samaritá, com 04 (quatro) estações e 7,5 km (sete quilômetros e meio) de extensão.

Nesta fase, a entrega de VLT's e ônibus será feita pela Concessionária.

Em ambas as fases, há a previsão de atuação de uma empresa certificadora, responsável por aferir o cumprimento das obrigações contratuais pela Concessionária, de acordo com as especificações técnicas do ajuste.

1.3. O Relatório da Fiscalização apontou as seguintes impropriedades (fls. 2.963/3.002, ev. 1.53):

- a. Aglutinação de objetos distintos, ou seja, dos serviços de operação do transporte intermunicipal regular por ônibus, e demais veículos de baixa e média capacidade, com a tecnologia avançada e sofisticada do VLT, inclusive com o fornecimento de 11 (onze) trens VLTs, sistemas e equipamentos;
- b. Obstáculo à ampla concorrência decorrente da aglutinação indevida, visto que 67,5% do CAPEX (Investimentos da SPE) são para operação do transporte intermunicipal de ônibus e demais veículos de baixa e média capacidade. No entanto este serviço, sob o gerenciamento pela EMTU na Região Metropolitana da Baixada Santista, já é operado em aproximadamente 90% por uma das integrantes do Consórcio vencedor, a “Viação Piracicabana Ltda.” desde 2002, o que levou a Fiscalização a afirmar que “o investimento para o modo ônibus já estava praticamente implementado, antes mesmo da assinatura do Contrato de Concessão”;
- c. Restrição à competitividade, decorrente da regra do subitem 14.5.2 do Edital, segundo a qual a qualificação técnica licitante deveria ser feita por atestados que comprovassem experiência na participação em empreendimento no qual tenha realizado investimentos de, no mínimo, R\$ 220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões de reais), o que impossibilitou a participação de empresas, ou mesmo de consórcios de empresas de menor porte, o que reforça o entendimento de aglutinação indevida dos objetos;
- d. Não encaminhamento da estimativa do impacto orçamentário financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de PPP (20 anos), descumprindo, a princípio, o inciso IV do artigo 24, das Instruções nº 1/2008 deste Tribunal;
- e. Descumprimento do art. 16, inciso I, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Além disso, registrou que apenas 01 (um) interessado participou da Licitação.

1.4. A Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos – STM apresentou justificativas e documentos, juntados às fls. 3.023/3.168 (ev. 1.54 a 1.56).

1.5. Os autos foram encaminhados à Assessoria Técnico-Jurídica, que, sob o aspecto de **engenharia**, requereu nova notificação da Origem para esclarecimentos dos seguintes aspectos (fls. 3.196/3.214, ev. 1.56 e 1.57):

- a. A estimativa do valor de cada um dos investimentos a serem realizados ao longo da execução do Contrato;
- b. Justificativa da regra constante no item 14.5.1.2.1 do Edital e da sua restrição à comprovação de transporte via VLT e não para transporte por ônibus;
- c. Quanto aos VLTs a serem adquiridos pela Concessionária, as especificações técnicas de sistemas que tenham sido alteradas entre o Edital para aquisição de tal material de 2011 e aquelas da Concorrência Internacional ora em julgamento;
- d. Os impactos financeiros dos atrasos nas obras civis para implantação do VLT, além de explicitar a razão pela qual este evento não foi considerado na época da licitação;
- e. Apresentação do plano de execução da concessionária, com o cronograma atualizado e informação a respeito do seu cumprimento;
- f. Encaminhamento de eventuais certificações apresentadas pela Certificadora, relativas às Fases 1 e 2 do Contrato, com os termos de entrega e aceite dos respectivos bens públicos;
- g. Informar se as Licenças Ambientais necessárias para as Fases 1 e 2 já foram emitidas ou, em caso negativo, qual o seu andamento e impacto no cronograma; e
- h. Esclarecer se e quando os 22 VLTs a serem utilizados na Fase 1 já foram adquiridos, se estão em operação ou estacionados e, em caso de não utilização, como está sendo feita a sua conservação.

1.6. A **unidade de economia da ATJ**, por sua vez, manifestou-se pela irregularidade da matéria, por considerar que a aglutinação do objeto prejudicou a competitividade do certame e não restou técnica e economicamente justificada (fls. 3.220/3.224, ev. 1.57), nos seguintes termos:

De minha parte, analisando as razões de defesa ofertadas pela Origem, entendo que não foram hábeis em descaracterizar a falha concernente à aglutinação do objeto, posto que desacompanhadas de estudos técnicos e econômicos demonstrando a vantagem para a Administração.

Verifico nos autos que o Poder Público já investiu no sistema o montante de R\$ 1.092.975.046,05 e ainda pagará à concessionária ao longo da execução contratual a contrapartida no importe de R\$ 1.103.613.119,33, totalizando R\$ 2.196.588.165,38, ao passo que o consórcio vencedor do certame irá investir em ônibus em R\$ 488.959.000,00 e ligados ao VLT de R\$ 203.723.000,00, auferindo nos 20 (vinte) anos de contrato a receita líquida de R\$ 5.581.463.837,60.

Pelos números apresentados, a meu ver, não restou evidenciado que a aglutinação do objeto foi a mais vantajosa para os cofres públicos.

Do mesmo modo, a exigência da comprovação de investimentos na ordem de no mínimo R\$ 220.000.000,00, devido a aglutinação do objeto, pode ter restringido a participação de possíveis interessados

no certame, haja vista que somente o Consórcio vencedor participou da licitação.

1.7. A **Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos – STM** e a **Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo – EMTU/SP** apresentaram justificativas e documentos em resposta aos apontamentos acima (ev. 79 e 80, respectivamente).

1.8. Em novas manifestações, as **áreas de engenharia e economia da Assessoria Técnico-Jurídica** opinaram pela **irregularidade da matéria** (ev. 92.1 e 92.2, respectivamente).

1.9. A **Procuradoria da Fazenda do Estado** opinou pela **regularidade** da Licitação e do Contrato, por considerar que todos os pontos impugnados pelas áreas técnicas foram esclarecidos pela Origem (ev. 96).

1.10. O **Ministério Público de Contas** também apresentou manifestação pela **regularidade** da matéria (ev. 104).

1.11. No mesmo sentido foi a opinião da **Secretaria-Diretoria Geral** (ev. 117).

1.12. O processo foi pautado para a Sessão de 28.11.2023, ocasião em que o Dr. Wilson Levy Braga da Silva Neto realizou sustentação oral em nome da **Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo – EMTU/SP**, defendendo a regularidade dos atos praticados (ev. 131.1). Em seguida, os autos foram retirados de pauta, para melhor reflexão a respeito dos argumentos trazidos, retornando a julgamento na presente Sessão.

É o relatório.

2. VOTO

2.1. Dos temas debatidos ao longo da instrução processual, a ATJ considerou esclarecidos aqueles relativos: **(i)** à estimativa do impacto orçamentário e financeiro nos anos de vigência da Concessão; **(ii)** à estimativa trienal do impacto das despesas criadas, nos termos do art. 16, I, da Lei de Responsabilidade Fiscal; **(iii)** à exigência de qualificação técnica prevista no item 14.5.1.2.1, relativa à possibilidade de comprovação apenas com relação ao transporte de passageiros por VLT, não por ônibus; **(iv)** às especificações técnicas dos VLT's a serem adquiridos pela Concessionária durante a execução do ajuste na Fase II de execução do ajuste; e **(v)** à aquisição, utilização e conservação dos 22 VLT's utilizados na Fase I do Contrato.

O mesmo Órgão técnico considerou que outros temas devem ser objeto de análise na fase Acompanhamento da Execução Contratual, quais sejam: **(i)** atrasos nas obras civis e seu impacto financeiro no ajuste; **(ii)** plano de execução da Concessionária, com informações a respeito do cumprimento do cronograma; **(iii)** eventuais certificações que tenham sido apresentadas pela Certificadora relativas às Fases I e II da execução do Contrato; e **(iv)** a emissão das licenças ambientais necessárias para o empreendimento.

Assim, pendem de julgamento as seguintes questões controvertidas: **(i)** aglutinação dos serviços de transporte coletivo de passageiros por VLT e ônibus; **(ii)** exigência de qualificação técnica referente a empreendimento com investimento mínimo de R\$ 220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões de reais); e **(iii)** regularidade dos estudos de viabilidade econômico-financeira que fundamentaram a estruturação do objeto contratual.

2.2. Analiso, inicialmente, a questão relativa à aglutinação de objetos distintos, pontuado pela Fiscalização e pela área de economia da ATJ.

Conforme consta no Relatório da Fiscalização, a aglutinação dos serviços de operação do transporte intermunicipal regular por ônibus, e demais veículos de baixa e média capacidade, com a tecnologia avançada e sofisticada do VLT, inclusive com o fornecimento de 11 (onze) trens VLTs,

sistemas e equipamentos, seria irregular, diante da ausência de justificativas técnicas e econômicas para essa atuação.

A esse respeito, considera que a aglutinação prejudicou a concorrência em duas vertentes.

Em primeiro plano, pois 67,5% dos investimentos da concessionária (CAPEX) são para a operação do transporte de ônibus e demais veículos de baixa e média complexidade, serviços que já era operado, à época do certame, em aproximadamente 90% por empresa integrante do único consórcio participante da licitação, a “Viação Piracicabana Ltda”., desde 2002. Diante disso, conclui que “o investimento para o modo ônibus já estava praticamente implementado, antes mesmo da assinatura do Contrato de Concessão”.

Em segundo lugar, a Fiscalização considerou que a regra constante no subitem 14.5.2 do Edital afastou potenciais participantes, ao exigir, para fins de qualificação técnica, a apresentação de atestados que comprovassem experiência na participação em empreendimento no qual tenha realizado investimentos de, no mínimo, R\$ 220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões de reais), aspecto que reforça o entendimento de aglutinação indevida dos objetos.

Neste ponto, desta que “O valor exigido no subitem é maior que o total dos investimentos da SPE para o fornecimento dos 11 (onze) VLT’s; dos Sistemas; dos projetos; do gerenciamento; da certificação; e das contingências, que somadas, atingiram o montante de R\$ 216.301.000,00, em abril de 2014” (fl. 2.999, ev. 1.53).

A **Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos – STM**, em sua defesa, afirmou que o modelo licitado envolve a integração de diferentes modais – VLT e ônibus – que se complementam na prestação dos serviços de transporte coletivo. Afirma, a esse respeito (fl. 3.025, ev. 1.54):

As duas tecnologias, VLT e ônibus, aproximam-se quanto aos aspectos operacionais, citando-se, por exemplo, o fato de que

operam na superfície, por meio de sinalização horizontal e vertical compatíveis, utilizando-se de condutores com a mesma formação básica, trafegam sem barreiras, com interrelação com o meio urbano (travessias de veículo e pedestres, estações e pontos de parada), atendendo ao transporte de baixa até média capacidade. Difere-se o VLT, dos sistemas trilhos de alta capacidade, como Metrô e Trens Metropolitanos, que exigem forte segregação e tecnologias com sinalização altamente sofisticadas e avançadas (tais como sistemas sem condutor, *driveless*).

Portanto, engendra-se, no caso, um sistema tronco-alimentado, no qual o VLT adquire a função de tronco estruturador que corta os Municípios de São Vicente e Santos, enquanto os ônibus passam a ter o papel complementar e/ou alimentador, garantindo, assim, ao usuário, redução substancial no tempo de deslocamento, maior conforto e, por consequência, reflexo positivo na qualidade de vida, não somente do usuário do sistema, mas também dos habitantes da região atendida.

Em virtude dessa sinergia entre os dois meios de transporte, a Pasta defende que a sua prestação deveria ser feita de modo unificado “mitigando-se os riscos de uma execução insatisfatória, tal como a dificuldade de formação de uma rede de transporte racionalizada, assim como de regras de compensações tarifárias complexas e coesão na operação dos veículos (ônibus e VLT), promovendo-se a sincronização entre partidas e chegadas, em um único Centro de Controle Operacional – CCO, com nenhum risco de interface, garantindo-se maior eficiência e segurança” (fl. 3.025, ev. 1.54).

Além disso, a Origem afirmou que a integração dos dois modais buscou atrair mais interessados para a licitação, além de evitar a atuação predatória de dois prestadores de serviços de transporte coletivo na mesma área. Outro benefício apontado diz respeito à possibilidade de compensações entre linhas deficitárias e superavitárias, levando ao equilíbrio econômico da concessão.

Ao analisar os argumentos da **STM**, a **Assessoria Técnico-Jurídica** considerou que eles não esclareceram as razões para a aglutinação do objeto.

Com relação à alegação da Origem de que as tecnologias de ônibus e de VLT são semelhantes, o que autorizaria a reunião dos dois objetos,

a ATJ afirmou que “as semelhanças apontadas não são suficientes para a exigência dos dois modais numa mesma licitação. São veículos com especificações bastante diferentes, com manutenção específica e com modo de transporte diferente (sobre trilhos e sobre via). Até mesmo os investimentos foram alocados de forma segregada, dadas as diferenças existentes” (fl. 3.205, ev. 1.57).

Quanto à utilização do VLT como tronco estruturador dos serviços de transporte coletivo, referido Órgão técnico afirmou que “os dois modais não precisam estar sob a administração de uma mesma concessionária para que haja a integração dos transportes” (fls. 3.205/3.206, ev. 1.57). Além disso, considerou que, nas projeções para 2020, o VLT transportaria cerca de 30% dos passageiros. Também rejeitou o argumento de que a concentração dos serviços no mesmo prestador representaria ganho de eficiência, pois “toda a manutenção do VLT ficou a cargo de uma subcontratada (Ferrocarrils) demandando também controle e fiscalização” (fl. 3.206, ev. 1.57).

A respeito do argumento da STM relativo à aglutinação como forma de atração de interessados, destacou que apenas uma licitante compareceu ao certame.

Rejeitou, ainda, os argumentos da Pasta relativos à reunião de modais distintos como forma de viabilizar investimentos e impedir a ação predatória de um modal sobre o outro, pois considerou que a pesquisa origem/destino permite a solução dessas questões, sem a necessidade de aglutinação.

Por fim, afastou também a questão trazida pela Administração, referente à compensação entre linhas deficitárias e superavitárias, diante da falta de estudos que apontassem neste sentido.

Em nova manifestação (ev. 92.1), a ATJ, sob o aspecto técnico, considerou que:

Observamos que as ponderações apresentadas em tais documentos são de cunho econômico-financeiro e jurídico, que não nos cabe análise técnica de engenharia.

Apenas podemos afirmar que a opção denota ter restringido a competitividade, ainda que as exigências de qualificação técnica tenham dado a possibilidade de comprovação de parte dos serviços por parceiro externo ao contrato (para o caso do VLT). Não identificamos qualquer estudo de potencial mercado capaz de atender a tal modelagem, mas, como dito, a opção pela alternativa aglutinada foi pautada basicamente em critérios econômicos.

A vertente de economia da ATJ também se manifestou conclusivamente pela irregularidade da matéria (ev. 92.2).

Apesar das razões elencadas pelos órgãos técnicos, entendo ser possível acolher as razões de defesa, diante das peculiaridades do objeto licitado.

Conforme mencionado, trata-se de Contrato de Concessão Administrativa (PPP) para a prestação dos serviços transporte coletivo no Sistema Integrado Metropolitano da Região Metropolitana da Baixada Santista (SIM RMBS), que envolve, portanto, a própria política pública de mobilidade em referida localidade, aspecto que confere análise mais abrangente à matéria.

Destaco, a esse respeito, que as políticas públicas se caracterizam como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”³, cuja implementação compete aos gestores públicos, sem prejuízo do controle externo.

No entanto, a incidência da atividade de fiscalização dessas atividades deve ser ponderada e sopesada, considerando as opções colocadas aos gestores para o desempenho de suas competências públicas, sob pena de haver substituição do administrador pelo controlador.

³ Maria Paula Dallari Bucci. **Direito administrativo e políticas públicas**. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

Assim, entendo que as decisões administrativas baseadas em evidências fundamentadas em estudos especializados e que considerem a realidade colocada ao gestor e os objetivos públicos a serem alcançados, de modo a demonstrar a razoabilidade da escolha feita, devam ser respeitadas pelo controlador.

Nesse sentido foram as considerações da Procuradoria da Fazenda do Estado (ev. 96.1):

29. No que se refere à vantajosidade ou economicidade da contratação vale ressaltar o que segue:

30. Primeiramente, quer-nos parecer que o escopo primordial a ser perquirido por ocasião da Licitação e Contrato, consiste no atingimento dos resultados e das metas desenhadas pela Administração Pública e que presidiram a legitimidade de sua celebração.

31. Trata-se de administração por resultados, corolário da discricionariedade administrativa reservada ao Poder Executivo para a prestação dos serviços de transportes no Estado de São Paulo, Região da Baixada Santista, tendo sido precedida de Reunião do Conselho Gestor e de Parecer PGE 17/2014, e robustos estudos para sua implementação nas diversas áreas do conhecimento.

32. Está-se diante de modelo institucional e direção política, reservada ao Poder Executivo para a gestão de serviços de interesse público e do próprio usuário, e execução dos deveres constitucionalmente estabelecidos, de com o parceiro privado.

33. Nesse panorama, há de se considerar que a avaliação da economicidade, não pode estar adstrita ao conceito de menor preço, senão em uma acepção mais ampla, próxima do conceito de proposta economicamente vantajosa, o que abrange uma relação não só de custo, mas também dos benefícios e da eficácia do resultado final a ser alcançado pela contratação levada a efeito pela Administração.

34. Nessa esteira, infere-se dos autos que a vantajosidade da PPP está demonstrada pelos diversos elementos trazidos aos autos, em especial para atender tecnicamente a demanda na Região da Baixada Santista. O custo-benefício da concessão dos serviços mediante remuneração como no presente caso subsumem ao disposto no artigo 4º., VII e no artigo 10 da Lei nº 11.079/2004.

35. Os cenários estudados revelaram o potencial elevado da atratividade do Sistema, sobretudo no sentido da extensão da rede do VLT implicar mudanças na rede de ônibus com consequência sobre a frota e quilometragem produzida, podendo engendrar graus distintos de racionalização, impactos que podem recair tanto sobre o sistema

intermunicipal como sobre os sistemas municipais da área de influência do VLT, como demonstrado no item 1.2.

36. Em virtude da operação do VLT, as linhas de ônibus intermunicipais, que eram operadas na forma de permissão (regime precário), serão racionalizadas a fim de buscar melhor aproveitamento para a rede como um todo e entregadas ao VLT par consolidação do Sistema Integrado Metropolitano da RMBS.

A esse respeito, pode ser acolhida a justificativa da Origem com relação à reunião dos dois modais no mesmo contrato, diante da necessidade de gerenciamento de um único ajuste – ao invés de dois, no caso de licitações separadas. Além disso, a reunião dos dois modais ganha relevo diante da sinergia que deve existir na execução dos serviços prestados por ônibus e por VLT, uma vez que a falha em um deles prejudica o outro, sendo este importante elemento para se considerar a matéria em julgamento.

Nessa linha foi a manifestação da Secretaria-Diretoria Geral, fundamentada em julgados anteriores desta Casa (ev. 117.1):

Ademais, deve-se ter em mira que está em discussão uma PPP, cuja sistemática não permite o mesmo tratamento dispensado por este Tribunal no exame dos certames regidos pela Lei de Licitações e Contratos, porquanto o diploma legal que disciplina as concessões por meio das parcerias público-privadas permite inferir que os serviços licitados podem e devem ser mais abrangentes, até para que haja o devido enquadramento na Lei das PPPs, registrando, ainda, que no presente caso foi franqueada a participação de empresas reunidas em consórcio.

Outro aspecto a ser considerado trata dos estudos técnicos que embasaram a opção pela licitação em conjunto.

Para fundamentar a escolha administrativa, a EMTU – Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos esclareceu que foram utilizados panoramas analisados pela FIPE – Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas, que, dentre 04 (quatro) cenários estudados, apontou como melhor o modelo licitado pela Origem (ev. 79.3).

Diante do fracasso da licitação realizada em 2010 e a necessidade de se propiciar transporte estruturado e de qualidade aos passageiros da Baixada Santista, os estudos que culminaram na presente PPP foram retomados em 2011 e conta com estudos elaborados pela EMTU/SP

quando da retomada do projeto da PPP (Anexo I), os quais consideraram dados técnicos da própria empresa e de estudos contratados, como é o caso dos estudos elaborados pela FIPE (Anexo II), o qual traz estudo dos cenários e a demonstração da melhor alternativa para o Poder Concedente, dando embasamento sólido acerca da assertividade da melhor solução a ser contratada pelo Poder Público.

Veja que a proposta analisada pela FIPE trata de um projeto em que se concede à iniciativa privada, além da operação do VLT, a operação do sistema intermunicipal de ônibus, no qual na primeira fase a SPE concessionária receberia toda a infraestrutura necessária para operação do trecho Barreiros-Valongo do VLT, inclusive material rodante e, ainda, estaria responsável em remanejar e operar as linhas de ônibus intermunicipais. Para segunda fase, a SPE ficaria responsável por viabilizar a expansão do VLT, contratando obras, sistemas e novos trens e racionalizando o subsistema de pneus. Ainda, com relação a análise dos investimentos propostos no certame remete-se novamente aos estudos da FIPE e EMTU/SP anexados que trazem as métricas que embasaram o detalhamento dos investimentos.

Apesar de haver manifestações da ATJ no sentido da desatualização dos estudos da FIPE utilizados pela Origem, quanto aos seus valores, os cenários analisados pela entidade e que serviram de base para a escolha administrativa parecem robustos, o que permite afastar o apontamento de que a opção administrativa teria sido feita sem fundamentos técnicos e econômicos.

2.3. Também houve debates nos autos a respeito das críticas feitas pela Fiscalização, quanto aos investimentos a serem realizados, posta da seguinte forma (fl. 3.001, ev. 1.53):

b. a aglutinação dos objetos inviabilizou a concorrência, na medida em que 67,5% do CAPEX (Investimentos da SPE) são para operação do transporte intermunicipal de ônibus e demais veículos de baixa e média capacidade. No entanto o serviço, sob o gerenciamento pela EMTU na Região Metropolitana da Baixada Santista, já é operado em aproximadamente 90% pela integrante do Consórcio "Viação Piracicabana Ltda." desde 2002. Assim, o investimento para o modo ônibus já estava praticamente implementado, antes mesmo da assinatura do Contrato de Concessão.

A esse respeito, a Origem apresentou justificativas que permitem afastar as críticas iniciais, pois demonstram que a estruturação do projeto foi

feita com escopo mais amplo do que o transporte por ônibus, além de haver investimentos neste modal que minimizaram as vantagens da então prestadora do serviço e aumentar a competitividade do certame, quais sejam: **(i)** previsão 300 dias para a mobilização da frota de ônibus e garagem pela Concessionária; **(ii)** disponibilização de garagens provisórias; **(iii)** possibilidade de locação ou arrendamento de garagens; **(iv)** permissão de que a Concessionária arrende a frota de ônibus; **(v)** possibilidade de qualificação técnica em VLT, mediante transferência de tecnologia, permitida a participação de qualquer operador de ônibus; **(vi)** constituição de licitantes em consórcio; e **(vii)** qualificação técnica mediante atestados de grupos econômicos (controlador direto ou indireto, coligadas e/ou controladas)⁴.

Após a explicitação dessas regras de competição, a STM afirmou que rebateu os argumentos da Fiscalização nos seguintes termos (fls. 3.031/3.032, ev. 1.54):

Assim, não se pode admitir, do ponto de vista econômico, o fato alegado de que “a aglutinação dos objetos inviabilizou a concorrência”, na medida em que 67,5% do CAPEX – investimentos – são para a operação do transporte por ônibus, pois todos os elementos acima expostos estão presentes na licitação, minimizando-se possíveis vantagens dos operadores incumbentes (permissionários de ônibus) ou qualquer efeito restritivo, até porque foi incorporado no objeto um novo elemento (VLT), por meio da aglutinação com o modo ônibus. A nosso ver, justamente este elemento novo, ao contrário de inviabilizar a concorrência, tornou-se um diferencial desta licitação para o mercado, que passou não somente a visar o modo ônibus, mas também o modo VLT, ainda não existente na RMBS.

O fato de a Viação Piracicabana possuir “90% da operação da Baixada Santista sob gerenciamento da EMTU” há muitos anos, na condição de precariedade (sem contrato e sem licitação), não pode ensejar o entendimento de que o “*investimento para o modo ônibus*” da PPP do SIM RMBS “já estava praticamente implementado”. Trata-se de situações distintas, sendo o anterior uma execução precária e sem regras, e o objeto licitado, uma Parceria Público-Privada sob a égide de um novo modelo operacional e de gestão, moderno com tecnologia limpa e sustentável, com remuneração vinculada ao desempenho, mediante indicadores-chave, cláusulas de repartição de riscos, visando substanciais melhorias na ótica do usuário (economia

⁴ Fl. 3.031, ev. 1.54.

de tempo, aumento do conforto, redução da poluição, maior segurança operacional).

Essas justificativas, somadas à validade da reunião dos dois modais de transporte, levam ao afastamento do registro da Fiscalização, uma vez que restou claro que a modelagem da licitação não levou ao direcionamento ou prejudicou a competitividade.

2.4. Outro aspecto controvertido nos autos tratou dos requisitos de qualificação técnica dos licitantes.

Conforme a **Fiscalização**, a regra do subitem 14.5.2 do Edital⁵, pela qual a qualificação técnica licitante deveria ser feita por atestados que comprovassem experiência na participação em empreendimento com investimentos de, no mínimo, R\$ 220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões de reais), teria impossibilitado a participação de empresas, ou mesmo de consórcios de empresas de menor porte, o que reforçaria o entendimento de aglutinação indevida dos objetos.

No entanto, este aspecto restou devidamente esclarecido diante da regularidade da reunião dos modais de transporte realizada pela Administração, conforme visto no item anterior e ressaltado pela Secretaria-Diretoria Geral:

Dessa forma, a possibilidade de realização de concessão de objeto mais abrangente, acabou, por conseguinte, afastando a crítica que recaiu sobre a exigência de apresentação de atestado comprovando experiência na participação em empreendimento com investimentos de pelo menos R\$220.000.000,00 (item 14.5.2 do edital), sob o argumento de que a aglutinação dos serviços de dois modais de transporte teria elevado o valor a ser comprovado, impossibilitando a participação de empresas ou mesmo consórcio de empresas de transporte por ônibus, tornando-se excessiva tal requisição.

⁵ “14.5 CADERNO 1 – DOCUMENTAÇÃO RELATIVA À QUALIFICAÇÃO TÉCNICA DOS LICITANTES

(...)

14.5.2 Atestado(s) comprovando experiência na participação em empreendimento, no qual tenha realizado investimento de pelo menos R\$ 220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões de reais) provenientes de capital próprio e/ou de terceiros”.

Aliás, referida regra editalícia postula comprovação inferior a 50% do valor previsto para os investimentos, cujo total foi estimado em R\$665.260.000,00 (base abril/2014), dos quais R\$448.959.000,00 ligados ao transporte de ônibus, R\$203.723.000,00 relativos ao VLT e R\$12.578.000,00 ao sistema de bilhetagem, sendo admitido o somatório de atestados (sendo um deles de no mínimo de R\$110.000.000,00 e os demais no mínimo de R\$55.000.000,00), medida que contribui para uma maior competitividade, não havendo, portanto, qualquer excesso na exigência capaz de restringir a participação de interessados, a exemplo do decidido nos autos do TC-023256.989.19-5 e outros.

Assim, também este apontamento restou devidamente afastado.

2.5. Por fim, resta analisar a discussão dos autos a respeito da atualização dos estudos que serviram de base para a estruturação da PPP realizada.

A esse respeito, o setor de economia da Assessoria Técnico-Jurídica, inicialmente, afirmou que inexistiam referidos estudos (fl. 3.223, ev. 1.57). Após a apresentação de esclarecimentos pela Origem, a mesma unidade reconheceu que a modelagem da PPP partiu de estudos pela FIPE, mas considerou que eles estavam desatualizados, pois elaborados em 2012 e o edital de Licitação foi publicado 2014.

Além disso, realizou cálculos referentes aos investimentos públicos e privados para concluir pela ausência de vantajosidade da contratação realizada. Em suas palavras (ev. 92.2):

Analisando as razões de defesa, entendo que não restou justificada de forma cabal a viabilidade econômico-financeira da Parceria Público Privada – PPP através do contrato de concessão patrocinada. Os estudos elaborados pela FIPE mencionados pela defesa, foram elaborados em 2012, portanto, defasados em relação à publicação do edital de licitação (out/2014).

A fim de aproveitar os estudos da FIPE, a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A – EMTU importou os dados do referido estudo atualizando-os por índices setoriais, não foram apresentadas pesquisas de preços com base no segundo semestre de 2014, bem como não houve a indicação de qualquer fonte de consulta de preços válida, resultando, a meu ver, falta de credibilidade dos estudos.

Verifico que a receita obtida com a execução do contrato considerando o período de 20 (vinte) anos, a favor da concessionária, será de R\$5.581.463.837,60.

Acrescento ainda que o Poder Público pagará a contratada a título de contraprestação o importe de R\$1.103.613.119,33, tendo como obrigação os investimentos no montante de R\$665.260.000,00.

Levando em consideração que o Poder Público já investiu R\$1.092.975.046,05 em obras e materiais rodantes, não creio que objeto da contratação foi a condição mais vantajosa para os cofres públicos.

No entanto, também neste ponto as justificativas da Origem podem ser acolhidas, considerando que os valores expressos no Edital são apenas estimativos, cabendo ao licitante oferecer proposta baseada em plano de negócios, para demonstrar como gerenciará o objeto concedido ao longo dos 20 (vinte) anos de vigência contratual.

Este aspecto traz para os contratos de delegação de atividades públicas (Concessões e PPPs) a lógica da gestão de empreendimentos, com fluxo de caixa, previsão de recebíveis e de investimentos, afastando esses contratos do modelo tradicional dos contratos tipicamente comutativos e sinalagmáticos, tal qual os regidos pelas Leis 8.666/1993 e 14.133/2021, nos quais, a cada prestação da contratada corresponde uma contraprestação pecuniária da Administração contratante pré-definida desde o início da vigência do ajuste.

Além disso, conforme reconhecido pela própria unidade de economia da ATJ, a EMTU atualizou os dados dos estudos da FIPE, por meio de utilização de índices setoriais. Este aspecto foi valorado pelo Ministério Público de Contas para opinar pela regularidade da matéria (ev. 104.1):

Em detalhe, a ATJ-Economia reconhece que a EMTU atualizou os dados dos estudos por índices setoriais “A fim de aproveitar os estudos da FIPE, a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo S/A – EMTU importou os dados do referido estudo atualizando-os por índices setoriais [...]” (evento 92.2, fls. 05).

A despeito disso, seu posicionamento foi pela irregularidade da prática. Entretanto, tal censura veio desacompanhada da evidenciação do porquê tal atualização não poderia ser acolhida, já que a desconsideração do estudo elaborado pela FIPE, que indicou a concessão do serviço via PPP em lote único (eventos 79.5/79.8),

caracterizaria conduta deveras burocrática e ineficiente, acarretando irregularidade de monta maior, repisando que a tentativa anterior de contratação da espécie restou deserta.

Este entendimento também foi partilhado pela Secretaria-Diretoria Geral (ev. 117.1).

Quanto aos argumentos da ATJ relativos aos valores de investimento público e privado no Contrato, a manifestação da Procuradoria da Fazenda do Estado elucidou a questão, considerando as peculiaridades do Contrato de PPP (ev. 96.1):

57. Em sua análise a D. ATJ Economia afasta a vantajosidade da contratação em função de uma comparação entre os valores investidos pelo Poder Concedente (aproximadamente R\$ 1,1bi em investimentos diretos e R\$ 1,1bi em contraprestação pecuniária na PPP), e os valores investidos pela Concessionária (aproximadamente R\$ 650mi), concluindo não haver justificativa para a receita líquida de R\$ 5,5bi ao longo da concessão.

Ocorre, porém, que em sua análise deixa de considerar a premissa básica de modelagem econômico-financeira de projetos quais sejam: (i) os elevados custos operacionais envolvidos no transporte público de passageiros, e (ii) o fato de que a receita é distribuída ao longo de todo o prazo da concessão, enquanto os investimentos da Concessionária são, em sua maioria, concentrados nos primeiros anos do contrato, demandando uma remuneração deste capital imobilizado ao longo do tempo.

58. No aspecto qualitativo, a Origem logrou demonstrar o ganho na qualidade do serviço prestado, eficiência atendimento de um número maior de usuários, em tempo menor, ao longo de um percurso maior, sem olvidar a mitigação dos riscos na medida em que houve parte desta ao parceiro privado, mitigando os do Poder Público.

Este posicionamento é reiterado pelo parecer do Ministério Público de Contas (ev. 104.1):

Além disso, a mera suscitação do vulto investido pelo Poder Público, em contraste com os investimentos a serem realizados pela Concessionária, mas também desacompanhados de estudo detalhado dos custos, ou estimativa, operacionais (diesel, mão de obra, rodagem, lubrificantes, estrutura de garagem, etc) envolvidos, dando conta de que, por exemplo, a Taxa Interna de Retorno (TIR) estaria elevada ou algo do gênero, não possui o condão de deslegitimar o parecer contratado.

Assim, também se mostra possível afastar este apontamento da ATJ Economia, diante da regularidade da atuação da Origem na modelagem da PPP contratada.

2.6. Ante o exposto, acompanhado das manifestações da Procuradoria da Fazenda do Estado, da Secretaria-Diretoria Geral e do Ministério Público de Contas, **VOTO** pela **REGULARIDADE** da Concorrência Internacional EMTU/SP 17/2013 e do decorrente Contrato de Concessão Patrocinada STM 002/2015, assinado em 23.06.2015 entre o Estado de São Paulo, representado pela Secretaria de Estado dos Transportes Metropolitanos – STM, e BR Mobilidade Baixada Santista S.A. – SPE.

ALEXANDRE MANIR FIGUEIREDO SARQUIS
AUDITOR SUBSTITUTO DE CONSELHEIRO